

La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes al donante.

A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998

Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Profesor Titular de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

LA RESERVA DE LA FACULTAD DE DISPONER EN LA DONACIÓN Y LA REVERSIÓN DE BIENES AL DONANTE

A PROPÓSITO DE LA RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 28 DE JULIO DE 1998



Manuel Espejo Lerdo de Tejada

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

I. PLANTEAMIENTO

La lectura de la interesante Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998 nos ha movido a reconsiderar algunos aspectos del régimen jurídico de las donaciones inter vivos: el funcionamiento de la reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes al donante. A la vista de los artículos 639 y 641 de nuestro Código civil, que se refieren directamente a esos aspectos, ¿quién no se ha planteado dudas exegéticas y de interrelación con otras cuestiones relativas a las donaciones? En estas páginas ofrecidas como homenaje al Prof. Dr. D. Bernardo Moreno Quesada, pretendemos poner de manifiesto algunas de las reflexiones que nos suscitan dichas normas y los términos de la citada Resolución.

El caso que motivó el pronunciamiento del Centro Directivo era, en pocas palabras, el siguiente: los donantes, padres de los donatarios, otorgaron donación de varias fincas rústicas por terceras e iguales partes indivisas y se reservaron la facultad de disponer de los bienes donados «en toda la extensión y formas prevenidas en el artículo 639 del Código Civil». Posteriormente, los donatarios disolvieron el proindiviso existente entre ellos para lo cual dividieron las fincas rústicas donadas. Más tarde, los donantes pretendieron recuperar las fincas atribuidas en esa división a uno de los donatarios, haciendo uso de la facultad de disponer antes referida. Una vez formalizado dicho acto, solicitaron su inscripción, la cual fue denegada por los siguientes defectos: «1º No se puede resolver una donación, fuera de los casos establecidos en la Ley, ejercitando la facultad de disposición del donante que le confiere el artículo 639 del Código civil y que consta inscrita, ya que en título calificado no se dispone realmente, sino que se constituye una reversión prevista en el artículo 641 del mismo Cuerpo Legal, y que no se pactó al hacerse la donación. 2º Aun en el supuesto que se admitiera la disposición, que le concede al donante el artículo 639, no se puede disponer de la totalidad de los bienes donados. Admitir la disposición que pretende el donante sería dejar el cumplimiento y efectividad del contrato de donación al arbitrio de una de las partes, con infracción del artículo 1256 del Código Civil». El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en que de la interpretación sistemática de los preceptos del Código Civil, a la luz del artículo 3º de dicho Código, se desprende que la facultad de disponer a que se refiere el artículo 639 del mismo, se contrae a la facultad de disponer de los bienes donados en favor de tercero, pero no comprende la facultad de disponer el donante para recuperar la

cosa donada, pues esta facultad está contemplada en el artículo 641 de dicho texto legal. La Resolución confirmó igualmente la nota del Registrador en razón de los argumentos que irán apareciendo en las páginas siguientes.

II. LA IRREVOCABILIDAD DE LA DONACIÓN COMO PRETENDIDO PRINCIPIO GENERAL DE NUESTRO DERECHO

1. *La irrevocabilidad específica de la donación frente a la irrevocabilidad normal de la misma.*

La Resolución que motivó estas líneas, en el Fundamento de Derecho tercero, considera que la irrevocabilidad de la donación es un principio general de nuestro Derecho que formula así:

-fuera de los casos especialmente previstos por la Ley (cfr. artículos 644, 647 y 648 del Código Civil) y de los expresamente pactados, el donante no tiene facultades para recuperar el dominio de los bienes donados: La irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 del Código Civil, el cual, aun estando en sede de contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 del Código-

¿Qué significado se debe dar a estas afirmaciones? Sugiere de forma inmediata la Resolución, que el carácter irrevocable no es propiamente un rasgo exclusivo de la donación, sino de todo contrato, por lo que en el caso de que la donación fuera revocable mal podría hablarse de contrato¹. Así entendido, el principio de irrevocabilidad no tiene porqué discutirse; sin embargo, si se sostuviera que dicha irrevocabilidad asume perfiles específicos, más intensos, en el caso de la donación que en los demás contratos sí que nos habríamos de mostrar en desacuerdo². En palabras de Cristóbal Montes la cuestión relevante cuando se habla de irrevocabilidad de la donación es si la «normal y común irrevocabilidad contractual tendrá aplicación literal en el ámbito de las liberalidades *inter vivos* o si en esta esfera adquirirá un particular significado, tornándose más rigurosa y fuerte que en los demás contratos». Verdadera-

