**ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES
DE LA CONFUSIÓN COMO MODO DE EXTINCIÓN DE LAS
OBLIGACIONES: DERECHO ROMANO Y PROYECCIÓN
ROMANÍSTICA**

*Some exceptions to the irrevocable effects of confusion as a means to the
extinguishment of obligations: Roman law and effects in Civil law*

ALFONSO MURILLO VILLAR
Universidad de Burgos

Resumen: La confusión se produce cuando coinciden en una misma persona las cualidades de acreedor y deudor. En estos casos, la doctrina siempre se ha preguntado si realmente la extinción de la deuda extingue, elimina, la relación jurídica obligatoria que la originó. Qué sucede si con posterioridad los actos que provocaron la confusión resultan ser ineficaces: ¿Revive la obligación que se dio por extinguida? ¿Se produce su reviviscencia?

Palabras clave: Extinción de las obligaciones, *confusio*, *negocios mortis causa*, herencia, legados, fideicomisos, *donationes mortis causa*, *donatio omnium bonorum*.

Abstract: Confusion arises when the qualities of creditor and debtor meet together in one person. In these cases, the doctrine has always questioned whether the extinguishment of the debt really removes the obligatory legal relation that originated it. What happens if the facts that were the cause of the confusion were subsequently rendered void? Will there be a revival of the obligation that was considered extinguished? Will its reinstatement ensue?

Keywords: Extinguishment of obligations, *confusio*, *business mortis causa*, inheritance, legacy, trusteeship, *donationes mortis causa*, *donatio omnium bonorum*.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

SUMARIO: I.–Planteamiento. II.–Efectos de la confusión. III.–Gayo 4.78 y la reviviscencia de la obligación. IV.–Confusión y negocios *mortis causa*. V.–Sucesión *mortis causa* a título particular: A) Legados. B) Fideicomisos. 1.–Confusión entre el fideicomitente deudor y el fiduciario acreedor. 2.–Confusión entre el fideicomitente acreedor y el fiduciario deudor. VI.–Confusión en casos de *donationes mortis causa*. VII.–Confusión en casos de *donatio omnium bonorum* (donación universal). VIII.–Reflexión final.

I. PLANTEAMIENTO

La confusión se produce cuando coinciden en una misma persona las cualidades incompatibles¹ de acreedor y deudor. Partiendo de esta circunstancia, y como nadie puede ser deudor de sí mismo (*nemo potest apud eundem pro ipso obligatus esse*)², se acepta comúnmente que la confusión es un modo de extinción de las obligaciones. Además, su apoyo procesal también es muy obvio: uno no puede litigar contra sí mismo –*ipse mecum agere non possum*–³. Por lo tanto, podría afirmarse que la confusión es un modo de extinción de las obligaciones en cuya virtud dejan de existir. Este es un hecho irrefutable para un elevado número de casos; así, normalmente, la confusión se produce como consecuencia de la herencia o bien de otras adquisiciones universales⁴. Es un modo de extinción *ipso iure* que hace desaparecer, en principio, la obligación totalmente, de forma definitiva y para todos los obligados cuando son varios⁵. Ello contrasta con los modos *ope exceptionis* que solamente facultan para impugnarla cuando se alegan por vía de excepción, y puede operar únicamente respecto de alguno de los sujetos, si son varios, y no afecta a los fiadores⁶ ni a otras medidas asegurativas⁷.

¹ El principio de la incompatibilidad, base de la imposibilidad, es varias veces reiterado por SOLAZZI, S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, vol. I., 2ª ed., Napoli, ed. E. Jovene, 1935, pp. 277, 281, 296, 314.

² D.46.1.21.3 (*Afric. 7 quaest.*).

³ Gayo 4.78.

⁴ D.18.4.2.18: *Cum quis debitori suo heres exstitit confusione creditor esse desinit.*

⁵ D.46.3.107 (*Pomp. 2 enchir.*).– *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.*

⁶ Sobre las formas en que puede presentarse la confusión en las obligaciones garantizadas mediante una fianza (*fideiussio*), vid. JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones garantizadas con fianza», en AA.VV., *Personalidad y capacidad jurídicas: 74 contribuciones con motivo del XXV aniversario de la Facultad de Derecho de Córdoba* (coord. por R. Casado Raigón, I. Gallego Domínguez), tomo II, Córdoba, ed. Universidad de Córdoba, 2005, pp. 747-759. Igual en *Revista General de Derecho Romano*, n.º 3, diciembre 2004 (www.iustel.com). También de la misma Autora, *Efectos extintivos de la confusión en las relaciones jurídicas en derecho romano*, Madrid, ed. Dykinson, S.L., 2017, pp. 54 ss.

⁷ La confusión también es un modo de extinción de los derechos reales, fundamentalmente de los *iura in re aliena*, como consecuencia de la integración en un mismo sujeto de las dos distintas titularida-

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

Sin embargo, todas estas aseveraciones, mantenidas en el tiempo por la doctrina, quiebran ante determinadas circunstancias que seguidamente se van a exponer y a las cuales se dedica este estudio. Es necesario partir de que la confusión como causa de extinción de las obligaciones es involuntaria, junto con la compensación, la pérdida de la cosa debida, la imposibilidad de la prestación por causa sobrevenida, o por muerte en casos de obligaciones personalísimas, o por prescripciones extintivas, frente a las causas voluntarias como prototipo de pago (*solutio*), entre las que se encuentran la dación en pago, la consignación, la condonación, la novación, el mutuo disenso, el desistimiento unilateral, o también en casos de condición y término resolutorio⁸. Ello conduce a preguntarse de forma retórica aunque no irreal, si realmente la extinción

des jurídicas. Esta situación se produce, básicamente, cuando en un mismo sujeto confluye la propiedad de dos fundos gravados entre sí con servidumbre, lo que conlleva la extinción de esta. Es decir, en una misma persona se une la cualidad de propietario del fundo dominante y del fundo sirviente. El principio que rige en este caso es: *nemini res sua servit*. (D.8.2.26; D.8.2.30(29) *pr*; D.8.6.1; D.30.116.4). Lo mismo puede decirse de las servidumbres personalísimas: usufructo, uso y *habitatío*, cuando se produce lo que se denomina consolidación en la misma persona: coincidencia de los derechos de nudo propietario y usufructuario, usuario o *habitor*. (D.7.2.3.2; D.7.9.4; D.23.3.78.2). O de los derechos reales de enfiteusis y superficie, que también se extinguen por confusión al coincidir en la misma persona el derecho de propiedad y el derecho de enfiteusis o de superficie. *Vid.* BETTI, E., «Sulla concezione classica della 'confusio'», en *SDHI*, 1962, (28), pp. 14-26. JIMÉNEZ SALCEDO, *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp.131-151. Aunque no es objeto del trabajo, se sabe que en aquellos casos en que desaparezca la confusión de derechos en la misma persona, los *iura in re aliena* renacen, se produce su reviviscencia, como constan en D.36.1.73.1 (*Maec. 13 fid.*).— *Cum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent*. Para VOCI, P., *Diritto ereditario romano, vol. II, Parte Speciale. Successione ab intestato. Successione testamentaria*, 2.^a ed., Milano, ed. A. Giuffrè, 1963, p. 364 nt. 107, se trata de una reviviscencia *iure pretorio*. También podría hablarse de la *confusio* como modo de adquisición de la propiedad, en la mezcla de líquidos (D.6.1.5.1; I.2.1.27), o de la *commixtio*, mezcla de sólidos (D.6.1.3.2; D.41.1.7.8; D.41.1.12.1). En todos los casos expuestos se produce la reunión en una sola persona de la titularidad principal y de la accesorial, o de la unión de un crédito y una obligación, o del derecho de propiedad, produciéndose en todos el efecto final de la extinción, siendo la causa la reunión en una misma persona de cualidades distintas y opuestas. Todo ello llevaría a plantear una teoría general de la confusión que difícilmente puede tener una configuración unitaria. Sin duda, se necesita disciplinar sistemáticamente la institución de la confusión como modo de extinción de las obligaciones. Los jurisconsultos romanos no elaboraron ninguna teoría general sobre la confusión, se limitaron a resolver los casos que se les iban planteando en atención a sus circunstancias particulares, lo que no empece para observar tendencias de solución de forma común en diferentes supuestos de confusión. *Vid.* JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Algunas reflexiones sobre la confusión como modo de extinción de las obligaciones en derecho romano», en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña, (AFDUC)*, n.º 7, 2003, pp. 487 ss.; igual en *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 29 ss. GONZÁLEZ PORRAS, J.M., «De la confusión de derechos, artículos 1192 a 1194», en *AA.VV. Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo XVI, vol. I*, (Dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), EDERSA, Madrid, 1991, pp. 439 ss.

⁸ En opinión de JÖRS, P. – KUNKEL, W., *Derecho privado romano*, (trad. de la 2.^a ed. por L. Prieto Castro), Barcelona, ed. Labor S.A., 1965, p.277: «De todas las causas de extinción de las obligaciones la más importante fue en el derecho romano clásico y en el postclásico como en el moderno, el cumplimiento o pago (*solutio*), que consiste en la realización de la pretensión debida al acreedor. Constituía la finalidad de toda obligación, y su efectividad era el fin normal de la misma. Al lado del pago, todas las demás causas extintivas aparecen como anormales, unas en mayor, otras en menor grado».

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de la deuda extingue, elimina, la relación jurídica obligatoria que la originó. Dado el caso, si con posterioridad resulta ser ineficaz el acto jurídico que provocó la confusión: ¿Revive la obligación que se dio por extinguida? ¿Se produce su reviviscencia?

II. EFECTOS DE LA CONFUSIÓN

Esta situación conduce necesariamente a hablar de los efectos de la confusión. A diferenciar entre efecto extintivo definitivo y efecto extintivo temporal o provisional. Efecto extintivo cuyo origen reside en la imposibilidad de que subsista la relación jurídica cuando se ha reducido el número de sujetos de la misma. Por ello, Betti, interpretando D.46.3.107, afirma que los clásicos concibieron la *confusio* como una circunstancia que resolvía el *vinculum iuris* sin satisfacer el interés crediticio⁹. Desde un punto de vista patrimonial, cuando la confusión se produce en la persona del acreedor, éste ve reducida una parte de su activo patrimonial, pues su patrimonio no se ha visto incrementado de una manera efectiva, por el contrario, cuando la confusión se produce en la persona del deudor, su patrimonio se incrementa en la medida en que se libera del importe de la obligación¹⁰. Por consiguiente, con independencia de que la confusión extinga la obligación, sus efectos, económicamente hablando, difieren grandemente en atención al sujeto activo (acreedor) o pasivo (deudor) en quien se produzcan, de ahí que quizás ésta fuera la razón por la cual los proculyanos defendieron la reviviscencia de la *obligatio* en aquellas ocasiones en que era imposible ejecutar la obligación, y defendían su estado de pendencia hasta tener certeza de la validez definitiva del acto jurídico que originó la confusión. Ratifica esta opinión Wacke¹¹, cuando afirma que «la confusión no sustituye propiamente el cumplimiento. No es equiparable al pago, en particular, porque las garantías accesorias previstas para garantizar la obligación no deben extinguirse, en tanto que el acreedor no queda completamente satisfecho, es decir, hasta que ha podido tomar todo lo que le corresponde del patrimonio de su deudor». Por ello, dice el romanista alemán, una cosa es induda-

⁹ BETTI, «Sulla concezione classica della «confusio»», cit., pp.14 ss.

