

El principio que veda las donaciones entre cónyuges. Su origen en el derecho romano y su recepción en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina⁶³¹

Por Mariana Verónica Sconda⁶³²

Palabras clave: *Donatio; liberalitas*; donación entre cónyuges.

Sumario

I. Introducción; II. Origen, etimología y concepto de los vocablos *liberalitas* y *donatio*; III. Evolución de la donación en el derecho romano; IV. El principio que prohíbe las donaciones entre cónyuges en el derecho romano; V. Recepción del principio en el derecho intermedio; V. a) *Fuero Juzgo*; V. b) *Fuero Real*; V. c) *Las Siete Partidas*; V. d) *Las Leyes de Toro*; VI. Legislación comparada; VI. a) *Códigos europeos*; VI. b) *Códigos latinoamericanos*. VII. El principio que veda las donaciones entre cónyuges en el Código Civil de Vélez Sarsfield; VIII. La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina; IX. Conclusiones; X. Bibliografía.

⁶³¹ Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

⁶³² Abogada. Profesora Adjunta Interina y JTP por concurso en la Cátedra de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora Adjunta Regular en las Facultades de Derecho de la Universidad de Flores y en la Universidad Católica de Salta. Investigadora categorizada (UBA).

I. Introducción

Este trabajo se encuentra enmarcado dentro del proyecto de investigación denominado “Una mirada romanista a las relaciones de familia en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, bajo la dirección de la profesora Mirta Beatriz Álvarez, con sede en la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina. El mismo plantea como objeto de investigación el principio que vedaba las donaciones realizadas entre cónyuges.

Analizaremos el origen y evolución de esta antigua prohibición en el derecho romano. Mientras algunos autores sostienen que se trata de un principio de carácter consuetudinario, otros en cambio le atribuyen un carácter legislativo.⁶³³

Abordaremos su desarrollo a través del derecho intermedio, su recepción en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield y cómo se encuentra legislado actualmente en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

II. Origen, etimología y concepto de los vocablos *liberalitas* y *donatio*

El vocablo *liberalitas* tiene su raíz en la palabra latina *liber* = libre, seguramente a través del adjetivo *liberalis* = liberal, que de significar originalmente lo “relativo a un hombre libre” pasó a designar aquello “digno de un hombre libre” en el sentido de su generosidad, es decir, generoso. Por consiguiente, *liberalitas* significa eso mismo, pero en sentido sustantivo y abstracto, como “liberalidad, generosidad, largueza o munificencia”. Sirve para traducir el griego *eleuthería*. Pero seguramente fue la consideración de que los actos de generosidad o munificencia se caracterizaban por ser libres, en el sentido de no debidos u obligados. Es que *liberalitas* terminó por identificarse, además, con tales actos en sí mismos.⁶³⁴

⁶³³ Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción al español de la 2ª edición por M. Fairén Guillén. Barcelona: Bosch, p. 665; D' Ors, A. (1989). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Eunsa, p. 387 y ss; Alarcón Palacio, Y. (2005). “Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación”. En *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. Nº 24. Barranquilla: Editorial de Universidad del Norte, p. 9.

⁶³⁴ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 92. “Esta palabra (atestiguada ya para el siglo III a. C. en las comedias de Plauto) era usual en el lenguaje común, pero adquirió relevancia en el de los autores de escritos sobre ética y también en el jurídico”. Ernout, A. y Millet, A. (1959). *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*. París: Librairie Cl. Klincksieck, s. v. “liber”, p. 355.

En el sentido jurídico, la liberalidad denota una categoría de actos. A ella pertenece por excelencia la donación y tanto, que incluso el nombre de la categoría se aplica a la especie. Existe una especialísima acepción de liberalidad, con la cual queda denotado el carácter que debe tener la atribución patrimonial en que consiste una donación: de ser libre, ya sea espontánea o no, en cuanto no dependa más que del arbitrio del que la confiere y no exista una exigencia jurídica que lo obligue.⁶³⁵

El vocablo *liberitas* se trató de un término de uso popular y que en la época clásica fue evitado por los juristas o utilizado con cierta repugnancia y los textos en que aparece se les hace sospechosos de alteraciones.⁶³⁶ Dentro de los juristas clásicos podemos mencionar el pasaje de Marciano, D. 50, 16, 214, en donde distingue claramente el significado de los términos *munus* y *dona*. El primero hace referencia a los obsequios que se deben ya sea por la ley, la costumbre o el imperio de quien tiene la potestad de mandar. Por tanto no son en este sentido liberales, es decir, el que los realiza no es libre para operarlos. Mientras que *dona* son los que se dan sin que se esté obligado ni por el derecho, ni por un deber moral o un oficio, y se prestan de manera espontánea por un donante. Si no se dan no existe una censura o represión alguna, es decir que esto implica la ausencia de toda obligación o deber. Toda *munus* (carga) es un *donum* (donativo), pero no al revés. En el mismo sentido Papiniano expresa el principio en D. 39. 5. 29, pr. y D. 50. 17. 82, se considera que se dona lo que se concede sin que a ello obligue ningún derecho.⁶³⁷ De la misma manera, Ulpiano en D. 50. 16. 194 expresa que la diferencia que existe entre un donativo (*donum*) y un regalo (*munus*), es igual a la que hay entre el género y la especie. Es así como el donativo es el género derivado de donar, por lo que resulta ser la categoría más amplia, y el regalo (*munus*) es la especie consistente

⁶³⁵ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 92.

⁶³⁶ Prignsheim, F. (1953). “*Liberalitas*”. En *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, I, p. 659 y ss.

⁶³⁷ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 98 y ss. “De tal máxima se entiende que toda atribución patrimonial es donación siempre y cuando no exista ningún derecho que obligue al donante a hacerla, y es libre para hacerla y o no hacerla, depende de su mero arbitrio; es a esto a lo que se alude cuando se dice que tiene carácter liberal. Se puede pensar en que Papiniano, cuando señala que donar es aquello que se ejecuta ‘*nullo iure cogente*’, equivale a lo que Marciano expresaba con lo que ‘*nulla necessitate iuris officii et sponte praestantur*.’”

en una donación justificada por alguna causa extrínseca, como el nacimiento o el matrimonio.⁶³⁸

Desde Diocleciano, en el período postclásico, el término *liberalitas* adquirió importancia y comenzó a ofrecer diversas significaciones. El uso del mismo se identificaba a veces con el de *donatio*, y ambas palabras designaban lo mismo, pero en otros casos éstas no tuvieron relación alguna. Otras veces se extendió su campo entendiéndose como una categoría más amplia, que incluyó operaciones gratuitas entre las que se encontraba la donación.⁶³⁹

Fue con Justiniano que el vocablo *liberalitas* representó lo que se describe como “estado mental, generosidad o liberalidad”, es decir, un concepto más cercano al campo de la ética como virtud moral.⁶⁴⁰

El sustantivo *donatio-is* deriva de *donum-i*, cuyo significado corresponde al acto de dar, es decir, “donación, don, regalo, presente, dádiva, largueza, ofrenda”, entre otros, que tienen su origen en el verbo transitivo latino *dono* que corresponde a “dar, donar, hacer donación, regalar, distribuir o conceder”. Por tanto, la locución *donatio* aparece con posterioridad al sustantivo *donum-i* y al verbo *donare*. Paulo en D. 39, 6, 35, 1 manifiesta: “Donación fue llamada de don (*dono*), como cosa dada en don, habiendo sido tomada del griego (don y donar)”. La expresión *dono-dare* tiene un sentido muy riguroso en lo jurídico.

⁶³⁸ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación.” En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 99.

⁶³⁹ Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La *liberalitas* en la donación.” En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. Nº 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 100. “En C. 4. 6. 7; aquí encontramos que uno había donado algo a la mujer de otro, por un motivo: incitarla a que huyera con él. La donación, pues, nada tuvo de espontánea; pero tal motivo no implicó que el donante se hubiera encontrado obligado a donar, por lo que su existencia viene a resaltar el carácter liberal de la donación. Podemos decir que el término *liberalitas* es usado en esta Constitución tanto para referirse a la donación misma, como al carácter liberal que ésta ofrece. C. 5. 16. 18, esta Constitución versa sobre una donación entre cónyuges y por tanto prohibida. En este contexto la palabra *liberalitas* viene a significar la misma donación entre marido y mujer, que es de la que trata. Al igual que en las Constituciones anteriores en C. 8. 53. 24, el término *liberalitas* es para indicar a la donación misma. En cuanto al carácter liberal de la donación, esto es que el donante no puede encontrarse de ninguna manera compelido u obligado a donar, solo lo encontramos en C. 4, 6, 7.”

⁶⁴⁰ Prignsheim, F. (1953). “*Liberalitas*.” En *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè, p. 683. “Este autor afirma que no fue Justiniano quien interpoló los textos en los que aparece la voz, sino que se trató de glosas a las que se les debe atribuir la alteración de los mismos.”

Dare es expresión de que la cosa es transferida en propiedad y *dono*, que lo es en forma gratuita por pura liberalidad.⁶⁴¹

Entre los autores latinos pertenecientes a los siglos III y II a. C., como Plauto, Ennio, Catón, Terencio Afer, Marco Terencio Varro, Salustio, Catulo, Virgilio, Horacio o Grattius, no recogieron en sus obras el sustantivo *donatio*, pero sí usaban el verbo *donare*. Sin embargo, en el siglo I a. C. emerge la locución *donatio*, lo cual aparece de manifiesto en las obras de Cicerón, Julio César y Tito Livio, es decir, con posterioridad a la *lex Cincia de donis et muneribus* del año 204 a. C. pero no podemos comprobar exactamente cuándo se comienza a usar en el lenguaje común latino, por las siguientes razones: a) la ley no es de *donationibus* sino que de *donis*; y b) además, esta legislación pertenece al siglo III a. C., por lo tanto, la aparición de la palabra *donatio* no es contemporánea a dicha *lex*.⁶⁴²

En la esfera propiamente jurídica, esto es, en las obras de los juristas clásicos y en las constituciones imperiales, no siempre aparece la palabra *donatio* en forma sola o pura, pues junto a ella suelen colocarse otras voces, como *donatio mortis causa*, *donatio non mortis causa*; *donatio perfecta*; *donatio revocabitur* y *donatio irrevocabilis*.⁶⁴³

⁶⁴¹ Ernout, A. y Millet, A. (1959). *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*. París: Librairie Cl. Klincksieck, p. 320; Álvarez-Salamanca, F. (2014). "La terminología de los juristas romanos sobre la donación." En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 36. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 102. "Es decir, *donatio* viene de don: es la cosa dada en don y el acto por el cual se da en don es el verbo donar." Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 263.