En este sentido DE BUEN, *Derecho civil común*, 2ª ed., t. II, pág. 64 «será donación *inter vivos* la donación contractual... siempre que el donante no se reserve el derecho de revocarla por su voluntad, ya que si tal hiciera, no existiría, en realidad, contrato ni verdadera obligación para él, y, por tanto, no podría decirse que la donación producía efecto jurídico». Expresamente se remite a esta opinión CASTÁN, *Derecho civil, común y foral*, IV, 15ª ed., Madrid, 1993, pág. 227.

¹ La afirmación doctrinal de un carácter más intenso de la irrevocabilidad en las donaciones ha estado motivada por un error en la interpretación de las fuentes romanas y por el deseo de contraponer la donación con el testamento. Cfr., en este sentido, BIONDI, *Le donazione*, Torino, 1961, págs. 64 y ss.: «La inammissibilità del *ius poenitendi*, appunto perché, como si suol dire, è principio di diritto naturale, ha portata generale, perciò non esclusivo delle donazioni. Bisogna riconoscere che la irrevocabilità, come carattere proprio della donazione, non ha fondamento, ed è anzi frutto di errore o fraintendimento delle fonti romane (...) A sancire la irrevocabilità ha contribuito il contrapposto con le disposizioni testamentarie: revocabili queste, irrevocabili le donazioni (...) Assumere la irrevocabilità como carattere delle donazione è un errore». Sin embargo, según GIAMPICCOLO, ni siquiera la contraposición con los actos *mortis causa* sería correcta ya que la revocabilidad no es un rasgo determinante de éstos: así en *Il contenuto atipico del testamento*, Milán, 1954, págs. 39-40, n. 17 «può essere opinabile, a mio avviso, la sicurezza con cui, attratti forse proprio da quell'elemento ambiguo che è la formale qualifica dei testi, si afferma o si dà per presupposta addirittura, in dottrina, la natura *mortis causa* (in senso tecnico) di quest'atto. In effetti una donazione sottoposta, sia pure, alla duplice condizione della non sopravvivenza del donante al donatario e della *perseverantia in voluntate* (revocabilità) non è di per sé un atto *mortis causa*. Non traduce ovviamente tale carattere l'elemento della revocabilità; perché, a prescindere che nello schema considerato un tale elemento non si dimostra già di per sé costante e quindi essenziale, non è comunque un carattere essenziale dell'atto *mortis causa*, ..., la revocabilità. Non giustifica la stessa definizione la modalità di morte che afferisce il negozio; perché, a prescindere che un tale elemento è insufficiente ancora a distinguere l'atto *mortis causa* da un atto solo semplice modalità di morte, per essere comunque conseguente nel senso voluto la figura avrebbe dovuto quanto meno attenersi rigorosamente allo schema della condizione sospensiva, mentre nel caso è dato invece riscontrare che la donazione può essere anche sottoposta alla semplice condizione risolutiva della premorienza

mente con la irrevocabilidad del contrato, como sigue diciendo este autor, «lo único que se quiere significar es que su suerte no puede quedar supeditada, en forma general y principista, al mero arbitrio de las partes contratantes, pero no se excluye que éstas puedan incluir en el contrato todos aquellos pactos, cláusulas y convenios que, legalmente admitidos, ponen a disposición de las mismas medios susceptibles de aniquilar la relación contractual (piénsese en la variada gama de estos recursos que proporcionan las condiciones resolutorias potestativas puras, simples y mixtas); mas obsérvese que admitir esto último no significa que el contrato quede supeditado en su eficacia a la sola voluntad unilateral de las partes, porque para que una de ellas pueda denunciar el compromiso contraído hace falta que previamente ambas, en el contrato mismo, se hayan puesto de acuerdo sobre la concesión o el reconocimiento de semejante poder destructor». Llegado a este punto se pregunta Cristóbal Montes si la misma conclusión podría predicarse de las donaciones, pues si ello se admite, sería válido pactar «cláusulas mediante las cuales el donante se reserva la facultad de revocar, en todo o en parte, directa o indirectamente, la liberalidad otorgada»³.