¹⁰ Vid. LEDESMA URIBE, J. DE J., *La confusión como forma de extinción de las obligaciones del derecho romano al derecho actual*, en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/viewFile/27188/24535> (última consulta 30 de marzo 2019), pp.703 ss.

¹¹ WACKE, A., «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación? Crítica de la legislación y de la doctrina dominante», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano (SCDR)*, XXX, 2017, p.223.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

ble: una persona no puede demandarse a sí mismo. En definitiva, a su juicio, la esencia de la confusión reside solo en la desaparición de la accionabilidad.

Es mucha la doctrina romanista y civilista que ha dedicado páginas a esta cuestión, y llama especialmente la atención que en los Proyectos europeos de unificación del derecho de obligaciones y contratos, salvo en el conocido como Código de Pavía, se asuma con total normalidad que la reunión en la misma persona de la cualidad de deudor y acreedor (confusión), extinga la deuda, extinga las obligaciones. Así, en el Draft Common Frame of Reference (DCFR) se habla de confusión, en el art. III.– 6:201¹². Igual, en *The Principles of European Contract Law*, art. 10:107¹³. En ambos Proyectos se reconoce a la confusión como un modo más de extinción de las obligaciones, dejando a salvo los derechos de terceros. Buscan soluciones coherentes con las exigencias del comercio, para tutelar la certeza de las relaciones jurídicas y favorecer de ese modo la circulación de la riqueza¹⁴. Más relevante, a la vez que sorprendente, es lo previsto en el Código Europeo de Contratos, art. 133.1¹⁵, en donde se indica que «*Un crédito derivado de un contrato no es exigible cuando y por todo el tiempo que, en relación con él, la cualidad de acreedor y deudor, recaiga en la misma persona*». Suscita esta redacción la duda de si la causa de ex-

¹² Section 2: Merger of debts.

III. – 6:201: Extinction of obligations by merger.

(1) An obligation is extinguished if the same person becomes debtor and creditor in the same capacity.

(2) Paragraph (1) does not, however, apply if the effect would be to deprive a third person of a right.

¹³ Article 10:107 Performance, Set-Off and Merger in Solidary Obligations

1.– Performance or set-off by a solidary debtor or set-off by the creditor against one solidary debtor discharges the other debtors in relation to the creditor to the extent of the performance or set-off.

2.– Merger of debts between a solidary debtor and the creditor discharges the other debtors only for the share of the debtor concerned.

¹⁴ ANCONA, L., «Modi di estinzione delle obbligazioni. La confusione», en AA.VV., *Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al Draft Common Frame of Reference II. Materiali e commento*, (a cura di G. Luchetti e A. Petrucci), Bologna, Pátron Editore, 2010, pp. 549 ss. En esta misma obra puede verse una somera referencia a la confusión como modo de extinción de las obligaciones en el derecho intermedio y en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Para algunas referencias de derecho comparado y relativas a las posibilidades de unificación en el mundo latinoamericano, LEDESMA URIBE, *La confusión como forma de extinción de las obligaciones*, cit., pp. 709 ss.

¹⁵ Art. 133 Confusión:

1.– El crédito que deriva de un contrato no es exigible cuando, y por todo el tiempo en que, en relación a éste, las cualidades de acreedor y deudor, se reúnen en la misma persona.

2.– Si también se reúnen en la misma persona las cualidades de acreedor y de deudor solidario, el efecto previsto en el párrafo anterior, se produce para la parte del susodicho deudor solidario en favor de los otros deudores. Si en la misma persona se reúnen las cualidades de acreedor solidario y de deudor, el efecto previsto en el párrafo anterior que precede se realiza para la parte del primero. Las mismas reglas se aplican a las obligaciones indivisibles.

3.– La confusión no es oponible frente a los terceros que pudieran por ella tener algún perjuicio y, en todo caso, cuando en las reglas en vigor en la Unión europea y en los Estados miembros, queda excluida en interés de los terceros.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

tinción por confusión es definitiva o provisional, pues como dice Arce Flórez-Valdés¹⁶, «Cabe pensar, en efecto –y el artículo 133 en su regulación así lo sugiere–, si se trata propiamente de una causa de extinción (a partir de un momento y para siempre) o simplemente tiene el efecto de *no ser exigible cuando, y por todo el tiempo en que, en relación a éste, las cualidades de acreedor y deudor, se reúnen en la misma persona*. Porque la postura que se mantenga –extinción de la obligación o no exigibilidad– ha de influir en situaciones en que la reunión de la condición de acreedor y deudor en un mismo titular no sea definitiva». Se pregunta el Autor, a la luz de lo recogido en el Proyecto, y no sin razón, «¿Podrá plantearse la posible reviviscencia ulterior? ¿Deberá admitirse la posibilidad de un restablecimiento de la obligación?».

A esta proposición, ciertamente, no se ha llegado por azar; muchos de los miembros que compusieron la Comisión que elaboró el Proyecto de Código Europeo de Contratos (Código de Pavía), eran romanistas o tenían una evidente influencia del derecho romano. Ello aboca a realizar un rastreo histórico partiendo del derecho romano para conocer la solución que se ha dado a esta realidad. Un discutido texto de Gayo evidencia que ya en el s. II d.C., la jurisprudencia romana no se ponía de acuerdo en cuanto a la confusión como medio de extinción de las obligaciones. Discusión, por otro lado, que se observa ha llegado hasta nuestros días y promete perpetuarse en el futuro, si algún día fuere legislación vigente el Código de Pavía.

III. GAYO 4.78 Y LA REVIVISCENCIA DE LA OBLIGACIÓN

Gayo 4.78.– *Sed si filius patri aut seruus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur. Nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nasci potest; ideoque et si in alienam potestatem peruenerit aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. Unde quaeritur, si alienus seruus filiusue¹⁷ noxam commiserit mihi et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. Nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo ab initio consistere non potuerit, ideoque licet exierit de mea potestate, agere me non posse.*

¹⁶ ARCE FLÓREZ-VALDÉS, J., «Extinción del contrato y de las relaciones que nacen del mismo», en AA.VV., *Código Europeo de Contratos, Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía) II, Comentarios en homenaje al Prof. D. J.L. de los Mozos* (Dir. C. Vattier; J.M.^a de la Cuesta; J.M.^a Caballero), Madrid, ed. Dykinson S.L., 2003, p. 533.

¹⁷ Para SOLAZZI, S., *Nè «accessiones» nè «adpromissores»*, en *Scritti di diritto romano III* (1925-1937), Napoli, ed. E. Jovene, 1960, p. 348 nt. 23 *filiusve* es un glosema; la razón es que Gayo no habría pospuesto nunca el hijo al siervo, es más, el texto comienza con un orden diferente: hijo y siervo (*si filius patri aut seruus domino...*).

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

Diuersae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum uero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari.

Dice Gayo que si un hijo comete un delito contra su padre o el esclavo contra el amo, no surge ninguna acción noxal¹⁸, ya que no puede surgir una obligación entre quien está bajo mi potestad y yo. Consecuentemente, aunque pase a potestad de otra persona, o se haga independiente, no hay acción posible ni con él mismo ni con aquel bajo cuya potestad se halla. De ahí que se discuta, en caso de que un esclavo o hijo ajeno me causara un daño, y después entrara bajo mi potestad, si la acción se extingue o está como latente. Los maestros de nuestra escuela creen que se extingue, puesto que ha llegado a un estado en que no puede permanecer la obligación; y por eso, a pesar de que dejara de estar bajo mi potestad, ya no tengo acción por aquel delito (yo no podría litigar). Los maestros de la escuela contraria opinan que la acción está como latente mientras el que cometió el delito está bajo mi potestad, puesto que yo no puedo litigar conmigo mismo; pero al dejar de estar bajo mi potestad, entonces la acción revive (resucita).

Resulta obvio que entre las escuelas de los proculeyanos y los sabinanos existían diferencias de parecer, tal como queda reflejado en la segunda parte del texto *Unde quaeritur...*¹⁹. El supuesto es muy sencillo: cuando un hijo ajeno o un esclavo ajeno cometen un delito contra un tercero, y antes de que responda de dicho delito el padre o el dueño, uno u otro entran bajo potestad de la víctima, es decir, del tercero, momento en el que se produce la confusión, que siguiendo la regla habitual extingue la obligación, pero, sin embargo, es cuando surge la duda: *utrum intercidat actio an quiescat*. ¿La acción se extingue o permanece latente? Para los sabinianos la obligación se extingue, de tal manera que aunque el hijo o el esclavo salieran de la potestad del nuevo dueño,

¹⁸ Las *actiones noxales*, como acciones penales, se originaban cuando un hijo de familia o un esclavo, ambos carentes de personalidad ante el derecho pero sujetos a responsabilidad penal, cometían un delito, en cuyo caso dichas acciones se ejercitaban contra el padre o dueño, y era noxal en cuanto que el demandado si era vencido en juicio tenía la posible alternativa de o bien pagar la *poena* correspondiente al delito del hijo o del esclavo, o bien exonerarse de responsabilidad entregando en *noxam*, *noxam dandi*, el cuerpo del delincuente a la parte ofendida partiendo de la idea de que los actos del *filius* o *servus* no podían empeorar la posición de su *potestas-habiente*. Vid. TORRENT, A., s.v. *actiones noxales*, en Diccionario de derecho romano, Madrid, ed. Edisofer S.L., 2005, p. 69. GIMÉNEZ CANDELA, T., El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal, Pamplona, ed. EUNSA (Universidad de Navarra), 1981.

¹⁹ PERIÑÁN GÓMEZ, B., «El principio «*semel heres semper heres*» y la confusión de las obligaciones en el derecho romano», en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXVII*, Valparaíso, Chile, 2005, pp. 134 ss.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

éste no podría ejercitar ninguna acción²⁰. Sin embargo, para los proculeyanos, mientras que el que delinquiró está bajo la potestad de la víctima, la acción permanece latente, porque uno no puede litigar contra sí mismo, sería la víctima quien responde de los delitos del hijo o esclavo consigo mismo, y ello es imposible, *quia ipse mecum agere non possum*, pero, y aquí está la clave, tan pronto salgan, el hijo o el esclavo, de la potestad de la víctima, éste podrá litigar y exigir la pertinente responsabilidad por el delito cometido. Es decir, la acción revive, resucita, la obligación no se extinguió: *tunc eam resuscitari*. La confusión ha paralizado la extinción, ha suspendido los plenos efectos, pero no ha eliminado la relación jurídica que originó la responsabilidad. Sencillamente ha imposibilitado su ejercicio²¹. Los proculeyanos argumentaban en un plano procesal; *quiescat*, la responsabilidad existe en forma latente, «solo duerme pero no muere»²².