⁶⁴² Álvarez-Salamanca, F. (2014). "La terminología de los juristas romanos sobre la donación." En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 36. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 104 y ss. "Algunos sostienen que la irrupción de la palabra *donatio* en el campo legal haya sido conocida por Quinto Mucio Scevola y por Trebacio. Una segunda posición es que, en forma definitiva, la palabra *donatio* apareció con Labeón. Entonces ambas posturas se encuentran en sintonía con la tesis de que la donación fue el desarrollo de la interpretación de la *lex Cincia* del año 204 a. C. Por consiguiente, el sustantivo *donatio*, la palabra propiamente tal, comienza a utilizarse en el siglo I. a. C., bien en la esfera extralegal, bien en el campo jurisprudencial o propiamente legal."

⁶⁴³ Álvarez-Salamanca, F. (2014). "La terminología de los juristas romanos sobre la donación." En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 36. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 113 y ss. "En relación a la primera nomenclatura, *mortis causa-non mortis*, afirmamos que es probable que Justiniano se haya basado en el vocabulario *inter vivos* tomada de Ulpiano en D. 5. 2. 2. pr., la cual incorpora en I. 2. 7. 2 al momento de definir las donaciones *non mortis causa*, vocabulario que se mantiene subsistente la terminología clásica *mortis causa, et non mortis causa* en I. 2. 7 pr."

El derecho romano no abunda en definiciones, pero a través de su estudio es posible definir a la donación como “aquella causa gratuita por la que alguno (el donante) realiza a favor de otro (el donatario) el traspaso definitivo de derechos patrimoniales por la pura y simple intención de beneficiar”. La donación implica por tanto: a) una transmisión de derechos; b) la ausencia de una contraprestación; c) La intención del donante de realizar una liberalidad (*animus donandi*); d) el empobrecimiento del donante; e) el enriquecimiento del donatario.⁶⁴⁴

La donación podía atribuir propiedad, constituir un derecho de crédito a favor del donatario o liberado de una deuda.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 541. “La donación implica por tanto, una enajenación de derechos y al mismo tiempo exige la ausencia de cualquier causa justificativa de pago, aun cuando fuese una mera obligación natural, ya que la donación no debe ser una *solutio*. La intención del donante constituye lo que se llama *animus donandi*”; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 263. “Se habla de donación (*donatio*), cuando una persona (donante), sin que nadie lo obligue le atribuye a otra (donatario) de manera gratuita, ya la propiedad de una cosa u otro beneficio económico”; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, p. 653. “Para que un negocio caiga bajo el concepto de donación, es necesario ante todo que produzca un aumento del patrimonio del donatario en detrimento del patrimonio del donante, ya consista el aumento en la adquisición de un derecho (propiedad, crédito), o en la liberación de una deuda o en la remoción de un límite al derecho preexistente (renuncia al usufructo o semejantes)”; Savigny, F. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual, Tomo III*. Traducido del alemán por Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Cía, p. 12 y ss.

⁶⁴⁵ Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63, México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 60; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Cs. Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 740. “Con el tiempo el concepto de donación se aplicó no solo a los negocios traslativos de propiedad, sino a todos aquellos en los cuales un sujeto podía efectuar gratuitamente una concesión patrimonial, como pagar una deuda, o renunciar al ejercicio de un derecho”.

III. Evolución de la donación en el derecho romano

La donación en el derecho romano es una figura que se fue forjando en un ambiente de limitaciones, desde la época clásica a través de la interpretación de los juristas a los regímenes que pretendían limitar el hecho de que alguien se deshiciera de algo sin recibir nada a cambio, el cual podía revestir diversas formas para su realización. Fueron tantas las maneras de donar que, para no correr el riesgo de dejar fuera a alguna, es que tal vez los juristas no definieron la figura, lo que encierra una dificultad para comprender qué es lo que aquellos entendieron por la donación. Además, el esparcimiento de la donación en las fuentes, también repercute en el emplazamiento sistemático de la donación en los autores modernos quienes, en sus exposiciones sobre derecho romano clásico, carecen de consenso para determinar el lugar en que ella debe ser tratada.⁶⁴⁶

⁶⁴⁶ Álvarez-Salamanca, F. (2015). "Animus donandi". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 22. N° 2. Antofagasta: Editorial de la Universidad Católica del Norte, p. 222 y ss. "Introduce una complejidad al estudio el hecho de que en las fuentes la figura no se encuentra localizada en un lugar propio y acotado, sino esparcida entre distintas materias contenidas en las exposiciones de Derecho civil y pretorio. Es así como las obras que siguen el sistema de Sabino encontramos que sobre las donaciones solo Pomponio y Paulo se refieren a ellas. De las obras originales solo se conservan en Pomponio un fragmento de su libro 33 referido a las donaciones (en el resto del libro trata de las servidumbres) y en Paulo dos fragmentos de su libro 15, de la misma materia junto a la posesión, usucapión, y las servidumbres. No aparece hasta ese momento un título rubricado de *donationibus*. En el mismo sistema de Sabino, en el libro *De iure dotium*, aparece la rúbrica *De donationibus inter virum et uxorem*. Son Pomponio en su libro 14, Paulo en su libro 7 y Ulpiano en sus libros 32 y 33, quienes las tratan bajo este mismo título. Así, se observa que el sistema civilístico tuvo que crear una sección en donde tratar la antigua prohibición de donarse recíprocamente marido y mujer. Por tanto, el sistema de Sabino trata de la donación en relación a las siguientes materias: como *causa pro donato* en la usucapión y en las donaciones entre marido y mujer. En el sistema edictal y en los comentarios *ad edictum*, como no existió una acción para exigir una donación, no la encontramos tratada a la manera del sistema sabiniano, sino solo para sancionar la prohibición de donar bajo los términos de la *lex Cincia*, en la rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus (exceptio legis Cinciae)*. Esta tendencia la siguen las obras de tipo *digesta, quaestiones y responsa*, que mezclan el derecho pretorio con el civil. En los *Digesta* de Celso, Juliano, Marciano y Escévola, así como en las *Quaestiones y Responsa* en Papiniano, en las *Sententiae* de Paulo y en los *responsa* de Modestino, en las cuales se presenta la rúbrica *ad legem Cinciam de donationibus*. En la época postclásica son los

Ni en el derecho romano antiguo, ni en el clásico, se configuró a la donación como negocio jurídico independiente. La misma consistía en transferir la propiedad de una cosa (*datio*) por razón de liberalidad (*donationis causa*). Por ello, la mera convención o pacto por el cual una persona prometía donar algo a otra no producía ningún efecto para las partes. Era simplemente la manifestación de una voluntad de querer donar, pero sin consecuencias prácticas. Si realmente se quería donar era necesario realizar el acto jurídico pertinente: la *mancipatio*, la *in iure cessio* (para las *res mancipi*), la *traditio* (para las *res non mancipi*), también se podía prometer por medio de una *stipulatio*, o si se trataba de la liberación de un deudor por una *acceptilatio* que extinguía la obligación *ipso iure* (C. 8. 44. 2), o por medio de un *pactum de non petendo* que daba al deudor la defensa de la *exceptio pacti conventi* (D. 20. 6. 1. 1).⁶⁴⁷ Para que fuera válida la donación era necesario

Fragmenta Vaticana las que mantienen este título. Este esparcimiento de la donación, se verá en cierta medida solucionado recién en la época postclásica, en que la materia comienza a ser tratada unitariamente, aunque esta no representa de ninguna manera su sistematización. Fue con el *Codex Theodosianus* (C. Th . 8, 12; 8, 13) en donde la rúbrica aparece abreviada como de *donationibus*, siguiendo el mismo modelo el *Corpus Iuris Civilis*, en el Código (C. 8. 53; 5. 3; 5. 16; 8. 54), en las Instituciones (I. 2. 7) y en el Digesto (D. 39. 5), reproduciendo estos las rúbricas de *donationibus*: "Podemos afirmar que entre los autores modernos existen tres tendencias para su regulación. La primera ubica esta figura en la parte del derecho de las obligaciones o de los contratos, como por ejemplo es el caso de Kaser y Di Pietro. La segunda, la expone como parte de la sucesión por causa de muerte, como se observa en Biondi entre otros. Y la tercera, más reciente, la trata como una parte especial y autónoma del denominado derecho de las liberalidades, como lo hace la escuela de D' Ors" Savigny, F. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual, Tomo III*. Traducido del alemán por Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: Editorial F. Góngora y Cía, p. 7 y ss.