En consecuencia, la duda sería si es o no posible pactar que el donante recupere los bienes donados. La opinión de la Resolución parece clara en un sentido afirmativo, a pesar de proclamar el principio de irrevocabilidad. Y decimos a pesar porque histórica y dogmáticamente el significado propio de este principio ha sido excluir esa posibilidad en el caso de las donaciones⁴, de ahí que se haya calificado esa exigencia más intensa de la irrevocabilidad en las donaciones como «irrevocabilidad específica». Por eso, para nosotros la invocación del principio debe hacerse muy cuidadosamente si no se quiere correr el riesgo de que sea malinterpretado.

La idea de la irrevocabilidad específica de las donaciones es de un origen inequívocamente francés, conectada con el principio «donar y retener no vale» que nuestro Código no acepta, según la doctrina más autorizada⁵. Este principio, que al parecer surgió de un mal entendimiento de las fuentes romanas⁶, significó originariamente que la entrega de la cosa donada debía ser inmediata, y, posteriormente, que el donante no se podía reservar ningún medio para destruir los efectos de la donación, recuperando la cosa⁷. Dicho principio, con el antecedente inmediato de la Ordenanza de 1731, inspiró en el Code varios preceptos que, aunque pasaron al Código italiano de 1865, no lo hicieron al nuestro, o lo hicieron con un significado diferente: los preceptos son los siguientes:

- La definición legal de donación: «La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte» (art. 894). En el Código español la norma equivalente (art. 618) prescinde de los

del donatario, nella quale ipotesi non è almeno dubbio che: a) il trasferimento del bene è attuale e non post mortem ...; b) lo evento della morte del donante non costituisce più nemmeno una modalità del negozio; c) è, inversamente, la sua sopravvivenza a funzionare da condizione risolutiva di un acquisto già avvenuto in favore del donatario».

³ Así CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971, págs. 89-90.

⁴ Así lo resaltan, para los antecedentes de esta regla en el Derecho francés: CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, cit. *passim*; y El principio de irrevocabilidad de las donaciones, RGLJ, 1969, págs. 699 y ss.; BARRAL VINALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, Barcelona, 1996, págs. 19 y ss. Esta última autora hace un análisis documentado de la historia de la regla «donner et retenir ne vaut».

⁵ Subrayan este cambio radical de orientación de nuestro Derecho respecto del Código francés: DÍEZ-PICAZO, *El animus donandi*, AAMN, 35, pág. 329: «con materiales franceses, nuestros codificadores crearon un sistema radicalmente opuesto»; DORAL GARCÍA, *Donaciones «mortis causa» en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra*, RJN, 1993, nº15, pág. 102, nota 37, que afirma que dicho principio «no tiene vigencia en nuestro Derecho»; CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, loc. cit.; y El principio de irrevocabilidad de las donaciones, cit., págs. 699 y ss.; BARRAL VINALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., págs. 19 y ss.

⁶ Así lo afirman BIONDI, loc. cit.; y CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, cit., pág. 20.

⁷ Cfr., en este sentido: VALLET, *Prólogo a La donación con reserva de disponer* de CRISTÓBAL MONTES, págs. 13 y 14; CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, cit., págs. 21 y ss.; BARRAL VINALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., *passim*.

términos «actuellement et irrévocablement», lo cual es muy expresivo del cambio de orientación de nuestro Derecho⁸.