Por lo tanto, son los efectos de la confusión quienes definen su naturaleza. Mientras que la doctrina mayoritaria considera que es un modo de extinción que una vez producida se extingue con todos sus accesorios, para otros es un hecho que paraliza la posibilidad de ejercer acciones pues se considera un obstáculo en la ejecución de la obligación. Es decir, la concurrencia en una misma persona de las cualidades de acreedor y deudor, respecto de la misma deuda, la extingue de pleno derecho, pero, dice Montoya²³, como simplemente consiste en un obstáculo para la ejecución de la obligación, si la causa que origina la confusión fuere nula, la obligación recupera su validez.

Para los proculeyanos la obligación, cuando la confusión no producía plenos efectos, *tunc eam resuscitari*, revive, apreciación de la cual no informa únicamente Gayo (Gayo 4.78). También Papiniano, D.46.1.50²⁴ y Paulo, D.46.1.71²⁵, observan dicha opinión, al menos en casos muy concretos. En-

²⁰ Era el parecer que defendían los sabinianos: D.9.4.37 (*Tryph. 15 disp.*); D.47.2.18 *in fine* (*Paul. 9 ad Sab.*). HERNÁNDEZ-TEJERO, F., «Extinción de las obligaciones», en AA.VV., *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Prof. J.L. Murga*, Madrid, ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 1994, p. 212. JIMÉNEZ SALCEDO, *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 77 ss.

²¹ *Vid.* JIMÉNEZ SALCEDO, «Algunas reflexiones sobre la confusión», cit., pp.481 ss.

²² WACKE, «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación?», cit., p. 244.

²³ MONTAYA GÓMEZ, M., *De las obligaciones en el derecho romano*, Bogotá, ed. Temis, 1973, p. 171.

²⁴ D.46.1.50 (*Pap. 37 quaest.*).— *Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius), solutionis potestate; sed pro parte coheredis obligatio salva est non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem.*

²⁵ D.46.1.71 (*Paul. 4 quaest.*).— *Granius Antoninus pro Iulio Pollione et Iulio Rufo pecuniam mutuam accipientibus, ita ut duo rei eiusdem debiti fuerint, apud Aurelium Palmam mandator extitit: Iulii bona ad fiscum venerunt: similiter et creditori fiscus successerat. Mandator allegabat se liberatum iure confusionis, quia fiscus tam creditori quam debitori successerat. Et quidem si unus debitor fuisset, non dubitabam sicut fideiussorem, ita et mandatorem liberatum esse: quamvis enim iudicio convento principa-*

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

tienden la confusión como una especie de pago que el deudor se hacía a sí mismo una vez convertido en acreedor (*aut, quod est verius, solutionis potestate; veluti solutionis iure sublata obligatione*). O, como dice Montoya, más que una verdadera satisfacción, lo que había era un obstáculo a la ejecución²⁶. Lo cierto es que desaparecida la causa que imposibilita la ejecución, es decir, la causa que originó la confusión, la obligación puede exigirse nuevamente. Justiniano adoptó la posición de los sabinianos apoyado por la actividad de los compiladores, dado que no fue opinión común durante la época clásica la de este grupo de juristas.

IV. CONFUSIÓN Y NEGOCIOS *MORTIS CAUSA*

La reunión en la misma persona de la condición de acreedor y deudor puede darse tanto en los negocios *inter vivos* como en los negocios *mortis causa*²⁷. Los negocios *inter vivos* más habituales son: bien por cesión del crédito o de la deuda realizada por el acreedor cedente al deudor cesionario, o viceversa; bien por medio de un contrato consensual, por ejemplo, una compraventa que extinga un arrendamiento; bien por medio de una donación, que sería una condonación de la deuda, aunque existe un supuesto ciertamente especial, la donación universal *inter vivos* (*donatio omnium bonorum*), a la que se dedicará un pequeño *excursus*, sin soslayar que la investigación se centra en los negocios *mortis causa*; o bien por la venta de la herencia²⁸.

Por lo que respecta a los negocios *mortis causa*, puede suceder que sean tanto a título universal²⁹ como a título particular. Los casos más habituales de confusión en negocios *mortis causa* a título universal son: cuando el heredero es acreedor o deudor respectivamente del causante, y con motivo de la sucesión ya testada ya intestada se concentran los créditos y las obligaciones del *de*

li debitore mandator non liberetur, tamen ubi successit creditor debitori, veluti solutionis iure sublata obligatione etiam mandator liberatur, vel quia non potest pro eodem apud eundem quis mandator esse.

²⁶ MONTOKA GÓMEZ, *ibídem*

²⁷ Vid. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., pp. 275 ss.

²⁸ TORRENT, A., *Venditio hereditatis. La venta de herencia en derecho romano*, Salamanca, ed. Universidad de Salamanca, 1966. JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Notas sobre la confusión y la venta de herencia», en *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 7, diciembre 2006 (www.iustel.com.); igual en *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 119-130.

²⁹ Vid. JIMÉNEZ SALCEDO, M.^a DEL C., «Aspectos de la confusión de las obligaciones como consecuencia de la sucesión hereditaria», en *Revista General de Derecho Romano*, n.º. 2, junio 2004 (www.iustel.com.). Igual en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 1, Murcia, ed. Universidad de Murcia, 2004, pp. 2533-2544; también, de la misma Autora, en *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 85-101. PERIÑÁN GÓMEZ, «El principio «*semel heres semper heres*» y la confusión de las obligaciones en el derecho romano», cit., pp. 123-139.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

cuius y del heredero en la misma persona. Por lo que respecta a la sucesión *mortis causa* a título particular, los supuestos más habituales son el legado, los supuestos de fideicomiso, y por analogía, los supuestos de *donatio mortis causa*, siempre que en ellos se produzca la situación básica y fundamental de toda confusión: que coincida en la misma persona la condición de acreedor y deudor. La confusión, obviamente, puede ser total o parcial, lo que no empece para ratificar su existencia.

La aceptación de la herencia determina que las relaciones obligatorias que pudieran existir entre el causante y el heredero se extinguen por confusión. Se trata de un principio clásico que ha perdurado hasta la actualidad. Las fuentes lo expresan con absoluta rotundidad. Sin embargo, esta opinión no será tan fácilmente sostenible cuando se aborde la cuestión de los legados y fideicomisos. Entre las fuentes que evidencian las consecuencias de la confusión, y por tanto la extinción definitiva de la obligación, se pueden señalar las siguientes. D.34.3.21.1 (*Terent. 12 ad leg. Iul. et Pap.*).— ... *quia confusione perinde extinguitur obligatio...*; D.36.1.60(58) *pr. (Pap. 9 resp.)*.— ... *actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest*; D.36.1.61(59) *pr. (Paul 4 quaest.)*.— *aditione quidem hereditatis confusa obligatio est...*; D.46.3.75 (*Mod. 8 reg.*).— *si debitor heres creditori exstiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem*; D.46.3.95.2 (*Pap. 28 quaest.*).— *Aditio hereditatis nonnumquam iure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris vel contra debitor creditoris adierit hereditatem.*

Si se observa la literalidad del inmediatamente transcrito fragmento papiniano, D.46.3.95.2, la rotundidad de la afirmación de que la obligación se extingue por confusión, cuando se produce la adición de la herencia, queda matizada por la locución adverbial *nonnumquam*, a veces, de donde puede deducirse, sin mayor dificultad, que cuando existen créditos y deudas entre el *de cuius* y el heredero, si son transmisibles, lo más frecuente es que se produzca una confusión total, pero no siempre, pues a veces puede producirse una confusión parcial, que lógicamente extingue la obligación en parte. Consecuencia de ello es que los créditos del heredero contra la herencia o los del causante contra el heredero, quedan extinguidos, fundamentalmente por la reunión de los dos patrimonios, derivado de la falta de pluralidad de partes (deudor–acreedor) a partir del momento de la aceptación de la herencia. La confusión parcial consta en otro elocuente texto del mismo jurista, Papiniano:

D.46.1.50 (*Pap. 37 quaest.*).— *Debitori creditor pro parte heres exstitit accepto coherede fideiussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut (quod est verius), solutionis potestate: sed pro*

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

*parte coheredis obligatio salva est non fideiussoria, sed hereditaria, quoniam maior tollit minorem*³⁰.

Pero no siempre la confusión, ya sea total ya sea parcial, extingue la obligación de forma definitiva como cuando el causante y el heredero sean acreedor y deudor, o viceversa, el uno del otro. Seguidamente se analiza la singularidad de algunos supuestos de sucesión *mortis causa* a título particular.

V. SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* A TÍTULO PARTICULAR

A) Legados.

Por lo que respecta a la sucesión *mortis causa* a título particular, que también provoca la extinción de las obligaciones por confusión, hay que diferenciar entre los casos de legado y los de fideicomiso. En los casos de legado, aunque teóricamente no se admite que el legado esté constituido por deudas, en general se acepta que un legado es toda disposición *mortis causa* que atribuye derechos a una persona pero que no le confiere el título de heredero. No obstante, las fuentes no son muy rigurosas con la definición de legado, y existen serias dificultades para comprender en un concepto general la gran variedad y disparidad de los tipos concretos de legados. Ahora bien, lo importante es que cuando coincide en el legatario la condición de acreedor y deudor, en virtud de una relación previa con el causante, se producirá la confusión. La consecuencia será la extinción de la previa relación jurídica entre ambos y por consiguiente de la obligación existente, la cual quedará extinguida.

Es conocido que el régimen jurídico de los legados fue aplicado a los fideicomisos³¹, cuya finalidad esencial consistía en regular la voluntad del disponente que quería hacer llegar determinados bienes o derechos a una determinada persona. Al igual que se verá infra, cómo surge la duda de si la confusión en materia fideicomisaria conlleva la extinción permanente o transitoria de la obligación, también surge semejante duda en materia de legados. Dada la gran variedad de tipos de legados y sus diferentes contenidos, solamente anotamos

³⁰ Situación similar recoge D.21.2.41 (*Paul. 2 ed. aed. curul.*).

³¹ D.30.1 (*Ulp. 67 ad ed.*).— *Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis*. Es un texto que a juicio de la doctrina está interpolado. Justiniano dejó muchas pruebas de que la fusión no se produjo en tiempos de Ulpiano sino bajo su mandato. Vid. ABELLÁN, M., *Los fideicomisos a través de la literatura específica de los juristas romanos*, Madrid, ed. Universidad Complutense, 1982, pp. 57 ss., con abundante bibliografía.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

de modo genérico la incertidumbre que genera semejante disposición *mortis causa*. Dos textos de las Instituciones de Gayo originan la desconfianza:

– *Gayo 2.245.*– *Ex diverso constat ab eo, qui in potestate tua est, herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si vero filius emancipatus aut servus manumissus erit vel in alium translatus, et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum*³².

– *Gayo 2.189.*– *Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut pos mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere: si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest*³³.

Nos dice Gayo que cuando se instituye heredero a un esclavo ajeno, debe aceptar la herencia por orden de su dueño, siempre que haya permanecido en el mismo estado, porque si su dueño lo enajenó estando vivo el testador, o lo enajenó después de su muerte (del testador), pero antes de hacerse la aceptación, el esclavo debe aceptar la herencia por orden de su nuevo dueño, y si fue manumitido, puede hacerlo él libremente. También nos dice Gayo (2.245), que por el contrario, es claro que vale el legado que se hace en tu favor cuando ha sido instituido heredero el que está bajo tu potestad, aunque se invalide si te haces heredero por su mediación, ya que no puedes deberte el legado a ti mismo. Pero si el hijo fue emancipado, o manumitido el esclavo o transmitido a otra persona, y él o la otra persona por su mediación se hacen herederos, el legado debe ser pagado.