⁶⁴⁷ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma. p. 263 y ss; Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto". En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial Asociación Nacional del Notariado Mexicano A.C., p. 60. "La donación era solamente una causa de adquisición y no estaba protegida por una acción propia, sino por aquella correspondiente al negocio jurídico típico del cual se hubiera valido el donante (*mancipatio, in iure cessio, traditio, stipulatio, acceptilatio*, o un simple perdón de deuda); Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma, p. 653; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 541 y ss. Galiano Maritan, G. y Trujillo Ribot, Y. (2012). "La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil Cubano". En *Revista de Derecho y Cambio Social*. Nº 30. Año IX. Lima- Perú, p. 2 y ss.

que quien la realizaba tuviera *animus donandi*, o sea la intensión de cumplir con la liberalidad.⁶⁴⁸

En un primer momento, los romanos desconfiaron de la transmisión de valores patrimoniales sin contraprestación, por lo que trataron a estos negocios en forma muy recelosa. Los juristas de la época buscaron proteger al donante y a la familia contra las donaciones indiscriminadas y en demasía, fruto de ello fue la sanción de la *Lex Cinciae donis et muneribus* del año 204 a. C., que en realidad era un plebiscito propuesto por el Tribuno de la Plebe *Cincius Alimentus*; que además de prohibir a los abogados recibir dinero o regalos para pleitear, prohibía hacer donaciones que pasen de un cierto monto, el cual se desconoce, estando exceptuados si fueren realizadas entre personas unidas entre sí por vínculos agnaticios, cognaticios y de afinidad.⁶⁴⁹

La *Lex Cincia* planteó al jurista, por primera vez, el problema de delinear el concepto de donación, para poder determinar en qué casos un negocio jurídico debería ser considerado como tal, y consecuentemente quedara encuadrado en

⁶⁴⁸ Álvarez-Salamanca, F. (2015). "Animus donandi". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 22. Nº 2. Antofagasta: Editorial de la Universidad Católica del Norte, p. 224 y ss; Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino." En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 740; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 264. "La expresión clásica es *donationis causa*, que es bien objetiva. En cambio *animus donandi*, señala un aspecto subjetivo distinto, parece más bien una expresión de la época bizantina."

⁶⁴⁹ Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino". En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 264 y ss. Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 61; Montserrat Quintana, A. (2006). "Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio: Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares". En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Illes Balears*. Nº 8. Palma de Mallorca: Editorial de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears, p. 170; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 543 y ss; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro, Buenos Aires: Depalma, p. 653.

el campo de aplicación de la ley. Esto provocó la distinción de dos categorías de donaciones: una, constituida por donaciones que no superaban la tasa legal impuesta o que se realizaban entre personas exceptuadas, sujetas por lo tanto al derecho antiguo; y otra, constituida por las donaciones superiores a la tasa entre personas no exceptuadas comprendidas bajo dicha ley.⁶⁵⁰

Esta ley era imperfecta, ya que carecía de sanción, no anulaba, ni aplicaba multas para las donaciones realizadas en contra de los límites impuestos. Fue el Pretor, al crear la *exceptio Legis Cinciae*, quien otorgó una defensa al donante, frente a la acción del donatario que reclamaba una donación excesiva, o mediante la *replicatio Legis Cinciae*, si había entregado la cosa donada. Los herederos del donante no podían valerse de la citada excepción, si el autor había muerto sin reclamar la donación excesiva conforme a la regla *Cincia morte removetur* (con la muerte se deja sin efecto la Ley Cincia). En el derecho postclásico, esta ley cayó en desuso. En ello pudieron influir tanto razones técnico-jurídicas como la incompatibilidad de esta disposición con las ideas caritativas del cristianismo de la época.⁶⁵¹

Fue Constantino quien reglamentó en forma diferente a la donación a través de una Constitución del año 316 d. C.; esto lo hizo para prevenir las dificultades de probarla. A partir de este emperador la donación se configuró como un negocio típico que debía cumplir tres requisitos: 1) la redacción de un escrito indicando las partes intervinientes, así como la cosa que se donaba;

⁶⁵⁰ Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 61; Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino." En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741.

⁶⁵¹ Martín, J. (2017). "La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino." En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741; Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 61; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 265; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 544. "La Ley Cincia cayó en desuso debido a la desaparición de las formas civiles, que eran las únicas que podían dar seguridad contra los efectos demasiados graves de la ley, en la que se había ordenado un sistema que no impedía totalmente las donaciones, pero que exigía una voluntad meditada y una ejecución real!"

2) la tradición efectiva de la cosa donada ante testigos; y 3) la testificación e inscripción del documento en los registros de los magistrados locales (*insinuatio*). Cumplidos estos requisitos la propiedad era del donatario.⁶⁵²

Justiniano tendió a una fusión entre las soluciones clásicas y postclásicas. Rescató el sentido de la donación como causa de adquisición del dominio, y la ubicó en las Institutas luego de las usucapiones y de las posesiones *longi temporis* (I. 2. 7. pr y 2), la separó de la trasmisión de la propiedad, mantuvo la distinción entre título (*donatio*) y modo (*traditio*). También elevó a la promesa de donación a la categoría de pacto legítimo sancionado por ley, así no se necesitaba recurrir a la *stipulatio*; se encontraba sancionado por una *actio ex lege* (C. 8. 54 (53). 35. 5- C. 8. 54 (53). 36. 3). Conservó la *insinuatio* para donaciones superiores a 500 sólidos de oro, aunque en un principio fueron de 300 sólidos de oro (C. 8. 54 (53). 34. pr). Estaban exentas de la insinuación las donaciones hechas al Emperador o por él, el rescate de cautivos, la destinadas a obras pías (C. 8. 54 (53). 34 y 36- C. 5. 12. 31).⁶⁵³

⁶⁵² Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 265. “El uso de la donación por documento viene de mucho tiempo antes. Parece haber sido requisito obligatorio establecido por Constancio Cloro, padre de Constantino (C. Th. 3. 5. 1). La *insinuatio* tenía una doble finalidad: por un lado el interés del donante y su familia, ya que es más difícil donar algo más o menos ligeramente, que proceder a su forma escrita y posterior registro. Y por el otro, el interés de los terceros, ya que la publicidad pone en guardia contra los peligros de una donación clandestina”; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 544; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino” En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 742. “Surge una nueva institución en los albores del siglo IV d. C: la Insinuación, que consistía en la necesidad de transcribir en Registros públicos el escrito donde se realizó la donación que supere los doscientos sólidos, aun cuando fuera entre personas exceptuadas por la ley. Si la donación superaba la tasa se consideraba nula en todo lo que excedía. Se exigía en interés de los donantes, su familia y de terceros, que por medio de la publicidad ponía obstáculos para las liberalidades clandestinas. Perfeccionada la donación entre vivos, el donante no puede revocarla en forma arbitraria, salvo autorización en ciertas causas especiales, una de ellas se configuraba cuando la donación se hace bajo ciertas cargas que se le imponían al donatario, si este no cumplía con las mismas el donante estaba facultado a exigir la restitución de lo donado.” Galiano Maritan, G. y Trujillo Ribot, Y. (2012). “La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil Cubano”. En *Revista de Derecho y Cambio Social*. Nº 30. Año IX, Lima-Perú, p. 3.

La jurisprudencia romana estudió los diferentes aspectos que podían presentar las donaciones. Así aparecieron las diferentes clases o figuras especiales de donación: 1) donación sujeta a una carga (*donatio modal o sub modo*): imponía una carga (*modus*) al beneficiario, que debía realizar una prestación a favor del donante o de un tercero; 2) donación remuneratoria: tenía por objeto remunerar servicios hechos por el donatario al donante; 3) donación por causa de muerte (*mortis causa*): era efectuada en vista de un peligro inminente y se la hacía depender de la muerte del donante y de la supervivencia del donatario; 4) donaciones nupciales: por un lado debemos mencionar las donaciones *ante* y *propter nuptias* y por el otro las donaciones entre cónyuges. Respecto a las primeras eran las que realizaban los novios antes del matrimonio (*ante nuptias*); se condicionaron desde Constantino a la celebración del mismo, y no surtían efecto si éste no llegaba a celebrarse. Justiniano las configuró como una aportación correlativa a la dote y permitió que se hicieran también durante el matrimonio (*propter nuptias*). En cambio las donaciones entre cónyuges (*inter virum et uxorem*) fueron prohibidas (D. 24. 1. 1), salvo algunas excepciones.⁶⁵⁴

⁶⁵³ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 265 y ss; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 544 y ss; Juanes, N. (1973). "Naturaleza jurídica de la donación. Concepto y contenido. El problema en el Derecho Civil Argentino y en el Derecho Comparado." En *Revista Notarial de Córdoba*. Nº 26. Año 2. Córdoba: Editorial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, p. 2 y ss; Burillo Loshuertos, J. (1964). "Los pactos en el Derecho Romano." En *Anales de la Universidad de Murcia – Derecho*. Vol. XXII. Nº 3-4. Murcia: Editorial de la Universidad de Murcia, p. 167 y ss. "Pacto de constitución de dote: por una Constitución de Teodosio II y Valentiniano (C. Th. 3. 13. 4; C. 5. 11. 6), del año 428 d. C., ordena que el simple pacto de constituir la dote, aunque no se realice en forma de *dotis dictio* o *stipulatio* vincula al que se compromete a constituir la, en el sentido de que puede ser demandado si no cumple. En esta constitución imperial se usa en sentido atécnico, la palabra *pollicitatio*."

⁶⁵⁴ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 266 y ss y 325; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 213 y ss. y 545 y ss; Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto." En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 62 y ss; Montserrat Quintana, A. (2006). "Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio: Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares." En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Illes Balears*. Nº 8. Palma de Mallorca: Editorial de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears, p. 163 y ss; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 516 y ss; Alarcón Palació, Y. (2005). "Régimen patrimonial del matrimonio

IV. El principio que prohíbe las donaciones entre cónyuges en el derecho romano

No existe entre los romanistas unanimidad en cuanto a suministrar una explicación fundada del origen y fundamento de la prohibición de las donaciones entre cónyuges. Algunos autores sostienen que deriva de la costumbre, basándose en D. 24. 1. 1, sin embargo parece poco probable que una prohibición absoluta como ésta apareciera consuetudinariamente. Otros, en cambio, sostienen que este principio se originó en la legislación matrimonial de Augusto y creen que la referencia que se hace en D. 24. 1. 3. pr., “nuestros antepasados...”, no se refiere precisamente a las *mores maiores*, sino a la *Lex Iulia et Papia Poppaea* de Augusto, para evitar que por medio de donaciones se evadieran las sanciones caducarias en las adquisiciones hereditarias. Además se destaca que hasta la época de este emperador la prohibición no se encontraba mencionada en las fuentes. Por otro lado, si bien los autores niegan el origen consuetudinario, creen que la prohibición no se debió a Augusto sino a una anterior regla de jurisprudencia pontifical.⁶⁵⁵

desde Roma hasta la Novísima Recopilación”. En *Revista de Derech.* Nº 24. Barranquilla: Editorial Universidad del Norte, p. 9; Lozano Corbí, E. (1995). “Las donaciones nupciales en el Derecho Romano.” En *Revue internationale des droits de l' antiqué.* Nº 42. Bélgica: Ed. Office International des Périodiques, p. 221 y ss; Fernández-Sancho Tahoces, A. (2008). “Las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de la mujer”. En *Mujeres y Derecho, pasado y presente - I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho.* Editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, p. 83 y ss; Malavé Osuna, B. y Ortín García, C. (2004). “Pretium pudicitiae y donación nupcial”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos.* Nº 26. Vaparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 61 y ss.