- La prohibición de la donación de bienes futuros: «La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur: si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard» (art. 943). En nuestro Código existe un precepto similar; sin embargo, como destaca Albaladejo⁹, es dudoso que sea acerrado entenderlo como manifestación de la regla donar y retener no vale, ya que «el que dona un determinado bien futuro no es dueño de no adquirirlo, y así librarse de entregarlo, sino que queda tan obligado a ello, y su donación es tan irrevocable, como la de un bien presente».
- La nulidad de la donación con la obligación de que el donatario pague las deudas futuras del donante: «Elle sera pareillement nulle, si elle a été faite sus la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devrait y être annexé» (art. 945). Por contra, nuestro art. 642 autoriza que el donatario se obligue al pago de deudas futuras.
- La nulidad de la donación bajo condición potestativa «parte donantis»: «Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle» (art. 944). Nuestro Derecho silencia esta regla, por lo que Rodríguez Adrados¹⁰, entiende que sería aplicable a las donaciones el artículo 1115 C.c., con lo que sólo sería nula la donación bajo condición suspensiva rigurosamente potestativa parte donantis, pero sería válida la condición simplemente potestativa, y también la condición resolutoria rigurosamente potestativa (por la vía del artículo 641)¹¹.
- La nulidad de la donación con reserva de la facultad de disponer por el donante: «En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixé sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires» (art. 946). En nuestro Código, por contra, están permitidas estas donaciones en el artículo 639¹².

Por lo dicho hasta ahora, en nuestro Código hay que afirmar que la donación, si bien es irrevocable en general, como todos los contratos, puede configurarse voluntariamente como revocable; la autonomía de la voluntad no queda limitada por una exigencia inderogable, sino que el donante puede imponer al donar las reservas o condiciones que estime convenientes, incluso las que le permiten recuperar la cosa¹³; sólo en este sentido nos parece aceptable interpretar el principio de irrevocabilidad en nuestro actual Derecho.

⁸ Por eso pudo alegar el Notario en el caso de la Resolución comentada que «el Código Civil no menciona en el artículo 618 la irrevocabilidad de la donación, ni existe ninguna irrevocabilidad especial sino la general de los contratos a la que remite el artículo 621».

⁹ Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, VIII, 1º, Madrid, 1986, pág. 221.

¹⁰ Donación con reserva de facultad de disponer, AAMN, 1968, págs. 442-443.

¹¹ Un eco de esta opinión aparece en las alegaciones del Notario contra la negativa del Registrador en el caso de la Resolución comentada: «nuestro Código admite la reserva de la facultad de disponer (artículo 639), el pacto de pago de deudas futuras (artículo 642) y por la remisión de los artículos 621 al 1115, es válida la donación bajo condición suspensiva o resolutoria, simplemente potestativa y, más aún, la mixta y, posiblemente, es también válida la donación bajo condición voluntaria rigurosamente potestativa, y dada la especial naturaleza de la donación, es lógico que el Código haya puesto unas causas especiales de extinción en los artículos 644 y siguientes, aparte de la reserva de la facultad de disponer o la revisión (sic) del artículo 641».

¹² Vid. en el sentido anterior, con abundantes referencias doctrinales: RODRÍGUEZ ADRADOS, Donación con reserva de facultad de disponer, cit. págs. 432 y ss.

¹³ Así CRISTÓBAL MONTES, La donación con reserva de disponer, cit., pág. 70; «no cabe otra conclusión que la de que en el ordenamiento hispano, siendo la donación, como cualquier otro contrato, normal o naturalmente irrevocable, nada

2. Nuestra tradición jurídica es favorable a la irrevocabilidad normal y no a la irrevocabilidad específica de la donación.

El pasaje de la Resolución antes citado afirmaba que la irrevocabilidad de la donación seguía siendo un principio general de nuestro Derecho, subrayando implícitamente la continuidad histórica de su vigencia entre nosotros. ¿Cómo fue entendido dicho principio en nuestro Derecho histórico?

A veces, en aparente contraste con la continuidad histórica en el modo de entender el principio, se dice que el precepto del artículo 639 carece de antecedentes en nuestra legislación¹⁹. Esa afirmación debe comprenderse adecuadamente: no existía antes del Código ninguna regla legal que expresamente disciplinara el supuesto, pero la posibilidad no estaba excluida. Si reflexionamos sobre esa falta de antecedentes la razón se nos presenta lógica: una norma permisiva de esa reserva tiene sentido en un sistema en el que la revocabilidad de la donación fuera dudosamente admitida; como en nuestro derecho histórico no se dudó sobre este punto no era necesaria tal regla, que, sin embargo, se adoptó posteriormente cuando, por influencia francesa la cuestión comenzó a estar menos clara. Pero el precepto, aunque inspirado en el Código, establece la solución contraria a éste porque nuestro sistema tradicional era diferente en este punto²⁰.