Lo más sorprendente es que si el dueño, con independencia de que sea deudor o acreedor del causante, es nombrado por ejemplo, legatario, y su hijo o su esclavo, heredero, tan pronto como estos estando bajo su autoridad acepten la herencia, no solo se extinguirá por confusión el legado sino también las deudas; por el contrario, si el hijo hubiera sido emancipado, o el esclavo manumitido o vendido, y en su nueva condición aceptasen la herencia, bien por voluntad propia (hijo emancipado) o bien por orden del nuevo dueño (el esclavo), las deudas o créditos en favor o en contra del antiguo *pater* o dueño, subsisten. No es que sea un caso similar al recogido en Gayo 4.78, pero sí induce la duda de qué solución debe darse cuando el cambio de condición jurídica se produzca en el ínterin entre la muerte del causante, la aceptación de la herencia, la emancipación del *filius*, la manumisión del esclavo o su transmisión. Porque no se soslaye el supuesto por el cual un tercero, ya deudor ya acreedor

³² I.2.20.33.

³³ I.2.14.2.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

del causante, adquiere un esclavo ajeno nombrado heredero por aquél, y de cuya aceptación va a depender la extinción por confusión de las obligaciones preexistentes. Meridianamente consta en I.4.14.1 *in fine*³⁴, cuando se dice que el esclavo ajeno instituido heredero, si hubiere permanecido en la misma condición, deberá adir la herencia por mandato de su dueño, pero si hubiera sido enajenado por éste o viviendo el testador o inmediatamente después de su muerte (del testador) y antes de adir la herencia, debe adirla por orden de su nuevo dueño. Ahora bien, si ha sido manumitido viviendo el testador o después de muerto antes de adirla, puede adir la herencia a su arbitrio. Por consiguiente, y aplicando las opiniones de las escuelas de proculeyanos y sabianianos, tal y como se recoge en Gayo 4.78, dependiendo del régimen de sumisión en que se halle el hijo o esclavo sometido a la potestad o dominio del *pater* o dueño, va ocasionar que el legado se extinga por confusión (cuando hijo o esclavo acepten la herencia o legados en régimen de sumisión), o reviva, es decir, sea exigible, si el hijo está emancipado o el esclavo pertenece a otro dueño o es manumitido en testamento, en cuyo caso el legado será de necesario cumplimiento.

B) Fideicomisos.

También suscitan dudas en relación con la confusión como modo de extinción de las obligaciones los casos de institución fideicomisaria. Una vez que el heredero fiduciario adía la herencia se producían los mismos efectos que en toda adición, «se subroga en la personalidad del testador con todos los derechos y obligaciones que a éste pertenecían, salvo los personalísimos; deviene propietario de las cosas de la herencia, acreedor de los créditos hereditarios y deudor de las deudas hereditarias»³⁵. Por cierto, que la extinción de créditos y deudas entre el disponente y el fiduciario no tiene idénticas consecuencias en el fideicomiso *in genere* que en el fideicomiso de *eo quod supererit*.

Se sabe que en cualquier tipo de fideicomiso, desde el momento en que el fiduciario recibe la herencia se produce una especie de mezcla o confusión entre los bienes de los dos patrimonios, pero el problema, sabido que no se transmiten los derechos personalísimos es, ¿qué ocurre con los créditos y deudas que tenían contraídos mutuamente fideicomitente y heredero? Si el fidu-

³⁴ I.2.14.1 *in fine*.— *Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu eius domini adire hereditatem debet. Si vero alienatus fuerit ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius antequam adeat, debet iussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest.*

³⁵ CLEMENTE DE DIEGO, F., *El fideicomiso de eo quod supererit en derecho romano*. (Discurso leído en la solemne inauguración del curso académico 1926-27 en la Universidad Central), Madrid, 1926, p. 81.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

ciario fuera un heredero normal, una vez que pasaran a él todos los derechos y obligaciones de un patrimonio hereditario, las deudas y créditos que tuvieran mutuamente contraídos desaparecerían, como *ut supra* se ha visto. Sin embargo, como el fiduciario no es un heredero normal o acostumbrado, sino que por el propio encargo fiduciario tiene que transmitir lo recibido o una parte al fideicomisario, no se puede decir que créditos y deudas se extingan, porque la relación no es ya para con el testador sino para con el fideicomisario. Entonces podríamos decir que créditos y deudas, cuando están en manos del fiduciario se extinguen, y por el contrario, cuando llega el momento de la restitución surgen, y es cuando se hacen efectivos los derechos y obligaciones. Así, pues, todas las relaciones jurídicas existentes entre testador y fiduciario cuando la herencia está en manos de éste último se extinguen, pero con una salvedad, que esto es sólo momentáneamente. En la herencia fideicomisaria la relación renace porque la confusión era provisional y *pro tempore*³⁶.

Esta confusión, entre derechos y obligaciones, no se puede decir que tuviera la misma duración en el fideicomiso puro o general que en el de residuo. La confusión sólo dura hasta el momento de la restitución, momento que es diferente en el fideicomiso de residuo que en el común, pues mientras en aquél tiene lugar a la muerte del fiduciario, en éste tendrá lugar cuando haya dispuesto el fideicomitente, según el fideicomiso fuera temporal o condicional. Dependiendo de las relaciones que el fiduciario mantuviese con el disponente, podían colocar a cualquiera de ellos en la situación de acreedor o deudor el uno del otro. Son dos situaciones diferentes a la vista del distinto comportamiento de los sujetos que intervienen en un fideicomiso, con evidentes diferencias según que el fideicomitente sea deudor y el fiduciario acreedor, o que el fideicomitente sea acreedor y el fiduciario deudor, o incluso cuando interviene un tercero deudor de la herencia.

1. Confusión entre el fideicomitente deudor y el fiduciario acreedor.

Cuando la relación sea entre el testador y el fiduciario, y el primero se encuentre en posición de deudor y el segundo de acreedor, una vez que se produce la transmisión hereditaria el fiduciario pierde por confusión aquel crédito que tenía contra el testador³⁷:

D.36.1.61(59) pr. (Paul. 4 quaest.)— Debitor sub pignore creditorem heredem instituit eumque rogavit restituere hereditatem filiae suae, id est testatoris:

³⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et alii*, *Elementos de derecho civil II. Derecho de obligaciones*, vol. I. *Parte general. Teoría general del contrato*, 5ª ed., Madrid, ed. Dykinson S.L., 2011, p. 299.

³⁷ WINDSCHEID, B., *Il diritto delle Pandette*, vol. III (trad. ital.), Torino, ed. Utet, 1925, p. 528.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

cum nollet adire ut suspectam, coactus iussu praetoris adit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi iure domini id possidere. Respondi: aditione quidem hereditatis confusa obligatio est: videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor actor idemque heres rem sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio, neque fideicommissum, quasi minus restituerit, recte petetur: quod eveniret, si nullum pignus intercessisset: possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat, et hic Serviana actio tenebit: verum est enim non esse solutam pecuniam, quemadmodum dicimus, cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. In re autem integra non putarem compellendum adire, nisi prius de indemnitate esset ei cautum vel soluta pecunia esset: nam et cum de lucro heres scriptus a sit, quod forte legatum accepit, si heres non extitisset, responsum est non esse cogendum adire nisi legato praestito. Ubi quidem potuit dici nec cogendum esse heredem adire quodammodo contra voluntatem defuncti, qui legando heredi, si non adisset, in ipsius voluntate posuit aditionem: sed cum testator alterutrum dederit, nos utrumque ei praestamus.

El asunto que Paulo presenta en este texto es el siguiente: Un deudor (fideicomitente) instituyó heredero fiduciario a su acreedor pignoraticio al que ruega que entregue el fideicomiso de toda a herencia³⁸ a la hija del propio testador. El heredero fiduciario, no queriendo adirla por considerarla sospechosa³⁹, es obligado a adir por el pretor, restituyéndola después a la fideicomisaria. Paulo deja entender que aunque restituyó la herencia, el heredero fiduciario se quedó con la posesión de la prenda, pues no habiendo encontrado comprador pidió la *impetratio domini*. De todo ello, se deduce que había dos obligaciones, la principal, que se extingue por la confusión, *aditione quidem hereditatis confusa obligatio est*, mientras que la obligación accesoria, la prenda, no se extingue⁴⁰. A partir de este momento, el texto ha sido muy criticado, viéndole múltiples alteraciones⁴¹ y pudiéndose llegar a la conclusión de que no es clásico por haber sufrido ediciones sucesivas de la misma colección⁴²,

³⁸ LENEL, O., *Palingenesia Iuris Civilis I*, Lipsiae, ed. Bernhardi Tauchnitz, 1889, coloca este texto bajo la rúbrica *De mandati* c. 1318 alejado de la materia de los fideicomisos.

³⁹ Razón convincente la que da TORRENT, A., *Fideicommissum familiae relictum*, Oviedo, ed. Universidad de Oviedo, 1975, p. 95, para considerar sospechosa a la herencia; afirma que «Lo más probable es que la cuantía de la deuda garantizada con prenda superase la cuarta parte del valor de la herencia, pues en caso distinto la herencia no tenía razón de ser sospechosa para el heredero».

⁴⁰ JIMÉNEZ SALCEDO, *Efectos extintivos de la confusión*, cit., pp. 49 ss.

⁴¹ *Vid. Index Interpolationum*, D.36.1.61 (59) *pr.*

⁴² FREZZA, P., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, vol. II. Le garanzie reali*, Padova, ed. Cedam, 1963, p. 105.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

mientras que algún autor, como Solazzi⁴³, cree ver una solución sustancialmente clásica en su contenido⁴⁴.

En el fondo lo que en este estudio interesa es el comportamiento jurídico del fiduciario acreedor en contra de la herencia que recibe del deudor (fideicomitente) en el fideicomiso *in genere*. Cuando en la sucesión *mortis causa* normal el acreedor se convierte en heredero del causante-deudor se extinguen por confusión los derechos de los que era titular, sin embargo, en el fideicomiso puro esto no ocurre, y por lo tanto la confusión sólo se produce temporalmente⁴⁵. ¿Por qué la confusión se produce sólo temporalmente? Pues bien, como se ha visto en D.36.1.61(59) *pr.*, el heredero era acreedor del causante y tenía garantizado el crédito con prenda; en situación normal de heredero desde que adiera la herencia desaparecerían los derechos de crédito y los derechos sobre la prenda; sin embargo, como tiene que restituir lo recibido, el crédito «renace» de nuevo. Es decir, mientras la herencia estuvo en manos del heredero fiduciario se extinguió, pero cuando sale de las mismas resurge de nuevo el «crédito», pero solo como obligación accesoria representada en el *pignus*. Esta nueva relación jurídica el fiduciario podrá hacerla efectiva contra el fideicomisario, punto éste que nos aclara Paulo poniéndonos dos hipótesis: que la prenda la posea el acreedor heredero o la posea el fideicomisario. ¿Qué sucede si la posee el heredero fiduciario? Cuando el heredero fiduciario sea el que posea no se verá molestado nunca: *nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneraticia, quoniam hereditaria est actio*⁴⁶. Por el contrario, cuando quien posea sea el fideicomisario, el fiduciario heredero *Serviana actio tenebit*, y esto porque *verum est enim, non esse solutam pecuniam*.