⁶⁵⁵ Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano.* Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C. p. 67; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano.* Buenos Aires: Depalma, p. 324; Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano.* Buenos Aires: Depalma, p. 656; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano.* Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus, p. 214; García del Corral, D. I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano, Tomos I, II, III, IV, V.* Barcelona: Lex Nova (reimpresión), p. 159. “D. 24. 1. 1: está admitido entre nosotros por la costumbre, que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer”. Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca”. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho.* Nº 1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 94 y ss; Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”.

En todo caso, parece cierto que la prohibición es posterior a la *Lex Cincia de donis et muneribus* (204 a. C), ya que esta ley al establecer una prohibición general de donar por encima de cierta suma, exceptuaba expresamente las donaciones que se hicieran los cónyuges. Aunque se la ha relacionado con la legislación augustea, en especial con las disposiciones sucesorias entre cónyuges, la relación no es definitiva, ya que la capacidad sucesoria de los cónyuges sólo fue limitada y la prohibición de donaciones era absoluta.⁶⁵⁶

Las razones que pudieron originar la prohibición de donaciones entre cónyuges fueron varias. Ulpiano, en D. 24. 1. 1, da como motivo un argumento que atañe a la moralidad romántica: “para que recíprocamente no se despojasen los cónyuges por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad”. También el jurista Paulo, en D. 24. 1. 2 menciona la opinión de Sexto Cecilio, en el sentido que: “se disolverían los matrimonios, si no donase el que no pudiera y por tal motivo

Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195; Calvo González, J. (1980). “Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.” En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 446. “Dicha prohibición se sustancia en una época históricamente coincidente con el problema de la restitución de la dote por el marido ante la aparición y difusión del matrimonio libre y el auge del divorcio”; Guzmán Brito, A. (2005). “El emplazamiento sistemático de la donación entre vivos en las exposiciones jurisprudenciales y en las compilaciones legislativas romanas”. En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. Nº 27. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, p. 44 y ss. D’ Ors, A. (1989). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Eunsa, p. 320.

⁶⁵⁶ Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos.” En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 349; Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo II*. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, p. 603 y ss. “El origen de la prohibición puede haber estado en la expansión de la práctica del divorcio, que aumenta el riesgo de que se contraigan matrimonios para conseguir bienes del cónyuge rico o de que se den conductas extorsivas entre cónyuges para evitar el divorcio”; Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca.” En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 95; Biondi, B. (1965). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Guifré, p. 767; Calvo González, J. (1980). “Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges.” En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 446.

acontecería que los matrimonios serían venales”. Javoleno hace referencia en D. 24. 1. 64, caso famoso de Mecenas, víctima del abuso de su mujer que obtenía valiosos regalos bajo la amenaza de divorcio.⁶⁵⁷

Fuera de estas consideraciones, es probable que la prohibición se relacionara con la idea de que el matrimonio no debía producir transmisiones patrimoniales injustificadas, ocasionando el enriquecimiento de una familia a costa de la otra. Este principio no regía solo entre cónyuges, sino también respecto de donaciones hechas por un cónyuge a miembros de la otra familia, que por razón de estar *in potestate* pudieran encubrir una donación entre ellos (D. 24. 1. 3. 2. ss). La donación fue prohibida, no solo directamente sino también con persona interpuesta; pero si un elemento real o personal extraño intervenía y no podía separarse de los cónyuges, no se podía impedir la donación, pero si la separación fuera posible valdría lo demás y no la donación (D. 24. 1. 5. 2).⁶⁵⁸

Las donaciones entre cónyuges son nulas. Si se hubiere prometido donar por una *stipulatio*, es ineficaz (D. 24. 1. 3. 10). Si la cosa donada fue dada, el que

⁶⁵⁷ Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 68; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741; Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195.

⁶⁵⁸ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324; Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 68 y ss. “Podía producirse de esta manera un desequilibrio económico entre las *domus*, aspecto muy importante en la vida romana antigua y que se refleja en el ámbito jurídico-social”. “Las donaciones estaban prohibidas sólo en el caso de *iustas nuptias*, así, la donación sería válida si el matrimonio no lo fuese, D. 24. 1. 3. Esta prohibición no solo incluía a los cónyuges sino a aquellas personas que estuvieran bajo la misma potestad que uno de ellos, o del marido. Por tanto, si la madre donaba algo a su hijo que estuviera bajo la potestad de su padre, la donación sería nula, pues la adquiriría el padre; salvo que el hijo la adquiriera para su *peculio castrense*; también valía la donación hecha por el hijo en relación con dicho *peculio*, D. 24. 1. 3. 4. El alcance de esta regla fue ampliado cuando aparecieron los *peculios: quasi castrense y adventicium irregulare*”.

donó tiene la *reivindicatio* para recobrarla y si la cosa se consumió, se podía reclamar por la *condictio* en la medida en que uno de ellos se haya enriquecido (D. 24. 1. 5. 18), además, lo que se retenía de una donación no permitida se entiende que se retenía sin causa o por causa injusta, en cuyos casos nacía la condición (D. 24. 1. 6).⁶⁵⁹

La jurisprudencia atenuó en gran medida el alcance de la prohibición de donaciones entre cónyuges mediante la creación de casos de excepción y permitiendo algunas veces una convalidación posterior a la disolución del matrimonio, ya fuera por muerte o por divorcio. Entre los casos en que se permitía la donación porque no había empobrecimiento del donante podemos mencionar: cuando el marido, a causa de donación, repudiaba una herencia, un legado, o entregaba un fideicomiso a su mujer sin quedarse con una determinada deducción. En los dos primeros casos el marido no perdía algo de su patrimonio; en el último se consideró que el marido más que hacer una donación cumplía sobradamente con el fideicomiso (D. 24. 1. 5. 13, 14 y 15- D. 24.1.29.1). En los supuestos en que se permitía la donación porque no había enriquecimiento del donatario encontramos aquellas donaciones hechas con el fin de sepultura (D. 24. 1. 5. 8-9 y 10); los casos en que la mujer gastara en relación con la obtención de un cargo (D. 24. 1. 5. 16 y 17, D. 24. 1. 41); y también las donaciones hechas con el fin de manumisión (D. 24. 1. 7. 9). Las adquisiciones en favor de la mujer por una causa no probada eran donaciones de su marido (D. 24. 1. 51), se consideraba que lo dudoso era como donado por el marido, convalidándose como *mortis causa*. También se permitieron las donaciones efectuadas recíprocamente entre los cónyuges y que fueran de igual valor, puesto que se admitió que se compensaban (D. 24. 1. 7. 2). Es obvio que aquí no existe empobrecimiento del

⁶⁵⁹ Morineau, M. (1976). "Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto". En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 68 y ss; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324; Masot Miquel, M. (1982). "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca". En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 95. "De todos modos, es de observar que las fuentes nos suministran datos expresivos de que, a pesar de la prohibición, se producían algunos efectos, al menos los relativos a la posibilidad de usucapir los bienes donados. Así, Pomponio en D. 41. 7. 5. pr, en los Comentarios a Sabino dice: "Si yo te hubiera comprado lo que poseías como abandonado, sabiendo yo que se hallaba en esta condición, consta que puedo usucapirlo, y no lo impide que no se hallara en tu patrimonio, pues vale el mismo principio cuando te he comprado a sabiendas una cosa que te ha donado tu mujer porque lo vendiste como si lo consintiera y permitiera quien tiene su propiedad".

donante ni el enriquecimiento del donatario. Entre los casos en que se permitían las donaciones por la ausencia del vínculo matrimonial podemos situar a las donaciones *ante nuptias* o *propter nuptias* (D. 24. 1. 5 pr); las que se hacían por causa de muerte (D. 24. 1. 9. 2) de las cuales Gayo decía que se admitían “porque la donación se realiza cuando dejan de ser marido y mujer” (D. 24. 1. 10), y que conforme a un principio posterior derivado del senadoconsulto de Severo y Caracalla, se consideraron como convalidadas por la muerte del donante (D. 24. 1. 32. pr. y ss.). Son válidas las donaciones realizadas en caso de destierro o exilio (D. 24. 1. 13. 1). Fueron admitidas las donaciones realizadas con motivo del divorcio (D. 24. 1. 11. 11 y D. 24. 1. 12).⁶⁶⁰

Un hito culminante en esta tendencia por restringir la prohibición lo representó el Senadoconsulto del año 206 d. C., propuesto por Septimio Severo y Caracalla, llamado en las fuentes *Oratio divi Antoni* o también *Oratio divi Severi* por dudarse cuál fue el autor del mismo. (D. 24. 1. 23). Este Senadoconsulto estableció que la donación entre cónyuges se convalidaría retroactivamente cuando el cónyuge donante muriera sin haber manifestado intención de revocarla. Es el mismo principio que inspiraba la regla “*morte Cincia removetur*” y que la jurisprudencia aplicaba para sanear las donaciones realizadas contra las normas de dicha ley. En principio, no había una conversión de la donación en una disposición testamentaria, sino que era el mismo acto donativo el que adquiría validez y eficacia.⁶⁶¹

⁶⁶⁰ Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 324 y ss; Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. Nº 63. México: Editorial de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., p. 70 y ss; Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 350; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 743.

⁶⁶¹ Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 350; Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción al español de la 2ª edición por M. Fairén Guillén. Barcelona: Bosch, p. 679 y ss; Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 611. “Ello producía, en la práctica, la privación al heredero de la acción que tenía el causante para hacer valer la nulidad”; Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*.