Entre nosotros, el sentido del Derecho tradicional ha sido permitir que el donante se reservara el derecho a revocar la donación. Por encima de las declaraciones de irrevocabilidad de la donación, que deben entenderse en su correcto significado, resplandecía ya esa posibilidad en los propios antecedentes romanos²¹, y en el Derecho castellano, en un texto tan capital como la Ley 17 de Toro que disponía:

«Quando el padre o la madre mejorare alguno de sus hijos o descendientes legítimos en el tercio de sus bienes, en testamento, o en otra postrimera voluntad, o por otro algún contrato entre vivos, ora el hijo esté en poder del padre que hizo la dicha mejoría, o no, fasta la hora de su muerte la pueda revocar quando quisiere, salvo, si fecha la dicha mejoría por contrato entre vivos, oviere entregado la posesion de la cosa y cosas en el dicho tercio contenidas, a la persona a quien la fiziere, o a quien su poder oviere; O le oviere entregado ante Escribano la escriptura dello; O el dicho contrato se oviere hecho por causa onerosa con otro tercero, así como por vía de casamiento, o por otra cosa semejante, que en estos casos mandamos, que el di-

obsta, empero, a que, mediante la inclusión de la oportuna cláusula, quede en manos del donante el poder de revocarla, destruirla o hacerla económicamente inútil». También señala CASTÁN, Derecho civil, común y foral, IV, cit., págs. 246-247 que no es opuesto a la irrevocabilidad «que pueda la donación, ya perfecta, quedar ineficaz por virtud de causas especiales, que pueden depender de la voluntad de las partes o de la disposición de la ley», en el primer caso, la resolución «proviene del cumplimiento de condiciones resolutorias y no constituye una teoría especial, sino una aplicación de doctrinas comunes a toda clase de contratos». VALLET, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, XI, ed. 1978, pág. 330 acepta que se pueda pactar la revocabilidad en las donaciones inter vivos; también BLASCO, La mejora irrevocable, Valencia, 1990, pág. 100. Últimamente también lo acepta, para las donaciones post mortem, ALBIEZ, Negocios atributivos post mortem, Barcelona, 1998, págs. 125-126, aunque no compartimos su afirmación de que el carácter post mortem presupondría la revocabilidad de esas donaciones.

¹⁹ Así BARRAL VINALS, La reserva de la facultad de disponer en la donación, cit., págs. 107-108.

²⁰ Según CRISTÓBAL MONTES en el artículo 639 no hay «nada de conciliación o compromiso entre los principios de irrevocabilidad y de autonomía privada, sino admisión plena del segundo y arrinconamiento definitivo del primero en la forma que tradicionalmente se ha entendido en relación a las donaciones... El artículo 790 del Codice civile y el 639 del Código civil español no suponen un límite a la autonomía de la voluntad de los particulares, sino meros residuos históricos, debidamente acomodados a las características del sistema en que se insertan, de un régimen de irrevocabilidad que en Italia se ha rechazado y en España nunca se concibió; privados de justificación, en cuanto vienen a repetir de forma defectuosa lo que caracteriza al sistema en general, no sólo son innecesarios sino además contraproducentes, por lo que deberían desaparecer en una futura revisión de los mencionados Códigos»: La donación con reserva de disponer, cit., pág. 157.

²¹ Así en D. 32, 37, 3 donde se calificaba de donación inter vivos a una donación en la que el donante se reservaba el poder de recuperar y disponer de cualquiera de las cosas donadas, ya sea por acto inter vivos o mortis causa.

cho tercio no se pueda revocar, si no reservase, el que lo fizo, en el mismo contrato el poder para lo revocar, o por alguna causa que, según leyes de nuestros Reynos, las donaciones perfectas y con derecho fechas se pueden revocar.

En el pasaje subrayado se encuentra una referencia clarísima a la posibilidad de la reserva del poder de revocar, aunque modernamente no se haya destacado. Quizá esto último obedezca a que la norma da pie a pensar que la reserva del poder de revocar se refería simplemente a la cualidad de mejora atribuida a la liberalidad. Sin embargo, en el Derecho castellano no tenía sentido distinguir entre el acto dispositivo y la cualidad de mejora¹⁷, por lo que nuestros clásicos admitieron fácilmente que la facultad de revocar se refería también a la donación misma, que sería condicional¹⁸.