Dos puntos hay en el texto paulino reconocidos por Daube⁴⁷ y por Longo⁴⁸ como clásicos, a partir de los cuales se comprende todo el contenido del texto, son: *aditione hereditatis confusa obligatio est*, y *verum est non esse solutam pecuniam*. De las dos obligaciones que se presentaban, la principal, el crédito, y la accesoria, el *pignus*, con la confusión se extinguía la

⁴³ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 298 nt. 1.

⁴⁴ Afirma ANKUM, H., «Pignus et confusio dans le texte D.36.1.61(59) *pr.*», en AA.VV., *Fides humanitas ius. Studii in onore L. Labruna I*, Napoli, ed. Scientifica, 2007, pp.151–168, que el texto, del cual, por cierto, realiza una profunda y rigurosa exégesis, no contiene ninguna interpolación realizada por los compiladores (p. 154). Es un texto sustancialmente clásico.

⁴⁵ FONT BOIX, V., y MARTÍNEZ-RADIO, A. DE LA E., «El fideicomiso de residuo «eo quod supererit» y «si quid supererit»», en AA.VV., *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1965, p. 564.

⁴⁶ Señala TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 96, que ambas soluciones no parecen clásicas.

⁴⁷ DAUBE, D., «Sale of Inheritance and Merger of Rights», en *ZSS*, 74, 1957, p. 295.

⁴⁸ LONGO, G., *Ricerche sull'obligatio naturalis*, Milano, ed. A. Giuffrè, 1962, p. 209.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

primera, pero no la segunda que renace con la restitución. Sin duda, esta afirmación puede resultar exagerada, pues el derecho accesorio, la prenda, debe seguir siempre la misma suerte que la deuda principal, como nos dice Ulpiano en D.46.3.43 (*Ulp. 2 reg.*)⁴⁹, extremo éste que se contradice en D.36.1.61(59) *pr.* La doctrina se ha encargado de demostrar cómo esta contradicción es salvable por numerosas causas que a continuación se señalan. Según Solazzi⁵⁰, la confusión no extinguirá la prenda accesorio debido a las normas especiales del *pignus*, y además la *actio Serviana* durará mientras no conste *eam pecuniam solutam eove nomine satisfactum esse*. Si se observan las posibles causas de extinción de la relación pignoratícia en la reconstrucción de Lenel⁵¹ de la *actio pignoratícia*, en el caso que se analiza, se podría ejercitar tal *actio*, pues no entra ni dentro de la *confusio*, ni de la *satisfactio*, ni de la mora del acreedor, que son las causas de extinción. Si se mantiene la clasicidad de *verum est non esse solutam pecuniam*, la prenda subsiste. Torrent⁵² defiende la permanencia del *pignus* apoyado en la cualidad de acreedor del heredero, pues una vez restituida la herencia, *iure pretorio* pierde la titularidad sobre los bienes hereditarios, y además, dice Torrent, el heredero puede ejercitar su derecho sobre el *pignus* no *iure hereditario*, sino *iure crediti*. Carrelli⁵³ considera válido el *pignus* porque las causas de extinción de la *actio pignoratícia* no se han verificado. Por ello, dice, si no ocurriera esto Paulo hubiera dicho *obligatio confusa est, ergo pignus liberatum est*.

El *pignus*, como derecho real de garantía, renace sin duda por esa idea latente en materia de fideicomisos, cual es, la continua diferencia y separación de patrimonios, como ocurría también en el fideicomiso de residuo⁵⁴. A consolidar esta idea viene un texto de Meciano relativo a fideicomisos de predios con servidumbres (derecho real)⁵⁵. A la luz de D.36.1.61(59) *pr.* y D.36.1.75(73).1, se llega a una evidente conclusión: que los créditos se extinguen con la confusión de patrimonios, mientras que los derechos reales renacen con la restitución de la herencia fideicomitida.

⁴⁹ D.46.3.43 (*Ulp. 2 reg.*).— *In omnibus speciebus liberationum etiam accessiones liberantur, puta adpromissores hypothecae pignora ...*

⁵⁰ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 310.

⁵¹ LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum*, 3ª ed., Leipzig, ed. Bernhardi Tauchnitz, 1927, p. 255.

⁵² TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 98.

⁵³ CARRELLI, E., *Sulla accessorietà del pegno nel diritto romano*, Napoli, ed. E. Jovene, 1980, p. 46.

⁵⁴ *Vid.* MURILLO VILLAR, A., *El fideicomiso de residuo en derecho romano*, Valladolid, ed. Universidad de Valladolid, 1989.

⁵⁵ D.36.1.75(73).1 (*Maec. 13 fid.*): *Cum ex Trebelliano senatus consulto restituitur hereditas, servitutes, quas mutuo praedia heredis et testatoris habent, nihilo minus valent.*

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

Preocupa ahora ver si en los fideicomisos de *eo quod supererit* se sigue la norma del fideicomiso común sobre la extinción del crédito cuando el fiduciario es el acreedor y el testador el deudor. La respuesta la ofrece el siguiente texto de Scaevola ⁵⁶:

D.36.1.82(80) (Scaev. 5 dig.).– *Matrem et avunculum eosdemque creditores suos heredes scripsit Lucius Titius et eorum fidei commissit, ut post mortem restituerent, quod ex re familiari testatoris superfuerit, Septicio. Heredes non modicam patem bonorum testatoris consumpserunt et multos heredes reliquerunt, quibus scientibus multa corpora, quae remanserant ex bonis Lucii Titii, Septicius possedit. Quaesitum est, an id, quod Lucius Titius debuit matri et avunculo, heredes eorum a Septicio petere possint. Respondit non posse. CLAUDIUS: aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat. Sed fideicommissi repetitio erat: cuius aequitas defecit his, qui multa ex hereditate consumpsisse proponuntur.*

El texto se atiene totalmente a la fórmula de estudio, donde el heredero fiduciario es acreedor del causante que instituye un fideicomiso, en este caso *de eo quod supererit*. La *quaestio* formulada es si, una vez que el heredero fiduciario tiene la herencia fideicomitada, se extinguen los créditos de éste contra el causante. Del texto se desprende que los fiduciarios siguiendo la normativa vulgar del fideicomiso de residuo de que estos pueden consumir lo que quisieren, así lo hicieron; pero a su vez también dejaron *multa corpora*. De todas las cosas que restituyeron los acreedores a Septicio parece ser que los herederos de aquellos quisieron reintegrarse los créditos que tenían pendientes contra el testador. Ante esta situación, Scaevola sienta la doctrina general del fideicomiso de *eo quod supererit* cuando *respondit, non posse* ⁵⁷. La respuesta de Scaevola está apoyada por una idea que a continuación se refleja en el texto, atribuida a Claudio Trifonino: *aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat* ⁵⁸. La relación entre *non posse* y la idea de la confusión de la obligación es absoluta. Por lo tanto, los herederos de los fiduciarios no podrán pedir los créditos que aquellos tenían contra el testador porque se habían extinguido con la confusión.

⁵⁶ DESANTI, L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell'onerato*, Milano, ed. A. Giuffrè, 2003, pp. 113-189.

⁵⁷ Para CUENA BOY, F.J., *El fideicomiso de residuo en el derecho romano y en la tradición romanística hasta los códigos civiles*, Santander, ed. Universidad de Cantabria, 2004, p. 53, se trata de la solución de un caso particular.

⁵⁸ DAUBE, «Sale of Inheritance and Merger of Rights», cit., p. 303, defiende la clasicidad de esta frase.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

Beseler⁵⁹ considera interpolado el *non de respondit non posse*, con lo que de forma radical quedaría anulada la opinión de Claudio Trifonino, y esto supondría la no admisión de la extinción de la obligación por confusión⁶⁰. No obstante, en el fideicomiso de residuo hay algo más que motiva e induce a la extinción de los créditos, es lo que podríamos llamar el «espíritu» del fideicomiso de residuo. Si al fiduciario de residuo se le permite disponer de buena fe de todo el patrimonio fideicomitado, con el arbitrio de un buen varón y no *intertvertendi fideicommissi gratia*, hasta el punto de poder llegar a gastar prácticamente todo el patrimonio hereditario recibido, sería desde todo punto de vista extraño y de una persona incumplidora de los requisitos de todo fiduciario de residuo, el exigir al fideicomisario después de la restitución el crédito que tenía contra el causante, cuando éste había confiado en su buen hacer y disponer de todos los bienes sin limitarse a reservarse la *quarta Trebelliana* como en el resto de fideicomisos.

La primera parte del texto no ha suscitado en la doctrina ningún problema grave de interpretación, exceptuando la ya señalada interpolación que observa Beseler en el *non de respondit non posse*. En la segunda parte del texto, que es toda la nota de Trifonino, se han suscitado algunos problemas. Daube y Klami⁶¹ consideran la frase *aditione-interciderat* como clásica y auténtica de Trifonino, sin embargo, la discusión surge en cuanto al *sed erant* que Klami lo considera como original clásico. La interpretación que Klami⁶² hace de *sed fideicommissi repetitio erat*, se basa en la interpretación de unas palabras de la primera parte del fragmento, *quibus scientibus*, de donde deduce que los herederos de Lucio Ticio (la madre y el tío materno) ya habían transferido en vida determinados objetos de la herencia a Septicio. Afirma Klami que si la restitución la hubiesen hecho los herederos de los fiduciarios no se hubiera dicho *scientibus* sino otra expresión más explícita. Partiendo de esta posición, Klami no encuentra dudas para afirmar que se podría realizar por los fiduciarios una *repetitio fideicommissi*. Ha de admitirse que la interpretación de Klami es correcta, en cuanto a que los fiduciarios entregaron antes de tiempo los bienes de la herencia a Septicio (fideicomisario), pues la restitución debía haberse realizado a la muerte de los fiduciarios, como fue el ruego del testador (*et eorum*

⁵⁹ BESELER, G., «Miscellen», en ZSS, 45, 1925, p. 454.

⁶⁰ TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 85.

⁶¹ KLAMI, H.T., *Entscheidung und Begründung in den Kommentaren Tryphonins zu Scaevolus Responsen*, Turku, ed. Turun Yliopisto, 1975, p. 34.

⁶² KLAMI, *Entscheidung und Begründung*, cit., p. 33.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

fidei commissit, ut post mortem restituerent)⁶³. Por lo tanto, lo que realizaron los fiduciarios fue una liberalidad en favor del fideicomisario.