El emperador Justino permitió que las donaciones pudieran aumentarse después de celebradas las nupcias (C. 5. 3. 19), en concepto de aumento de la dote, sin incurrir en la prohibición de las donaciones conyugales. Igualmente, Justiniano autorizó que el marido, por causa de la dote y con sujeción a los pactos dotales, pudiera hacer donaciones *post nuptias* a favor de la mujer, siempre que los bienes donados no excedieran de la cuantía de la dote (C. 5. 3. 20. 2).⁶⁶²

V. Recepción del principio en el derecho intermedio

V. a) *Fuero Juzgo*

Aceptó la validez de todas las donaciones que se hicieran los cónyuges después del primer año de matrimonio. Lo expresaba en el Libro III, titulado “*De los*

México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino.” En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 741 y ss; Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca.” En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 96. “A pesar de lo cual, y aun después de haberse abierto un camino hacia la validez de las donaciones entre cónyuges a través de la *Oratio Divi Severi*, se encuentran nuevos textos que insisten en la prohibición. Posiblemente la explicación de este aparente contrasentido pueda estar en conseguir, mediante el efecto combinado de la prohibición y la *Oratio Divi Severi*, que las donaciones entre cónyuges sean revocables, para proteger las eventuales expectativas sucesorias de los hijos comunes, las cuales se podrían ver perjudicadas por efectos de un pacto sucesorio precipitado. Hay interés en evitar que los cónyuges se hagan donaciones irrevocables justamente para permitir que cualquiera de los padres, durante el matrimonio, pueda preferir los hijos al cónyuge”

⁶⁶² Montserrat Quintana, A. (2006). “‘Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio.’ Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares.” En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Illes Balears*. Nº 8. Palma de Mallorca: Editorial de la Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears, p. 163; Lozano Corbí, E. (1995). “Las donaciones nupciales en el Derecho Romano.” En *Revue internationale des droits de l’antiqué*. Nº 42. Bélgica: Editorial Office International des Périodiques, p. 227 y ss; Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma, p. 325; Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa, Madrid: Reus, p. 214 y ss.

casamientos e de las nascencias”, en el Título I, “Del ordenamiento de las bodas”, en la Ley VI, “Ley antigua. Titol quanto deve dar el marido a la mugier por arras de sus cosas, que expresaba: “Doncas si el marido despues que un anno oviere que es casado, por amor ó por grado quisier dar alguna cosa a la mujer, puede fazer libremientre” (F.J. 3.1.6). A su vez se relaciona también con el Libro V, “De las avencias é de las compras”, Título II, “De las donaciones”, en la Ley VII “De lo que da el marido a la muier ó la muier al marido”, en donde establecía: “Si el marido diere alguna cosa a la muier, faga escrito por su mano daquello quel diere ante dos testimonios o ante tres. E si la muier diere alguna cosa al marido, faga otro tal; é todavía que ie lo non faga fazer el marido por fuerza. E sea fecha en tal manera, que segund la donacion, la buena de cada uno sea asmada assí cuemo manda la ley” (F.J. 5.2.7). El Fuero Juzgo es la traducción del *Liber iudicorum* del derecho visigodo, la ley *cum dotibus*, contenida en el este cuerpo gótico concedió únicamente vigencia a la prohibición de donaciones entre cónyuges durante el primer año de matrimonio, pudiendo, tras dicho lapso de tiempo, hacerse los cónyuges donaciones. Posiblemente late en la norma el fundamento romano de evitar que los cónyuges *ne mutuo amore invicem spoliarentur*, así como la consideración de que estos effluvis amorosos, que llegan a tales extremos espoliatorios, son difícilmente previsibles tras el transcurso de un año de matrimonio.⁶⁶³

⁶⁶³ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 25 y 36; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 351; Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca.” En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 96 y ss; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 447 y ss. “Al dictado de la ley gótica *Liber iudicorum* de Chindasvinto, se añade por la modificación de Ervigio, un límite temporal (“un anno oviere que es casado”), a partir del cual los cónyuges son libres para donarse. Esta restricción relativa al primer año de vida matrimonial no era absoluta ya que, además de ser válidas las donaciones que no sobrepasaran lo pactado en *ante nuptias*, lo eran también las que excedieran ese monto siempre que se arbitrara la oportuna compensación dotal, en perfecta coherencia, pues, con el interés señalado del legislador por conservar la proporcionalidad. Consumado este término, que tenía por objeto fijar la cuantía de la *donatio*, y ya que luego de él lo normal sería la existencia ya de algún hijo en el matrimonio, la facultad de donar de marido o mujer, se vería constreñida por otros motivos, razón por lo que no había inconveniente en admitir el tipo de donaciones a que venimos refiriéndonos. Límite por presencia de hijos en el matrimonio recogido después, expresamente, en el Fuero Real.”

V. b) Fuero Real

Mantuvo la libertad de donar después de un año desde que se contrae el matrimonio, pero solo para los matrimonios sin descendencia. Esto se encontraba regulado en el Libro III, “*De los casamientos*”, en el Título XII, “*De las donaciones*”, en la Ley III, “*Como los casados se pueden dar algo si despues de un año no tuvieren fijos*”, que disponía: “*Si el marido quisiere dar algo a la muger, o la muger al marido no habiendo fijos, puedalo facer despues que fuere el año pasado desde casáren, é no ante: é si despues desta donacion hobieren fijo, no vala la donacion fuera quanto en su quinto...*” (F. R. 3. 12. 3).⁶⁶⁴

V. c) Las Siete Partidas

Retomaron los criterios del derecho romano y declararon nulas, aunque convalidables, todo tipo de donaciones entre cónyuges. Esto se encontraba regulado en la Partida IV, “*Que flaba de los desposorios, e de los casamientos*”, en el Título XI, “*De las dotes e de las donaciones: e de las arras*”, en la Ley IV, “*Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre si, despues que el matrimonio fuere acabado, e en que manera se pueden desfazer*”, expresaba: “*Durando el matrimonio, fazen a las vegadas donaciones, el marido a la muger, o ella al marido, nopor razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen, despojandose el uno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E porende, si las fizieren, despues que el matrimonioes acabado, non deven valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas pobre; fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la revocasse, nin la desficiesse en su vida: ca estonce fincaria valedera. Mas si revocasse la donacion en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: Tal donacion como esta, que fize a mi muger,*

⁶⁶⁴ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 127; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 351; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 448 y ss. “Respecto al Fuero Real de España, éste acoge las normas del *Liber* y del Fuero Juzgo, añadiendo a la condición temporal de este, otra relativa al nacimiento de hijos en el matrimonio.”

non quiero que valga; o si callasse, non diziendo nada e la diesse despues a otro, o la vendiesse; o si muriessse aquel que rescibiera la donacion, ante de aquel que la fizo; desatarse y e por qualquier destas razones la donacion primera". También este ordenamiento legal recogió numerosas excepciones a la regla prohibitiva. Se consideraron válidas las donaciones *mortis causa*; las otorgadas para fines de piedad, de honor o dignidad de uno de los cónyuges; aquellas en que un cónyuge se enriquece sin empobrecerse el otro, o las que el cónyuge donante se empobrece sin enriquecerse el donatario; y todas las donaciones de poca importancia, que fueran mero símbolo de cariño o regocijo familiar, esto estaba legislado en la Ley V, "*Porque razones valen las donaciones que el marido, e la muger se fazen uno a otro*", y en la Ley VI, "*De que cosas podrían fazer donacion el marido; e la muger uno a otro; maguer el matrimonio fuesse acabado*". Todas estas excepciones eran en realidad las aportadas por la jurisprudencia y legislación imperial romana.⁶⁶⁵

⁶⁶⁵ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 499 y ss; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 351. "Las Leyes 5 y 6 del Título 11 de la Partida 4, excluye de la prohibición las liberalidades intra-conyugales que, o bien no empobrecen al donante, o bien no enriquecen al donatario"; Masot Miquel, M. (1982). "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca" En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 97; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 450 y ss; Barrera Zamorategui, F. (1991). "La donación entre consortes". En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195; García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Tomo III. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial de F. Abienzo, p. 274 y ss. "En el Proyecto de García Goyena la regla prohibitiva se hallaba contenida en el art. 1259: 'Toda donación de un cónyuge a otro será nula...'; la norma se basaba en los fundamentos romanos como la moralidad romántica, o porque las donaciones entre esposos atentaban contra la honestidad del amor conyugal, o que las mismas podían ser motivo de rupturas matrimoniales, éstos argumentos fueron tomados por las Partidas (P. 4. 11. 4) y Goyena sostenía de manera enfática que 'estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibición'. Pero el artículo 1259.2 del Proyecto disponía que la nulidad de las donaciones entre cónyuges no se extendía a 'los regalos módicos

V. d) Las Leyes de Toro

No recogieron específicamente la institución que tratamos, pero reiteraron la opinión de las Partidas sobre el fundamento de la prohibición. En los comentarios elaborados por don Juan Álvarez Posadilla, miembro del Consejo de S.M. y Fiscal del Crimen de la Audiencia de Valencia, en el dialogo que sostienen Abogado y Escribano, pregunta éste al examinar la Ley de Toro LII, cuáles son las donaciones que se llaman *inter virum et uxorem*: “*Toda simple donacion que se baga por el marido a la muger, o por la muger al marido, despues de consumado el matrimonio: estas donaciones están prohibidas*”, contesta el Abogado, “por evitar que a causa del mutuo amor el consorte más sagaz, y que menos ama, despoje al otro de sus bienes”.⁶⁶⁶

VI. Legislación comparada

Las legislaciones de diferentes países se ven ante la disyuntiva de mantener o suprimir el principio que veda las donaciones entre cónyuges. Algunas codificaciones permiten las donaciones entre consortes pero las mismas pueden ser revocadas; otras en cambio consagran la prohibición en toda su amplitud; algunos códigos autorizan la celebración de determinados contratos entre cónyuges mientras que prohíben otros, y finalmente hay regímenes legales modernos que nada dicen al respecto.

que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia; estas eran liberalidades de uso, es decir, aquellas que se hacen siguiendo la costumbre o los usos sociales como los regalos de cumpleaños, de aniversario, o de bodas; el jurista español señala que ‘habría grosería y hasta barbarie en prohibir a los esposos estas inocentes finezas y muestras de cariño’”

⁶⁶⁶ Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal, p. 725; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 451; Álvarez Posadilla, J. (1826). *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*. Madrid: Imprenta de don Antonio Martínez, p. 311.