Por otra parte, no conocemos ningún autor castellano que se sorprendiera, al comentar esta Ley, de la posible reserva por el donante de la facultad de revocar: nuestros clásicos consideraban irrevocable la donación, pero también que se podía pactar lo contrario, sin desvirtuar la naturaleza de la donación *inter vivos*¹⁹.

3. La irrevocabilidad de la donación y las reglas generales de las obligaciones y los contratos.

Frente a la posibilidad de que el donante conserve, una vez realizada la donación, determinadas facultades que puedan llevar a la destrucción de los efectos de la misma, la Resolución alega el artículo 1256 C.c., al que podría añadirse el 1115, que impide que la eficacia de una obligación o del contrato quede al arbitrio del deudor.

La remisión a tales normas se hace sobre la base del artículo 621, pero, tal como reconoce la propia Resolución, ese principio de irrevocabilidad no impide el pacto en contrario, como se manifiesta con toda claridad en el 639 que contempla la donación con la reserva de la facultad de disponer por el donante; y en el 641 que regula la posibilidad de establecer la reversión de la cosa donada en favor del donante «en cualquier caso y circunstancias». Estas dos últimas normas se fundamentan en la idea de

En este sentido, dice VALLET, en relación con el Derecho castellano, que «la revocabilidad o irrevocabilidad de las mejoras va referida tanto al carácter preventivo o bien definitivo de su imputación favorable a quinto y tercio, como de igual modo a la efectividad definitiva de su disposición. Es decir, que o bien hay atribución irrevocable con imputación definitiva a quinto y tercio, o, de lo contrario, no son efectivas ni la imputación ni siquiera la disposición si siendo revocable la mejora es revocada». *Estudios de derecho sucesorio*, IV, Madrid, 1982, pág. 438.

¹⁷ Cfr. DIEGO DEL CASTILLO, *Las leyes de Toro glosadas*, Methymnae Campi, MDLIII, Ley 17, 113 y ss.: «re tradita et ob causam onerosam poterit revocari...donatio est conditionalis», después, confirmando que es la cosa misma la que revierte al donante, señala que el padre no puede recuperar las cosas donadas si no reintegra los gastos causados por las mismas. Podría quizá dudarse de si en esta hipótesis la donación sería *mortis causa* y no *inter vivos*. Según DIEGO DEL CASTILLO en el caso de que el donante recuperara la cosa, el donatario haría suyos los frutos percibidos por lo que, añadimos, estaríamos en distinta hipótesis de la donación *mortis causa* sometida a condición resolutoria, caso en el que las fuentes romanas, la doctrina del Derecho común y ANTONIO GÓMEZ eran concordes en la necesidad de restituir los frutos: por tanto la donación con reserva tenía carácter *inter vivos*. En el mismo sentido que DIEGO DEL CASTILLO: PALACIOS RUBIOS, *Glossae legum Tauri*, Ley 17, LXX y LXXI, en *Opera Varia*, Antuerpiae, MDCXV. Siguen la doctrina de los anteriores MATTIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis legum Hispaniae*, Mantuae Carpentanaeae, MDCXIII, libro 5, título 5, ley 1 (17 de Toro), glosa X, y GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, Madrid, 1896, pág. 493.

¹⁸ Incluso, según nos refiere GUTIÉRREZ, *Códigos*, III, cit., págs. 491 y ss. AZEVEDO y MATTIENZO consideraron que la donación hecha a los hijos, a no ser que mediara tradición, era en sí misma revocable, opinión de la que el propio GUTIÉRREZ participa, por lo que nada puede extrañar el pacto de revocabilidad en el caso en que hubiera mediado tradición.

Sin referencia a nuestra legislación, sino en el marco del Derecho común, algún autor considera posible una donación *inter vivos* revocable por el donante: así, NATTA, *Consiliorum sive responsorum*, Tomo 2, Venetiis, MDLXXVIII, consilium CCLXX, pág. 26.

que el carácter liberal del negocio debe permitir al disponente configurar como deseo los efectos que deriven del mismo²⁰.