Partiendo de la interpretación de Klami y atribuyendo *sed-erat* a los fiduciarios, el texto es correcto, pero si se analiza con más detalle, se observa que fueron los herederos de los fiduciarios los que plantearon la cuestión, y este planteamiento se realiza cuando ya han muerto los fiduciarios. Entender en este contexto *sed repetitio fideicommissi erat* en favor de los herederos fiduciarios no es correcto, y esto porque hablar de *repetitio fideicommissi* es impreciso, como dice Daube⁶⁴, porque como máximo podría recobrase el valor de la deuda que no debió entregarse. Por consiguiente, *repetitio fideicommissi* es inexacto, pues nunca podría reclamarse el fideicomiso por los herederos de los fiduciarios, sino solo una parte, la deuda, que no había ninguna obligación de transferir. Es más, ni incluso podría repetirse la deuda, al menos en un fideicomiso de residuo, pues el fiduciario tenía a su plena disposición toda la herencia fideicomitada y si no dispuso de ella es porque no quiso, pues contaba con plenas facultades dispositivas según deseo del testador, pero teniendo siempre en cuenta que no podía sobrepasar los límites de la *bona fides* y del *arbitrium boni viri*, y ha de admitirse que resarcirse de la deuda de ningún modo sobrepasa estos límites.

Es necesario, pues, aceptar la existencia de dos herencias distintas, la del disponente, que por medio de los fiduciarios es restituida al fideicomisario, y la de los fiduciarios que pasa *mortis causa* a sus herederos, de donde se deduce una clara dualidad de patrimonios. Sin embargo, en cuanto a las obligaciones es necesario decir que se confunden en los herederos fiduciarios, y no podrán ser recuperadas por los herederos de los fiduciarios (*Scaevola respondit, non posse*), y además viene ratificado por la nota de Trifonino que asegura que *aditione enim hereditatis confusa obligatio interciderat*. Si se parte de esta interpretación no se puede aceptar las conclusiones que indican que el fiduciario no puede deducir lo que le debía el finado, mientras la deuda no exceda de aquello en que disminuyó el caudal⁶⁵, ni que en el fideicomiso de *eo quod supererit* los créditos pueden ser detraídos solamente cuando no hubiera encontrado compensación en las enajenaciones hechas por el fiduciario *medio tempore*⁶⁶.

⁶³ Vid. MURILLO VILLAR, *El fideicomiso de residuo*, cit., pp. 92 ss.

⁶⁴ DAUBE, «Sale of Inheritance and Merger of Rights», cit., p. 302.

⁶⁵ PASTOR Y ALVIRA, J., *Manual de derecho romano*, 4ª ed., Madrid, ed. Gómez Fuentenebro, 1914, p. 461.

⁶⁶ COSTA, G., «Cenni intorno alla storia e alla dottrina del fedecommissio di residuo», en *Indice di Giurisprudenza*, 1908, n.º 11-12, p. 103.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

2. Confusión entre el fideicomitente acreedor y el fiduciario deudor.

La situación contraria a lo visto ut supra, cual es que el heredero fiduciario fuese deudor del que realiza el testamento, es decir, que el testador fuese acreedor del heredero, puede verse en el siguiente texto de Juliano.

D.36.1.28(27).11 (*Iul. 40 dig.*).— *Si ex Trebelliano hereditatem restituit heres et fructus praediorum retinet vel ipsa praedia, sive etiam debitor eius qui testamentum fecit fuerit, neccessarium est actionem adversus eum fideicommissario dari. MARCELLUS: hoc ídem neccessario faciendum est, cum parte hereditatis restituta familiae erciscundae iudicium inter eum qui restituit hereditatem et qui receperit accipietur.*

La *quaestio* de este fragmento juliano⁶⁷ presenta dos hipótesis con la misma solución: por un lado, que el heredero fiduciario una vez que hubo restituido la herencia hubiese retenido los frutos de los predios o los mismos predios; y, por otro, que el heredero fuese deudor del que hizo el testamento (causante o fideicomitente). En ambos casos se da al fideicomisario acción contra el heredero: *neccessarium est actionem adversus eum fideicommissario dari*. La primera situación es razonable si se quiere que el fideicomisario pueda recibir los frutos, e igualmente en lo referente a los predios. Preocupa, sin embargo, la segunda situación, es decir, que se le dé acción al fideicomisario cuando el heredero es deudor del disponente. Si se trajera aquí el principio general de la confusión se aprecia que la obligación se había extinguido, del mismo modo que cuando el fiduciario era acreedor y el disponente deudor. Por el contrario, este paso de acciones al fideicomisario es conforme *ex Trebelliano Senatusconsulto*, según D.36.1.1.2, pues desde la restitución de la herencia las acciones pasarán sin más, ya sea en favor o en contra, al fideicomisario a fin de que en lo sucesivo se confirmen mejor las últimas voluntades de los difuntos.

Observa Torrent⁶⁸, que la situación es anómala, porque el heredero fiduciario deudor del testador no puede pagarse a sí mismo, pero sí está obligado a restituir la *hereditas*. Es más, el heredero deudor cuando recibe los bienes de la herencia y paga la deuda no puede pagarse a sí mismo, porque no suma su deuda a unos bienes que vayan a ser para él, sino que aporta lo debido a la masa hereditaria que debe restituir, es decir, aumenta, pagando la deuda a la herencia, a la masa hereditaria, con lo cual salda la deuda, y el fideicomisario recibe más bienes y el heredero también, pues la parte proporcional a la cuarta aumenta. Entonces cuando el heredero tiene en sus manos la herencia fideico-

⁶⁷ LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis I*, cit., c. 426, lo incluye bajo la rúbrica *De fideicommissis*.

⁶⁸ TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., p. 86.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

mitida él mismo pierde cantidad de bienes porque si no, después, cuando el fideicomisario ejerza su acción, le tendrá que pagar todo lo debido y el heredero perderá la cuarta parte de la deuda que hubiera recibido al retener la *quarta Trebelliana*. Es decir, la jurisprudencia, aunque no niega el efecto de la confusión, intenta por todos los medios eliminarla, para restablecer la situación jurídica anterior, cuando la herencia pasa al fideicomisario⁶⁹. En definitiva, en el caso de un fideicomiso normal se produce una reviviscencia de la obligación, pues el fideicomisario dispone de la acción para dirigirse contra el heredero, no así en el fideicomiso de residuo.

A un mayor esclarecimiento del problema que se suscita en D.36.1.28 (27).11, que esencialmente puede considerarse clásico⁷⁰, viene un otro texto de Papiniano D.36.1.60(58) *pr.*

D.36.1.60(58) *pr.* (Pap. 9 resp.).— *Deducta parte quarta restituere rogatus hereditatem, prius quam restitueret, hereditario debitori heres extitit. Quoniam actio eo confusa per Trebellianum redintegrari non potest, pecuniae quoque debitae dodrans ex causa fideicommissi petetur. Sed in eum diem, quo actio confusa est, usurae praeteriti temporis, quae in obligatione vel in officio iudicis fuerunt, computabuntur: posteriori ita demum, si mora fideicommisso facta sit.*

En este fragmento⁷¹ el fiduciario quedó heredero del deudor de la herencia antes de restituirla, con lo que los bienes de ese tercero deudor quedan en manos del heredero fiduciario, de tal modo que el tercero pierde protagonismo y el deudor ahora es el heredero fiduciario, con lo que se presenta la misma situación que en D.36.1.28(27).11; esto se produce porque en la mecánica de la sucesión *mortis causa* universal el heredero responderá por las deudas del causante tanto *ultra vires* como *intra vires* dependiendo de las diferentes situaciones. Ante la nueva situación, nos dice Papiniano que *actio eo*⁷² *confusa per Trebelliano redintegrari non potest*. Este principio papiniano: *actio confusa redintegrari non potest*, consistiría en que una vez que el heredero fiduciario se convierte en deudor de la herencia y éste ha recibido los bienes del causante en fideicomiso, se extinguen los créditos y deudas. Sin embargo, es necesario volver al principio que se viene manteniendo de que con la restitución renacen todas las relaciones jurídicas extinguidas. A demostrar esto viene Papiniano

⁶⁹ BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, 2ª ed., Milano, ed. A. Giuffrè, 1955, pp. 488 ss.

⁷⁰ SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione*, cit., p. 295 n. 1

⁷¹ Vid. TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., pp. 87 ss., para quien el texto presenta una situación de la cual arrancan todos los problemas doctrinales en torno a la *solutio-confusio*, al recoger una teoría general: *actio confusa redintegrari non potest*.

⁷² SOLAZZI, *loc. ult. cit.*, nos dice que *eo* está interpolado cuando señala que «*il pronome non ha riferimento*».

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

cuando a renglón seguido nos dice: *pecuniae quoque debitaе dodrans ex causa fideicommissi petetur*, con lo cual con una *petitio fideicommissi* puede reclamar también el fideicomisario las tres cuartas partes del dinero debido.

En definitiva, cuando el fiduciario y el disponente causante son deudores o acreedores entre sí, se produce una confusión de créditos y deudas, y la razón es porque cuando el patrimonio hereditario del disponente pasa a manos del fiduciario, éste todavía no tiene obligaciones para con el fideicomisario. Los créditos y deudas surgen desde el mismo instante de la restitución, que es cuando se debe aclarar la situación obligacional entre disponente y fiduciario, y será entonces cuando el fideicomisario reciba lo que indicó la *voluntas testatoris* que llevará incluido los créditos a favor y las deudas en contra.

Y qué sucede en el fideicomiso de *eo quod supererit* cuando el fiduciario sea deudor del disponente, ¿se extinguen las obligaciones?, ¿surgen de nuevo con la restitución? Las fuentes no informan en ningún texto acerca del fideicomiso de *eo quod supererit* en donde el fiduciario sea deudor del disponente. La conclusión a la que se puede llegar tras el análisis de D.36.1.82(80) puede ser totalmente extrapolable a este otro caso, en donde dadas las posibilidades de disposición con que cuenta el heredero fiduciario sería contradictorio pensar que a una persona a quien se le deja disponer de todo el patrimonio hereditario, tuviera que restituir el importe de sus deudas; más bien habría que entender que esa deuda está contraída como un anticipo del propio fideicomiso de *eo quod supererit*, y no tendría ningún sentido que el disponente le exigiese el pago de la deuda al heredero gravado para después darle los bienes en cuasi plena disposición.

Se ha señalado por parte de la doctrina romanista que en el fideicomiso de residuo hay una falta de equidad en comparación con el fideicomiso puro o normal⁷³, y para ello acuden a D.36.1.82(80) *in fine*: «*cuius aequitas defecit his, qui multa ex hereditate consumpsisse proponuntur*»; Beseler⁷⁴ estima que toda la frase está interpolada, y no le falta razón para ello. No se puede afirmar que en el fideicomiso de residuo falta equidad, cuando es un instituto jurídico que discurre con plena vigencia a lo largo de todo el periodo clásico⁷⁵, basado únicamente en la *voluntas testatoris* que así lo instituye y que confía en la *bona fides* y en el *arbitrium boni viri* del heredero fiduciario. Son impropias de Trifonino esas palabras siendo un jurista clásico; más bien habría que pensar que

⁷³ CLEMENTE DE DIEGO, *El fideicomiso de eo quod*, cit., p. 82. Para opiniones diferentes, *vid. DESANTI, Restitutionis post mortem onus*, cit., p.156 nt. 150.