VI. a) Códigos europeos

El antiguo Código Civil español de 1889 en el artículo 1334 prohibía las donaciones entre cónyuges, pero se exceptuaban los regalos módicos. Actualmente la legislación de este país en el artículo 1323 permite la contratación entre los cónyuges, pudiendo transmitirse entre ellos por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos. El Código Civil de Italia de 1865 estableció expresamente la prohibición absoluta en el artículo 1054, y el precepto fue mantenido en el Código Civil de 1942, en el artículo 781: “Los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, hacerse el uno o a otro ninguna liberalidad, salvo aquellas conforme a los usos”. La norma deja muy atrás las matizaciones del derecho romano, dado que no hay posibilidad de convalidación y se prohíben no solo las donaciones sino también las liberalidades no donativas, excluyéndose solamente las de uso. No es extraño, pues, que la mantención de tan drástica prohibición haya suscitado la crítica generalizada de la doctrina. El Código Civil de Suiza en el artículo 177 dispone que: “Todos los actos jurídicos son permitidos entre esposos”. El artículo 1096 del Código Napoleón establecía que: “Todas las donaciones hechas entre cónyuges durante el matrimonio, aunque sean calificadas de entre vivos, serán siempre revocables. La revocación podrá ser hecha por la mujer sin ser autorizada por el marido o por la justicia. Estas donaciones no serán revocadas por la sobreveniencia de hijos”. A partir de la reforma legislativa del año 1985 operada en Francia se consagró la libertad de contratación entre cónyuges. El Código prusiano de 1794, el Código austriaco de 1810 y el Código Civil alemán de 1900 (BGB) suprimen del todo la prohibición.⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca”. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. Nº1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, p. 97; Calvo González, J. (1980). *Abstracción y deshistorización de la norma: a propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. Nº 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 457 y ss; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 352; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 748 y ss; Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación - Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación - Códigos Internacionales, www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html; Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 33 y ss.

VI. b) Códigos latinoamericanos

El Código Civil Federal mexicano regula en sus artículos 232 a 234 sobre las donaciones entre consortes. Artículo 232: “Los consortes pueden hacerse donaciones, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes o descendientes a recibir alimentos”. Artículo 233: “Las donaciones entre consortes pueden ser revocadas por los donantes, mientras subsista el matrimonio, cuando exista causa justificada para ello, a juicio del Juez. Artículo 234: “Estas donaciones no se anularán por la superveniencia de hijos, pero se reducirán cuando sean inoficiosas, en los mismos términos que las comunes”. El Código Civil venezolano establece en el artículo 1451 que: “Las donaciones entre cónyuges son siempre revocables por la sola voluntad del donante, manifestada expresamente en la misma forma en que hayan sido realizadas aquéllas. La revocatoria deberá ser notificada por el donante al donatario o a sus herederos”. El Código Civil de Chile en el artículo 1138 dispone que: “Son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos. Son nulas asimismo las entre personas que no pueden recibir asignaciones testamentarias o donaciones entre vivos una de otra. Sin embargo, las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables”. El antiguo Código Civil peruano en el artículo 1339, prohibía la celebración de contratos entre marido y mujer, con excepción del contrato de mandato. En la actualidad su Código vigente no incluye ninguna normativa que prohíba la contratación entre cónyuges. El Código Civil de Panamá permite en el artículo 1167 la contratación entre los cónyuges, siempre que tengan un régimen de separación de bienes.⁶⁶⁸

⁶⁶⁸ Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México*. México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 196; Corral Talciani, H. (1999). *Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos*. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. Nº 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile, p. 353 y ss; Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 749; Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional, Códigos Civiles en <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>, Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación - Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación - Códigos Internacionales: www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html.

VII. El principio que veda las donaciones entre cónyuges en el Código Civil de Vélez Sarsfield

El diseño de Vélez Sarsfield respondió a un estilo patriarcal de familia que se estructuraba a partir de relaciones jerárquicas entre sus miembros, con una dinámica basada en la distribución dicotómica de roles de la pareja matrimonial. Esta distribución aseguraba la dependencia recíproca aunque uno de ellos estuviera en una posición de debilidad. Mientras la mujer se concentraba en la organización del consumo, las labores domésticas y la atención de los hijos, el marido era el sostén económico que desempeñaba tareas remuneradas fuera del hogar. Como correlato jurídico, la mujer casada era incapaz de hecho, por ende excluida de toda posibilidad de decidir cuestiones patrimoniales y el marido tenía la administración de los bienes del matrimonio y de los pertenecientes a los hijos.⁶⁶⁹

En el viejo código podía verse una base prohibitiva en el carácter imperativo del régimen patrimonial del matrimonio, que no les permitía a los cónyuges efectuar convenciones que lo alteren. Es decir, era un régimen patrimonial único, legal, forzoso, inmodificable e inmutable. Se trataba de una comunidad restringida de gananciales cuya gestión correspondía al marido (artículos 1217, 1218, 1219 y concs. Código Civil).⁶⁷⁰

⁶⁶⁹ Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley -Thomson Reuters, p. 17 y ss; Mizrahi, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea, p. 61.

⁶⁷⁰ Zanoni, E. (1998). *Derecho de familia, Tomo I*, Buenos Aires: Astrea, p. 453 y ss; Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 3 y ss; Fleitas Ortíz de Rozas, A. y Roveda, E. (2001). *Régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley, p. 1 y ss; Borda, G. (1989). *Tratado de Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Perrot, p. 195 y ss; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley-Thomson Reuters, p. 18. “Con ello se pretendían asegurar los fines éticos y morales de la familia, evitar conflictos de naturaleza económica entre sus miembros, proteger a la mujer (parte débil de la relación) y a los terceros”. Alonso Reina, C., Méndez, R. Robba, M. y Sasso, M. (2013). “Contratos de compraventa y donación entre contrayentes.” En *Revista Aequitas*. Nº 19. Vol 7. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador, p.3. “En la extensa nota al Título II del Código Civil Argentino, Vélez explicaba que, en casi todas las materias que comprende este título, se separó de los códigos antiguos y modernos, en atención a las costumbres de nuestro país y a las funestas consecuencias de la legislación sobre los bienes dotales y en la intención

La regulación en materia de relaciones económicas entre los cónyuges fue objeto de modificaciones parciales a través de las leyes 11.357, decreto ley 9983/57, ley 14.467, sobre los derechos civiles de la mujer; la ley 17.711, que incorporó el sistema de gestión separada en cabeza de cada cónyuge respecto de sus bienes propios y gananciales, además de una necesaria conformidad de ambos en todos los actos de disposición con mayor trascendencia de índole patrimonial, y la ley 23.525 sobre divorcio vincular.⁶⁷¹

En principio, la regla en nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación era la autonomía de la voluntad, conforme el cual las convenciones libremente celebradas entre partes eran válidas y tenían fuerza de ley, así lo establecían los artículos 1137, 1197 del Código Civil y el artículo 19 de la Constitución Nacional; y solo se encontraban excluidos, en razón de la capacidad o del objeto, los supuestos expresamente prohibidos por la ley (artículos 953, 1160, 1168 y conscs., Código Civil). A pesar de lo dicho, el matrimonio traía aparejado el establecimiento de ciertas incapacidades de derecho para los cónyuges que constituían verdaderas excepciones al principio enunciado.⁶⁷²

de evitar los resultados de los privilegios dotales. En relación al tema que nos ocupa decía que, en Europa, no había matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos, como sobre su administración; derechos reservados a la mujer, limitaciones a la facultad del marido, renuncia o modificaciones de los beneficios de la sociedad conyugal, etc., y que en nuestro país nunca se permitieron los contratos de matrimonio, ya que no parecían necesarios, ni hacían más felices a los matrimonios. Sostenía así que la sociedad conyugal sería puramente legal, permitiendo sólo aquellas convenciones que se juzgaban enteramente necesarias para los esposos y para el derecho de terceros.”

⁶⁷¹ Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino.” En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. Nº 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, p. 746; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley -Thomson Reuters, p. 18.

⁶⁷² Medina, G. y Berousse, M. (2002). “Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado”. En *Revista Jurídica UCES*. Nº 5. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, p. 39 y ss; Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 20/4/2016, Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11. “El artículo 19 de la CN establece que todo lo que no está prohibido está permitido, por lo que, en tanto no exista una norma expresa que declare la prohibición de contratar entre cónyuges, está permitido hacerlo”. Sabsay, D. y Onaíndia, J. (1994). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar, p. 71 y ss.