Por eso parece contradictorio remitir al artículo 1256 o al 1115 cuando en materia de donación se admite el criterio contrario al que inspiraría a estos preceptos. Bastaría alegar la peculiaridad contractual de la donación y el hecho de que tanto el artículo 1115 como el 1256 responden al funcionamiento de los contratos generadores de obligaciones recíprocas, pero no necesariamente al de donación, por lo que ni siquiera operaría la remisión del artículo 621 a aquellas normas por haber previsión específica en contrario²¹.

Pero incluso se puede, en nuestra opinión, rebatir la objeción admitiendo la hipotética aplicabilidad de ambos preceptos. Para ello hay que distinguir varios casos.

Veamos, en primer lugar, si es posible que una donación se someta a una condición resolutoria rigurosamente potestativa. Estimamos clara la respuesta positiva, sea porque se admite normalmente que una tal condición no incurre en la prohibición de la norma del artículo 1115 C.c., que se referiría tan solo a las condiciones suspensivas²²; sea porque el artículo 641 permite la reversión de la donación en favor del donante dependiendo exclusivamente de su voluntad, lo cual no es otra cosa que someter la donación a una condición de ese tipo²³. También resultaría difícilmente discutible la posibilidad de que

Así BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 115. En el mismo sentido, DIEZ NOGUEROL, *Allegaciones juris*, Lugduni, MDCLXXXIII, *Juris allegatio* XIV, n. 23: «si fuerit facta per contractum irrevocabilem, cum reservatione tamen revocandi, quod possit in totum donationem evertere donator, et excludere donatarium, quia cum a principio fuerit in sua potestate donare, vel non donare, potuit limitare donare cum praedicta reservatione, et ea utens non dicitur fraudem committere».

²⁰ BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 197, explica que la prohibición de la condición rigurosamente potestativa no puede aplicarse a la donación, en virtud de su gratuidad. En el mismo sentido RODRÍGUEZ-ADRADOS, *op. cit.*, págs. 442-443. Algo así alegó el Notario autorizante: «el artículo 1256 del Código Civil establece un principio general de la contratación, que tiene una aplicación específica, en materia de obligaciones, en el artículo 1115, pero tanto el principio general como la previsión especial tienen una excepción en el artículo 639 del Código civil». No obstante, incluso sobre el artículo 1256 se opina que «no cabe decir que prohíbe con carácter general el llamado desistimiento unilateral» aunque «tampoco puede entenderse que está permitido con ese general carácter, incluso aunque se haya pactado la existencia de esa facultad»: así QUINONERO CERVANTES, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, 1º A, Madrid, 1993, pág. 316.

²¹ Según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, 3, Madrid, 1983, pág. 197, nota (2) «se admite sin dificultad la licitud de la condición puramente potestativa, cuando ésta sea resolutoria». La solución ya había sido propuesta por SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, Madrid, 1902, págs. 655-656, siguiendo a ANTONIO GÓMEZ. También afirmativamente: LUNA SERRANO en *Elementos de Derecho civil*, II, 2º, Barcelona, 1987, págs. 204 y ss.; ESPAÑA, *Manual de Derecho civil español*, I, Madrid, 1977, págs. 461-462. No obstante la conclusión ha sido criticada por ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, 2º, pág. 311 y en *Condición, término y modo*, RDN, 1957, págs. 58-59 «tal tesis no parece exacta, ya que el artículo 1115 no distingue, debiendo, por tanto, aplicarse lo mismo a las condiciones suspensivas que resolutorias. Y, por otro lado, la admisión de la condición resolutoria puramente potestativa dependiente del deudor, no tiene en su apoyo sino la consideración, discutible, pero, en todo caso, meramente logicista, de que quien se obliga a partir de cuando quiera, aún no se obliga, mientras que quien se obliga hasta cuando quiera, ya se obliga: luego, en este caso ya hay obligación, y en aquél aún no. Mas, tal consideración logicista -admitido que sea exacta- no puede destruir la realidad de que, prácticamente, tampoco queda sujeto, tampoco queda obligado, quien sólo lo está mientras que quiere, pues su voluntad no queda ligada por algo que le venga impuesto»: en el mismo sentido ÁLVAREZ VIGARAY, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, cit., págs. 78-79.