⁷⁴ BESELER, *loc. ult. cit.*

⁷⁵ *Vid. MURILLO VILLAR, A.*, «Aproximación al origen del fideicomiso de «eo quod supererit»», en *BIDR*, vol. XCII – XCIII, Milano, 1989, pp. 121-149.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

es obra de los compiladores, influidos sin duda por Justiniano y la plasmación de su pensamiento en la Nov. 108, en donde cortó de raíz la gran libertad de disposición que tenía el fiduciario durante el periodo clásico permitiéndole disponer solo *usque ad Falcidiam*⁷⁶. La razón que alega Beseler para ver */cuis-fin/* interpolado, es que la *non modica pars bonorum compsumta* alcance el valor de la deuda. Por lo tanto, se estaría en el campo de la compensación con claras reminiscencias de época justiniana⁷⁷; razón que apoya Torrent⁷⁸, matizando que la deuda se extinguiría por confusión, y la consunción de la *pars bonorum* estaba ya dispuesta por la *voluntas testatoris* al instituir un fideicomiso de *eo quod supererit*.

VI. CONFUSIÓN EN CASOS DE *DONATIONES MORTIS CAUSA*

Por lo que a la *donatio mortis causa* se refiere, y dada su analogía con el legado, se trata de un supuesto de sucesión *mortis causa* a título particular, pues sus efectos se condicionan a la muerte del donante⁷⁹. La *donatio mortis causa* tiene lugar cuando una persona, donante, dispone una donación en favor de otra, donatario, supeditando sus efectos a su propia muerte, y siempre que acaezca antes que la del donatario. Lo más importante es que las *donationes mortis causa* eran esencialmente revocables *usque ad mortem*, lo que no impedía que con anterioridad el donatario pudiera disponer de los bienes y derechos puestos a su disposición por el donante. No es difícil imaginar a un donante, sin descendientes o con ellos desheredados, que ante el riesgo de una muerte

⁷⁶ MURILLO VILLAR, A., «Usque ad Falcidiam: La cuarta falcidia a la inversa», en *VARIA STUDIA. Libro-homenaje al Profesor Dr. Luis Rodríguez Ennes con ocasión de su septuagésimo aniversario*, Pontevedra, ed. Patronato del Instituto de Estudios Ibéricos, 2015, pp. 703-718.

⁷⁷ Vid. PICHONNAZ, P., *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg, ed. Fribourg Suisse, 2001. MURILLO VILLAR, A., «La extinción por compensación de las obligaciones mercantiles: una previsible regulación futura de evidente origen romano», en AA.VV., *As relações comerciais; a contribuição de Roma à globalização contemporânea, vol. 1, em homenagem ao centenário de nascimento do jus comercalista Clóvis Cunha da Gama Malcher*, Rio de Janeiro (Brasil), ed. Lumen Juris, 2016, pp. 175-206; igual en *Judicatus, Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León (México)*, julio/diciembre 2017, 3ª época, año 5, número 10, pp. 183-222 (<https://www.pjenl.gob.mx/Publicaciones/Revistas/2018/RevistaJudicatus10/docs/RevistaJudicatus10.pdf>)

⁷⁸ TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum*, cit., pp. 85 s.

⁷⁹ En el Código civil español están suprimidas, no así en otros ordenamientos vigentes en territorios autonómicos que se han mantenido fieles a la tradición romana, como Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia y Navarra. El art. 620 del C.c. establece que cuando las donaciones produzcan sus efectos por muerte del donante, quedarán sometidas al régimen de las disposiciones testamentarias y se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria. Vid. GÓMEZ LIGÜERRE, C.I. – NANCLARES VALLE, J., «Donaciones por causa de muerte», en AA.VV., *Tratado de derecho de sucesiones: código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco* (coord. por J. SOLÉ RESINA; M.ª del C. GETE-ALONSO CALERA (dir.)), vol. 1, ed. Thomson Reuters, 2011, pp. 1205-1258.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

próxima o inminente, decide donar sus bienes a un tercero, sea o no, pariente. Obviamente, los plenos efectos de dicha donación están supeditados a la supervivencia o no del donante al peligro o circunstancia que motivó tal acto de generosidad. Si a ello se añade que el donante era acreedor o deudor del donatario, o viceversa, la confusión es una mera consecuencia de la unión de patrimonios, el del donante con el del donatario, en cuyo caso las obligaciones existentes entre ambos se extinguirán por confusión, pues el donatario no podrá reclamarse o pagarse a sí mismo.

El espacio de tiempo que transcurre desde que el donatario acepta la donación, se procede a la entrega o puesta a su disposición de los bienes, y el momento en que el donante supera aquel peligro que originó la *donatio*, puede ser importante, y en ese ínterin qué duda cabe que se ha extinguido la deuda por confusión, si bien es cierto que la *confusio* definitiva se producirá cuando el donante fallezca. En definitiva, la *donatio mortis causa* es aquella donación que requiere, para tener una eficacia definitiva, la premoriencia del donante al donatario o al menos la no supervivencia del primero al segundo. Si por ventura la muerte del donante y del donatario se produjese en el mismo momento, la *donatio mortis causa* pendiente entre ellos no pierde sus efectos⁸⁰. Y como los plenos efectos estaban vinculados a la supervivencia del donante, no es difícil plantearse la posibilidad de que éste recupere o no lo que haya donado⁸¹. Entonces, es cuando debe plantearse si las deudas extinguidas por la confusión reviven, si se produce su reviviscencia.

Por ello, hablar de *donatio mortis causa* perfecta es sinónimo de donación irrevocable, al igual que revocabilidad y *donatio mortis causa* imperfecta son correlativos. Así, pues, el ejercicio de revocación corresponde en exclusiva al donante⁸². Los distintos supuestos en que una donación hecha en atención a la muerte puede quedar revocada, podrían reducirse en derecho romano a cuatro, que vistos en su evolución histórica, serían los siguientes: 1º.— Revocación cuando el donante supera el peligro de muerte, sin duda, el supuesto más frecuente; 2º.— Revocación cuando el donatario premuere al donante, circunstancia bastante excepcional; 3º.— Revocación cuando el do-

⁸⁰ BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 707. AMELOTTI, M., *La «donatio mortis causa» in diritto romano*, Milano, ed. A. Giuffrè, 1953, p. 3; «s.v. «donatio mortis causa» (Diritto romano)», en *NNDI VI*, Torino, ed. Utet, 1960, ristampa, 1981, p. 222; «s.v. «donazione mortis causa» (Diritto romano)», en *Enciclopedia del diritto XIII*, Varese, ed. A. Giuffrè, 1964, p.1000.

⁸¹ I.2.7.1.— *Mortis causa donatio est, quae propter mortis fit suspicionem, cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is qui accepit: sin autem supervixisset qui donavit, reciperet, vel si eum donationis paenitisset aut prior decesserit is cui donatum sit.*

⁸² RODRÍGUEZ DÍAZ, E., *Algunos aspectos de la donatio mortis causa en el derecho romano*, Oviedo, ed. Universidad de Oviedo, 2000, pp. 107 ss., con importante aparato bibliográfico que sirve por todos.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

natario modifica su situación jurídica: por divorcio, *capitis deminutio*, *adrogatio*, etc; y 4º.— Revocación al arbitrio (*ad libitum*) del donante.

Las *donationes mortis causa* desde Roma hasta la actualidad, siempre se han constituido *contemplatio mortis*, es decir, sus efectos quedan supeditados a la muerte del donante. En la donación por causa de muerte pura, la transmisión de la propiedad al donatario no se produce hasta el hecho mismo de la muerte del donante. Ello significa que el donante mientras viva no tiene ninguna intención de perder ni el dominio ni la libre disposición sobre la cosa donada. Como la *donatio mortis causa* participa de las características fundamentales de los actos de última voluntad, desde Roma se equiparó a los legados, y como éstos son revocables hasta el último hálito de vida del disponente, la donación no produce efectos sino *post mortem*. Por consiguiente, la donación *mortis causa* es una donación pendiente de la premoriencia del donante al donatario, en caso contrario es revocable. ¿Qué deberá reintegrarse? Si el dominio aún no se había transmitido, porque continúa vivo el donante, no deberá el donatario o sus sucesores reintegrar nada, pues aún no tenía la cosa donada; estaba a la espera del desenlace, muerte del donante, para que la donación se perfeccionara y se produjera la transmisión. Sin embargo, pudiera darse el caso de que el donante hubiese transmitido la posesión al donatario, ello no significa que se haya desnaturalizado el concepto de *donatio mortis causa*, porque el dominio aún no lo tiene el donatario, será preciso que éste sobreviva al donante, al igual que el legatario al causante.

Si lo que ha habido a favor del donatario es una *datio* hecha bajo condición suspensiva, si ésta no se produce, el donante ha permanecido propietario y puede reivindicar la cosa; si lo que ha habido es una *datio* pura y simple, y el donante ha tenido la posesión, el donante podrá oponer la *exceptio doli* a la *reivindicatio* del donatario⁸³. Lo que no se alcanza a comprender es que el donatario tenga la propiedad y la posesión viviendo aún el donante, pues por tratarse de una donación cuyos efectos se vinculan a la muerte del donante, consideramos que estaríamos ante una *donatio inter vivos* antes que frente a una *donatio mortis causa*, o ¿es posible que un heredero tenga la propiedad y la posesión de unos bienes hereditarios antes de morir el causante? Al igual que es menester que el heredero sobreviva al causante para heredarle, del mismo modo es necesario que el donatario sobreviva al donante⁸⁴.

⁸³ PETIT, E., *Tratado elemental de derecho romano*, (trad. esp. de J. FERRÁNDEZ), 17ª ed., México, ed. Porrúa, 2001, p. 438.

⁸⁴ MURILLO VILLAR, A., *La revocación de las donaciones en el derecho romano y en la tradición romanística española*, Burgos, ed. Universidad de Burgos, 2007, p. 134.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

Aun siendo cierto lo dicho, habrá de entenderse que durante el periodo de tiempo que el patrimonio donado permanezca a disposición del donatario, que puede ser mucho, por ejemplo, en el caso de un viaje o de una enfermedad, cualquier actuación de éste como acreedor o como deudor en favor o en contra del patrimonio donado, será desde cualquier punto de vista imposible, por cuanto nadie puede ser donante y donatario a un tiempo. Al igual que nadie puede ser deudor y acreedor a un tiempo, fundamento de la confusión como criterio de extinción de las obligaciones. Por consiguiente, si el donante sobrevive al peligro que motivó la *donatio mortis causa* podrá exigir los créditos que no le ha satisfecho el donatario deudor, o viceversa, deberá abonar las deudas no satisfechas al donatario acreedor. Pero ello, a partir del momento de la rehabilitación o puesta nuevamente en existencia de la obligación, sin posibilidad de exigir el incumplimiento mientras duró la confusión. Para explicar esta situación, sirva un supuesto. Así, por ejemplo, entre donante y donatario existe un contrato de arrendamiento, o una compraventa de un inmueble, cuyo pago se está efectuando a plazos. Como consecuencia de una *donatio mortis causa* el donatario pasa a disponer como propietario del citado inmueble; mientras dure la confusión de la condición de donante propietario y donatario arrendatario o comprador, no tiene sentido que el donatario salde consigo mismo la deuda. Ahora bien, producida la *revocatio* de la donación, «renacida» la obligación, ya que mantiene el mismo objeto y los mismos sujetos, el pago de los plazos recuperará su normalidad. Obviamente, durante el tiempo que duró la confusión, periodo de incertidumbre acerca de la supervivencia del donante, se entiende que los plazos impagados no serán reivindicables.