Si bien el Código de Vélez no contenía una norma genérica que autorizaba o que prohibía la celebración de contratos entre los cónyuges, existían prohibiciones expresas de realizar ciertos contratos, así como otros que resultaban permitidos. El derogado artículo 1807, inciso 1º del Código Civil disponía: “No pueden hacer donaciones: los esposos, el uno al otro durante el matrimonio, ni uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio o a las personas de quien este sea heredero presunto al tiempo de la donación”. El artículo 1820 añadía: “Las donaciones mutuas no son admitidas entre esposos”. La prohibición era absoluta, pero comprendía solo las donaciones y no las liberalidades enunciadas en el artículo 1791, pues suponían una entrega gratuita, pero sin transferencia de dominio. Así lo establecía el inciso 8 del mismo: “Todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente; pero no con el fin de transferir o de adquirir el dominio de ellas”. A su vez, el artículo 3480 admitió las liberalidades en la medida en que sean razonables: alimentos, gastos para educación, deudas de ascendientes y descendientes, regalos de uso o amistad.⁶⁷³

Las razones que motivaron la prohibición de contratación entre cónyuges fueron la necesidad de la conservación de los bienes dentro de la familia, dado que de otra forma se produciría conflictos de intereses, donde podían poner a los contrayentes en lugar de deudor y acreedor, acarreando enfrentamientos en litigios judiciales, en contra de la idea de unidad familiar, también se tendía a mantener intacto el régimen patrimonial del matrimonio, que era de orden público y de comunidad; y al mismo tiempo trataba de evitar el traspaso de

⁶⁷³ Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 34 y ss; Zanoni, E. (1998). *Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Astrea, p. 638 y ss. Bossert, G. y Zanoni, E. (1995). *Manual de familia*. Buenos Aires: Astrea, p. 284 y ss; Garrido, R. y Zago, J. (1991). *Contratos civiles y comerciales. Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad, p. 437 y ss; Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Contratos. Tomo II*. Buenos Aires: Perrot, p. 402 y ss; BORDA, G. (1983). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot, p. 676 y ss; Medina, G. y Berousse, M. (2002). “Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado”. En *Revista Jurídica UCES*. Nº 5. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, p. 40. “Lo que se intenta proteger es la realización de donaciones simuladas”. Schipani, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la Traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sársfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 528 y ss; Gatti, H. (1960). *Contratación entre cónyuges*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 82 y ss. “Si el artículo 1807 del Código Civil prohíbe la donación entre cónyuges sería fácil burlarlo mediante donaciones simuladas bajo la apariencia de un contrato oneroso.”

bienes de un cónyuge al otro durante la vigencia del matrimonio con el fin de defraudar a los acreedores, o a los futuros herederos legitimarios.⁶⁷⁴

VIII. La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

Las consecuencias económicas del matrimonio están reguladas en el Código Civil y Comercial en el Libro Segundo sobre las “Relaciones de familia”, en el Título II sobre el “Régimen patrimonial del matrimonio”. El nuevo diseño reconoce que la realidad de las actuales familias argentinas es muy diferente a la de antaño, que hay una creciente democratización en sus estructuras, y múltiples formas de organización económica, que no encontraban respuesta en el sistema único y forzoso que imponía el derogado Código Civil de Vélez. Existe una nueva una esfera real y concreta de libertad permitida para los esposos dado que pueden celebrar convenciones matrimoniales para elegir entre el régimen de separación de bienes o de comunidad, así como también cambiar el régimen elegido inicialmente, o el legal que se aplicaba supletoriamente (artículos 446 al 449; artículos 463 y 505 del Código Civil y Comercial).⁶⁷⁵

⁶⁷⁴ Silva, R. (2015). *Donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Corrientes: Ateneo de Estudios e Investigaciones del Colegio de Escribanos de Corrientes, p. 7. “Esta prohibición enmarcó la contratación entre cónyuges y aún con las reformas que posteriormente sufrió el Código de Vélez sobrevivió, dado que tenía carácter de orden público. La doctrina mayoritariamente entendía que Vélez estableció en materia de contratación entre cónyuges prohibiciones específicas y no genéricas” Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma, p. 33 y ss; Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, 20/4/2016, Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss.

⁶⁷⁵ Molina de Juan, M. (2015). “Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas”. En *DIP- Cuántico-Diario de Familia y Sucesiones Derecho para Innovar*. Doctrina en dos páginas. Nº 13. Año 2. Buenos Aires: Editorial L. Pacheco Barassi, M. Puig y N. Tolosa, p. 1; Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 352 y ss; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*, Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters, p. 19 y ss; Bueres, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401–723, Relaciones de familia, Tomo 2*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 160 y ss.

Sin embargo, en relación a la capacidad contractual de los cónyuges, ha sufrido una alteración que va en sentido contrario a los criterios modernos y a los principios de autonomía e igualdad. En el Libro Tercero, “Derechos Personales”, en el Título II, sobre “Contratos en General”, en el Capítulo IV, “Incapacidad e inhabilidad para contratar”, en el artículo 1002, en el inciso d) dispone: “No pueden contratar en interés propio... los cónyuges, bajo el régimen de comunidad, entre sí...”. De manera que se contempla una incapacidad especial en razón del matrimonio cuando los cónyuges se encuentran bajo el régimen de comunidad. Inversamente, si los cónyuges optaron por el régimen de separación de bienes gozan de libertad contractual y, por lo tanto, podrán donarse válidamente.⁶⁷⁶

⁶⁷⁶ Solari, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley, p. 263 y ss; Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 149 y ss; Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 92 y ss. Silva, R. (2015). *Donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Corrientes: Ateneo de Estudios e Investigaciones del Colegio de Escribanos de Corrientes, p. 7. “Cabe señalar que aunque se lo titule como inhabilidad para contratar en realidad se trata de un verdadera incapacidad de derecho específicamente determinada, esto se deduce de la interpretación del artículo 22 del Código Civil y Comercial”; Iglesias, M. (2015). “El derecho contractual como herramienta preventiva durante la vida de los cónyuges y luego de la muerte de ellos. (Con especial referencia a las convenciones matrimoniales y la partición donación por ascendientes)”. En *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*. Nº 70. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 195; Camarota, N. (2017). “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial”. En *Jurisprudencia Argentina*. Fasc. 3, T. 2017-1. Buenos Aires: La Ley, p. 1016 y ss. “El artículo 1548 establece el principio general de que solo las personas que tienen capacidad de disponer de sus bienes pueden realizar donaciones. En referencia a los menores emancipados, el artículo 28, inciso c) prohíbe a éstos donar bienes adquiridos a título gratuito, mas esta prohibición es subsanada por el artículo 692, que faculta a los progenitores a solicitar la autorización judicial para disponer de los bienes de los hijos. Respecto de los tutores y curadores, el Código adopta el mismo criterio (artículos 121 y 138)”; D’ Alessio, C. (2015). “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial”. En *Revista digital Pensamiento Civil- Doctrina*. Buenos Aires: Asociación Pensamiento Civil, p. 3; Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 1*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 578 y ss; Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomo 2*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 100; Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*. 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss. “La técnica legislativa utilizada donde se establece una prohibición genérica implica un retroceso con relación al régimen anterior, donde algunos contratos se encontraban permitidos, siendo ahora una prohibición de carácter total”.

El fundamento que se esgrimió para la incorporación de esta norma es evitar el fraude a los acreedores de alguno de los cónyuges, pero en realidad el ordenamiento permite cambiar de régimen, pasando del de comunidad al de separación y viceversa (artículo 449 del Código Civil y Comercial). Como consecuencia de ello, si éste es el ánimo de los cónyuges, les bastara con cambiarse de régimen al de separación de bienes y con ello recuperar la capacidad para contratar entre sí. Debíó haberse establecido la prohibición por la calidad de cónyuges, con independencia del régimen a que se hallen sometidos, pues también los cónyuges separados de bienes pueden celebrar actos fraudulentos en perjuicio de los acreedores mediante enajenaciones simuladas del uno al otro, o donaciones francas que provoquen la insolvencia del cónyuge donante, entre otros supuestos.⁶⁷⁷

Se sustituyó la regla de libertad contractual por la de incapacidad contractual. Esta fórmula impide realizar aquellos contratos que actualmente se consideran permitidos (depósito, comodato, mutuo, fianza, etc.), resultando además contradictoria con la reforma en materia societaria, que habilita a los esposos a integrar todo tipo de sociedades.⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 150 y ss; Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi, p. 92 y ss; Arianna, C. (2014). "Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial". En *Revista de Derecho de familia*. Nº 66. Buenos Aires: Abeledo Perrot. p. 144; Roveda, E. (2016). "Contratos entre cónyuges". En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*. 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss.

⁶⁷⁸ Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters, p. 29; Molina de Juan, M. (2015). "Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas". En *DIP- Cuántico- Diario de Familia y Sucesiones Derecho para Innovar*. Doctrina en dos páginas. Nº 13. Año 2. Buenos Aires: Editorial L. Pacheco Barassi, M. Puig y N. Tolosa, p. 264 y ss. "La inhabilidad especial para contratar consagrada en el artículo 1002, inc. d) del Código Civil y Comercial, para los cónyuges que se encuentran sometidos al régimen de comunidad, evidencia cuatro inconsistencias: 1) De naturaleza constitucional. La restricción de la libertad contractual a los cónyuges por estar sometidos a éste régimen no tiene argumentos valederos. La norma no supera el test de constitucionalidad, debiendo declararse la inconstitucionalidad de la misma; 2) En el contexto general del Código Civil y Comercial, se destaca la autonomía de la voluntad en el ámbito matrimonial, otorgándose mayor espacio a la misma; 3) La restricción no encuentra sintonía con la libertad en materia de sociedad entre cónyuges; 4) La distinción arbitraria de dicha inhabilidad especial según se hallan sujetos al régimen de comunidad o de separación de

La doctrina se ha expedido sobre la conveniencia de ampliar la prohibición a ambos regímenes, aunque esta posición no es unánime, ya que otros autores defienden el régimen original del Anteproyecto, que establecía la libertad absoluta en la materia.⁶⁷⁹

IX. Conclusiones

Actualmente, los cambios socioculturales, la visión constitucional del derecho de familia, el reconocimiento de la autonomía personal de los cónyuges, la igualdad alcanzada por la mujer en distintos campos, las transformaciones en las relaciones personales, hicieron que se regularan de manera diferente las relaciones patrimoniales familiares. Pero a pesar de ello, la capacidad contractual de los cónyuges ha sufrido una alteración que va en sentido contrario a los principios de autonomía, igualdad, y libre contratación, debido a la incorporación del artículo 1002, inc. d), en el Código Civil y Comercial de la Nación. Allí se establece una prohibición absoluta en materia de contratación entre esposos que optaron por el régimen de comunidad de bienes, por lo tanto subsiste en cierta forma en nuestra legislación el principio romano que veda las donaciones entre cónyuges.

bienes. Fuera de esta inhabilidad especial para contratar entre sí, que operaría como principio general hay dos situaciones específicas que quedan fuera de esta norma: el mandato y la constitución de sociedades entre ellos:

⁶⁷⁹ Roveda, E. (2016). "Contratos entre cónyuges". En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*. 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters, p. 11 y ss; Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters, p. 29. "El texto presentado por la Comisión redactora del Código Civil y Comercial suprimió las prohibiciones para contratar entre cónyuges previstas en la regulación de los contratos especiales del Código Civil. No replicó las normas dispuestas para la compraventa ni para las donaciones, y las únicas disposiciones que se referían específicamente a los contratos entre cónyuges eran el artículo 459 (mandato entre cónyuges) y la modificación al artículo 27 de la Ley de Sociedades Comerciales que dice: "Los cónyuges pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo y las reguladas en la sección IV". En consecuencia, en la propuesta originaria no existían restricciones para contratar fundadas en la condición de cónyuges, sino que resultaban aplicables los principios y normas relativas a la capacidad genérica para la celebración de este tipo de actos jurídicos".

X. Bibliografía

Alarcón Palacio, Y. (2005). “Régimen patrimonial del matrimonio desde Roma hasta la Novísima Recopilación”. En *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. N° 24. Barranquilla: Editorial de la Universidad del Norte.

Alonso Reina, C., Méndez, R., Robba, M. y Sasso, M. (2013). “Contratos de compraventa y donación entre contrayentes”. En *Revista Aequitas*. N° 19. Vol 7. Buenos Aires, Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.

Álvarez Posadilla, J. (1826). *Comentarios a las Leyes de Toro, según su espíritu y el de la legislación de España, en que se tratan las cuestiones prácticas arreglando sus decisiones a las leyes y resoluciones más modernas que en el día rigen*. Madrid: Imprenta de don Antonio Martínez.

Álvarez-Salamanca, F. (2012). “La liberalitas en la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. N° 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Álvarez-Salamanca, F. (2014). “La terminología de los juristas romanos sobre la donación”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. N° 34. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Álvarez-Salamanca, F. (2015). “Animus donandi”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Año 22. N° 2. Antofagasta: Editorial de la Universidad Católica del Norte.

Arangio Ruiz, V. (1986). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 10ª edición italiana por J. M. Caramés Ferro. Buenos Aires: Depalma.

Arianna, C. (2014). “Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial”. En *Revista de Derecho de familia*. N° 66. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Azpiri, J. (2016). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

Azpiri, J. (2016). *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho de familia*. Buenos Aires: Hammurabi.

Barrera Zamorategui, F. (1991). “La donación entre consortes”. En *Revista de*

la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, edición conmemorativa Medio Siglo de la Revista de la Facultad de Derecho de México, México DF: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Belluscio, A. (1998). *Manual de Derecho de familia, Tomo II*. Buenos Aires: Depalma.

Biblioteca Digital del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación. Departamento de Biblioteca y Centro de Documentación. Códigos Internacionales. www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html.

Biondi, B. (1960). *Sucesión testamentaria y donación*. Traducción al español de la 2ª edición por M. Fairén Guillén. Barcelona: Bosch.

Biondi, B. (1965). *Istituzioni di Diritto Romano*. Milano: Guifré.

Bonfante, P. (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Traducción de la 8ª edición italiana por L. Bacci y A. Larrosa. Madrid: Reus.

Borda, G. (1989). *Tratado de Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Perrot.

Borda, G. (1983). *Tratado de Derecho Civil. Contratos, Tomo II*. Buenos Aires: Perrot.

Borda, G. (1983). *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Perrot.

Bossert, G. y Zanoni, E. (1995). *Manual de familia*. Buenos Aires: Astrea.

Bueres, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado, Tomos 1 y 2*. Buenos Aires: Hammurabi.

Bueres, A. (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Artículos 401–723, Relaciones de familia, Tomo 2*, Buenos Aires: Hammurabi.

Burillo Loshuertos, J. (1964). “*Los pactos en el Derecho Romano*”. En *Anales de la Universidad de Murcia – Derecho*. Vol. XXII. Nº 3-4. Murcia: Editorial de la Universidad de Murcia.

Calvo González, J. (1980). “Abstracción y deshistorización de la norma: a

propósito de la prohibición de las donaciones entre cónyuges”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 7. N° 1-6. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Camarota, N. (2017). “El contrato de donación en el Código Civil y Comercial”. En *Jurisprudencia Argentina*. Fasc. 3. T. 2017-1. Buenos Aires: La Ley.

Corral Talciani, H. (1999). “Donaciones entre cónyuges. Una prohibición de veinte siglos”. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 26. N° 2. Santiago: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

D’ Alessio, C. (2015). *El contrato de donación en el Código Civil y Comercial*. En *Revista digital Pensamiento Civil- Doctrina*. Buenos Aires: Asociación Pensamiento Civil.

Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.

D’ Ors, A. (1989). *Derecho Privado Romano*. Pamplona: Eunsa.

Ernout, A. y Millet, A. (1959). *Dictionnaire étymologique de la langue Latine. Histoire des mots*. París: Librairie Cl. Klincksieck.

Fernández-Sancho Tahoces, A. (2008). “Las donaciones otorgadas con ocasión del matrimonio de la mujer”. En *Mujeres y Derecho, pasado y presente, I Congreso multidisciplinar de Centro-Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho*. Editorial Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

Fleitas Ortíz de Rozas, A. y Roveda, E. (2001). *Régimen de bienes del matrimonio*. Buenos Aires: La Ley.

Galiano Maritan, G. y Trujillo Ribot, Y. (2012). “La donación. Pautas teóricas que norman su contenido en el Código Civil Cubano”. En *Revista de Derecho y Cambio Social*. N° 30. Año IX. Lima-Perú.

García del Corral, D. I. (1897). *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Tomos I, II, III, IV, V*. Barcelona: Lex Nova (reimpresión).

García Goyena, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español. Tomo III*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial de F. Abienzo.

Garrido, R. y Zago, J. (1991). *Contratos civiles y comerciales. Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Gatti, H. (1960). *Contratación entre cónyuges*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Guzmán Brito, A. (2005). “El emplazamiento sistemático de la donación entre vivos en las exposiciones jurisprudenciales y en las compilaciones legislativas romanas”. En *Revista de estudios Histórico Jurídicos*. N° 27. Valparaíso: Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Guzmán Brito, A. (1996). *Derecho Privado Romano, Tomo II*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Iglesias, M. (2015). “El derecho contractual como herramienta preventiva durante la vida de los cónyuges y luego de la muerte de ellos. (Con especial referencia a las convenciones matrimoniales y la partición donación por ascendientes)”. En *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*. N° 70. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lozano Corbí, E. (1995). *Las donaciones nupciales en el Derecho Romano*. En *Revue internationale des droits de l'antiqué*. N° 42. Bélgica: Office International des Périodiques.

Malavé Osuna, B. y Ortín García, C. (2004). “Pretium pudicitiae y donación nupcial”. En *Revista de estudios Históricos y Jurídicos*. N° 26. Valparaíso: Editorial Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Martín, J. (2017). “La donación en la concepción romana y su recepción en el derecho argentino”. En *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. N° 47. La Plata: Editorial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

Martínez Alcubilla, M. (1885). *Códigos Antiguos de España, Tomo I*. Madrid: Administración Arco de Santa María, 41 Triplicado, principal.

Masot Miquel, M. (1982). “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el derecho civil de Mallorca”. En *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. N° 1. Palma de Mallorca: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca.

Medina, G. y Berousse, M. (2002). “Compraventa entre cónyuges. Régimen actual, proyectos de reforma y derecho comparado”. En *Revista Jurídica UCES*. N° 5. Buenos Aires: Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales.

Mizrahi, M. (2006). *Familia, matrimonio y divorcio*. Buenos Aires: Astrea.

Molina de Juan, M. (2014). *Régimen de bienes y autonomía de la voluntad. Elección y modificación del régimen. Convenios. Contratos entre cónyuges. Suplemento especial Código Civil y Comercial, Familia*. Buenos Aires: La Ley–Thomson Reuters.

Molina de Juan, M. (2015). “Algunos interrogantes sobre la capacidad contractual de los cónyuges en el Código Civil y Comercial. Marchas y contramarchas”. En *DIP. Cuántico. Diario de Familia y Sucesiones Derecho para Innovar. Doctrina en dos páginas*. N° 13. Año 2. Buenos Aires: Editorial L. Pacheco Barassi, M. Puig y N. Tolosa.

Montserrat Quintana, A. (2006). “Negocios de disposición patrimonial por razón o con ocasión de matrimonio”. Discurso de ingreso a la Academia de Jurisprudencia y legislación de Baleares”. En *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y legislación de Illes Balears*. N° 8. Palma de Mallorca: Academia de Jurisprudencia y Legislación Illes Balears.

Morineau, M. (1976). “Las donaciones entre cónyuges. Estudio del Título I del Libro XXIV del Digesto”. En *Revista de Derecho Notarial Mexicano*. N° 63. México DF: Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C.

Prignsheim, F. (1953). “Liberalitas”. En *Studi in memoria di Emilio Albertario*. Milano: Giuffrè.

Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional. Códigos Civiles. En <https://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Roveda, E. (2016). “Contratos entre cónyuges”. En *Suplemento de Jurisprudencia Argentina*, J. A. A. P, 20/4/2016. Buenos Aires: Thomson Reuters.

Sabsay, D. y Onaindía, J. (1994). *La Constitución de los Argentinos. Análisis y comentario de su texto luego de la Reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar.

Savigny, F. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual, Tomo III*. Traducido

del alemán por Ch. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Cía.

Schipani, S. (2007). *Código Civil de la República Argentina. Con la Traducción de Idelfonso García del Corral de las Fuentes romanas citadas por Dalmacio Vélez Sarsfield en las notas*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Silva, R. (2015). *Donaciones en el Nuevo Código Civil y Comercial*. Corrientes: Ateneo de Estudios e Investigaciones del Colegio de Escribanos de Corrientes.

Solari, N. (2017). *Derecho de las familias*. Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.

Zanoni, E. (1998). *Derecho de familia, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