Esta afirmación se sustenta en que en tiempos del emperador Justiniano se admitió la propiedad *ad tempus*. Mientras los patrimonios permanecen bajo disponibilidad de un único sujeto, el donatario, lógicamente, no podrá ejercitar ninguna acción contra sí mismo para exigirse el cumplimiento de las obligaciones preexistentes; ahora bien, tan pronto desaparezca dicha situación, como consecuencia de la *reivindicatio* del donante, los créditos o deudas reviven, son exigibles. Diocleciano impidió cualquier revocación real de la donación porque entendió que la propiedad no podía transferirse por un tiempo determinado⁸⁵. Sin embargo, Justiniano atribuyó eficacia real a la condición resolutoria, e invirtió el principio de Diocleciano, reconociendo como posible una transferencia de la propiedad *ad tempus*⁸⁶. Reconocimiento que fue ratificado en otra constitución del año 532, C.6.37.26, en la que se recuer-

⁸⁵ F.V. 283 ... *ad tempus proprietas transferri nequiverit*.

⁸⁶ C.8.55(54).2.– *donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest*.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

da que se pueden hacer donaciones temporales: *iam constitutum est fieri posse temporales donationes*⁸⁷.

VII. CONFUSIÓN EN CASOS DE DONATIO OMNIUM BONORUM (DONACIÓN UNIVERSAL)

Existe un supuesto de negocio *inter vivos*, que dadas sus peculiares características y su relación con la donación, y a pesar de dedicarse el estudio a los negocios *mortis causa*, va a ser abordado, al menos someramente, a continuación. Es el caso de la donación universal o *donatio omnium bonorum*, que de producirse conlleva la transmisión de todos los bienes, derechos y obligaciones del donante al donatario, y que una vez aceptada por éste se producirá la confusión y consiguientemente la extinción de las obligaciones. Sirva el siguiente supuesto. Un donante es acreedor del donatario, o viceversa, y lleva a cabo una donación universal de todos sus bienes presentes. En el momento en que el donatario acepte la donación, se producirá la confusión, pues éste ya no podrá hacer efectivo el crédito ni a favor ni en contra de sí mismo. Pero aunque toda donación por principio es irrevocable, salvo en determinados supuestos en que excepcionalmente se admitía la revocación, cuando esta se produjese, de inmediato surge la duda: ¿revivirá el crédito contra el donatario deudor?, ¿podrá el donatario acreedor dirigirse contra el donante deudor? Estas preguntas requieren algunas explicaciones.

En el periodo postclásico, la *donatio* se transformó en un negocio típico independiente, muy similar a la configuración jurídica actual, que bien podría definirse como atribución patrimonial gratuita, sin contraprestación, por acuerdo de ambas partes, en virtud de la cual una parte enriquece de su patrimonio a la otra. La donación universal, *donatio universitatis*, conceptualmente encierra un contenido menor del que en un principio sugiere, de ahí que sea más aconsejable hablar de *donatio omnium bonorum praesentium et futurorum*. Lo relevante es que la *donatio omnium bonorum* tenía plenos efectos a partir de un simple pacto⁸⁸. Y también es verdad que dicha donación podrá ser revocada si el donante tuviere hijos con posterioridad a la misma⁸⁹. La donación universal está sometida a la normativa general que rige las donaciones, pero en algunos aspectos muy puntuales conlleva una regulación diferente, precisamente

⁸⁷ BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 710.

⁸⁸ C.8.54(53).35.4 (*Imp. Iustinianus A. Iuliano PP.*)

⁸⁹ C.8.56(55).8 (*Imp. Constantius et Constans ad Orphitum*)

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

por la peculiaridad de cosa compuesta que encierra su propio contenido. La *donatio universitatis* puede contener créditos y/o deudas. Como el donatario se coloca en el lugar que ocupaba el donante surge la duda de si aquel habrá de responder o no de las deudas de éste. La respuesta más certera es la negativa: el donatario no responde de los débitos del donante salvo que hubiera aceptado pagarlos⁹⁰. Además, habrá de velarse porque la donación universal no encierre un *fraus creditorum*, en cuyo caso para defender los intereses del tercero será el donatario quien asuma ese riesgo y por consiguiente las deudas del donante. Por el contrario, si el donatario aceptó una donación con el compromiso de hacer frente a las deudas del donante frente a los acreedores, y no lo hiciera, la donación podrá revocarse para que el donante o sus sucesores puedan hacer frente a los acreedores⁹¹.

La transmisión de deudas, por lo que se desprende de estos supuestos, no forma parte del conjunto universal de bienes donados sino que conforma una condición de cuya realización depende la definitiva transmisión de la donación. Es decir, el donante, como en cualquier donación, una vez pactado con el donatario los extremos relativos al cumplimiento de la donación, es obligado *in id quod facere potest pero deducto aere alieno*, o lo que es lo mismo, la donación solo vale por el activo⁹². De aquí puede colegirse que en las donaciones universales absolutas junto con la aceptación de la misma, se asume tácitamente la obligación de pagar las deudas. Es decir, si se acepta todo un conjunto de bienes y derechos, habrá de incluirse el activo y el pasivo, sustituyendo el donatario al donante frente a los acreedores⁹³. Así, pues, puede concluirse que en caso de *donatio omnium bonorum* los donatarios responden siempre de las deudas de los donantes, bien porque se han comprometido por medio del negocio al efecto, bien porque se entienda que la *donatio universitatis* obedezca a un comportamiento fraudulento hacia los acreedores. Ante estas circunstancias, resulta obvio que deberá producirse la extinción de las obligaciones recíprocas entre donante y donatario por confusión. De ahí, que si aquella obligación extinguida por confusión como consecuencia de una donación universal, posteriormente, si la *donatio universitatis* fuese revocada, la obligación podrá ser exigida. Es decir, que la confusión no es un modo de

⁹⁰ WINDSCHEID, B., *Il diritto delle Pandette*, vol. II, (trad. ital.), Torino, ed. Utet, 1925, p. 425.

⁹¹ C.4.6.2; C.8.54(53).22. Vid. MURILLO VILLAR, A., «Donatio omnium bonorum praesentium et futurorum (non valet)», en AA.VV., *Estudios jurídicos in memoriam del Prof. Alfredo Calonge*, vol II, Salamanca, ed. AIDROM, 2002, pp. 728 ss.

⁹² BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, cit., p. 719.

⁹³ Vid. SAVIGNY, F.C. DE, *Sistema de derecho romano actual III*, 2.^a ed., (trad. esp.), Madrid, ed. Centro Editorial de Góngora, 1940, pp. 95 ss.; WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, vol. II, cit., p. 426 nt. 6; BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*, loc. ult. cit.

■ FUNDAMENTOS ROMANÍSTICOS DEL DERECHO EUROPEO E IBEROAMERICANO

extinción definitiva de la obligación, sino solamente para y durante el periodo temporal que dure la confusión.

VIII. REFLEXIÓN FINAL

Llegados a este punto, puede concluirse que si el art. 133 del Proyecto de Código de Pavía abre la puerta al debate y discusión acerca de la duración temporal de la extinción de las obligaciones por confusión, es porque esa cuestión ya fue debatida por la jurisprudencia romana y no obtuvieron una solución definitivamente satisfactoria. La factible reviviscencia de una obligación que se creía extinguida por confusión, es un hecho que se planteó en Roma, que en el derecho intermedio no se alcanzó una solución relativamente aceptable, que perdura en la actualidad, y que salvo que se regule de una manera adecuada persistirá en el futuro. Por consiguiente, aquellas cuestiones jurídicas a las que Roma no dio una solución jurídica certera y definitiva, han llegado a hoy, y quizás fuera bueno aceptar aquellas soluciones ofrecidas por los juristas romanos para no permanecer y agrandar la ofuscación doctrinal⁹⁴.

Si el dogma de la confusión en determinados casos es contrario al interés de las partes, pues en muchas ocasiones conduce a la frustración de un negocio ya celebrado, no estaría demás aceptar que pueda haber casos en que desaparezca la causa que motivó la confusión, la obligación reviva, renazca, y se pueda dar satisfacción al *vinculum iuris* originario. En consecuencia, dice Wacke⁹⁵, «parece apresurado sacar la consecuencia de que con la sucesión hereditaria se extingue el derecho de crédito. Para ello es necesaria además una transmisión patrimonial; y ello implica que se produzca una liquidación hecha por el heredero consigo mismo. Hasta que eso suceda el vínculo jurídico per-

⁹⁴ Entre la doctrina civilista española permanece el debate a propósito de la extinción definitiva de las obligaciones en los supuestos de confusión, fundamentalmente con motivo del comentario del art. 1192 del C.c. «*De la confusión de derechos. Artículo 1192: Quedará extinguida la obligación desde que se reúnan en una misma persona los conceptos de acreedor y de deudor. Se exceptúa el caso en que esta confusión tenga lugar en virtud de herencia, si ésta hubiese sido aceptada a beneficio de inventario*». Sin ánimo de ser exhaustivos, vid. GONZÁLEZ PORRAS, «De la confusión de derechos, artículos 1192 a 1194», cit., pp. 439 ss. LLÁCER MATAACÁS, M.^a R., «La extinción de las obligaciones por confusión», en *Revista de Derecho Privado*, n^o 74, 1990, pp. 13-37. ARIAS DÍAZ, M.^a D., *La confusión como modo de extinción de las obligaciones*, Jaén, ed. Universidad de Jaén, 1994. ABRIL CAMPOY, J.M., *La extinción de las obligaciones por confusión en el derecho sucesorio*, Madrid, ed. Marcial Pons, 1995. ABRIL CAMPOY, J.M., *La confusión de derechos como causa de extinción de la relación obligatoria: análisis del derecho de obligaciones*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 1995. ARIAS DÍAZ, M.^a D., «La confusión», en AA.VV., *Obligaciones y Contratos. Cuaderno III, Mecanismos de extinción de la relación obligatoria* (coord. M.^a DEL C. VILA RIBAS), Madrid, ed. Dykinson S.L., 2010, pp. 133-148.

⁹⁵ WACKE, «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación?», cit., p. 233.

ALGUNAS EXCEPCIONES A LOS EFECTOS IRREVOCABLES DE LA CONFUSIÓN... ■

manece existente, por más que no podrá actuarse por vía de acción». Así, pues, cuando en el heredero se unen la condición de acreedor y deudor, causante y heredero, o viceversa, puede tomar la prestación que se le debe directamente del caudal relicto mediante negocio consigo mismo; y sólo con la toma de la prestación se satisface el acreedor y se cumple la deuda; «con la mera coincidencia personal lo que sucede en el ínterin es que desaparece solo la accionabilidad»⁹⁶.

⁹⁶ WACKE, «La confusión: ¿Causa extintiva de la obligación?», cit., p. 241.