²² Así, ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 281 y autores allí citados. En este sentido: VALLET, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, págs. 345 y 357 nota 76: el artículo 1115 no sería obstáculo para que la reversión dependiera de una condición puramente potestativa, porque no habría aquí «obligación» ni «deudor», sino revocación de un acto traslativo «que surte sus efectos, mientras la revocación no llegue». ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 280 considera que en este caso no hay una condición potestativa dependiendo de la voluntad del deudor, puesto que el donante es el acreedor. En nuestra opinión este argumento parece destruir el fundamento en el que el autor apoya la inadmisibilidad de las condiciones resolutorias potestativas (vid. *Derecho civil*, I, 2, cit., pág. 311): si aceptamos que el donante no es deudor y, por tanto, no le afecta el artículo 1115, no vemos claro porqué ese mismo argumento no valdría en otros casos de condición resolutoria.

el donante se reservara la facultad de disponer de todos los bienes donados²⁴, puesto que si la Ley permite recuperar los objetos donados para que el donante los haga suyos resultaría inútil impedirle disponer de ellos en favor de otras personas, pues siempre podría recuperarlos para luego disponer.

En segundo lugar, hay que analizar la admisibilidad de la condición suspensiva simplemente potestativa. La doctrina suele admitir que esta condición no se encuentra prohibida por el artículo 1115 C.c. que sólo hace referencia a las condiciones que dependan «exclusivamente» de la voluntad del deudor, por lo que nada impediría la condición que dependa de la voluntad no arbitraria del deudor, es decir cuyos motivos sean legalmente atendibles²⁵. Así, se ha defendido la posibilidad de la reserva por el donante de la facultad de disponer de la totalidad de los bienes donados, pues tal reserva «puede ser una razonable precaución del donante, que quiere regalar, pero duda, por ejemplo, de si podrá necesitar los bienes después»²⁶.

En tercer lugar, la condición suspensiva puramente potestativa estaría, en cambio, excluida por el artículo 1115 C.c. Sin embargo, la doctrina resalta la dificultad de distinguir en la práctica la condición puramente potestativa de la simplemente potestativa²⁷, y no está claro que la condición suspensiva que dependa de la no revocación por el donante, sea una condición de un tipo o de otro: según pensamos más bien parece tener carácter de simplemente potestativa en cuyo caso sería admisible²⁸. Esta admisibilidad puede apoyarse por analogía en el criterio doctrinal y jurisprudencial favorable a la revocabilidad de la reversión de la donación en favor de un tercero. En efecto, en este caso la adquisición del reversionario está condicionada suspensivamente²⁹, y es posible que se haya establecido que el hecho condicional sea la no revocación por el donante³⁰.

²⁴ Por eso ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pág. 259 admite que «Reservada la facultad de disponer de todos [los bienes], si se usa, se habrá deshecho, ciertamente, la donación, pero mientras que no, me parece innegable que hay donación, aunque esté amenazada de la disponibilidad total. Negarlo es como negar que sea donación la donación revocable que aún no se ha revocado, y que si el donante no la revoca valdrá tanto como la irrevocable».

²⁵ En este sentido: SCAEVOLA, *Código civil*, XIX, cit., págs. 652 y ss.; CASTÁN, *Derecho civil español*, 3, cit., págs. 196-197, nota (2); DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, págs. 54-55 y págs. 351 y ss; para este último autor la condición «no invalida la obligación cuando dependa de un complejo de motivos que represente intereses apreciables y que, actuando sobre aquella, influye en su determinación, aunque sean confiados a la valoración exclusiva del interesado» (pág. 352).

²⁶ Así, ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pág. 258. Esta justificación es muy interesante porque está en la base de la motivación del acto gratuito: incluso lleva a CANTERO NUÑEZ y PARDO GARCÍA, *Acercas de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones*, RDP, 1996, pág. 719, a no considerar defendible que se pueda renunciar a la revocabilidad de la designación del beneficiario del seguro en el caso de que esta designación tenga causa gratuita.

²⁷ Dice ALBALADEJO, *Condición, término y modo*, cit., pág. 57 que las condiciones simplemente potestativas son aquellas que «dependiendo de la voluntad del interesado, requieren, no obstante, un acto de éste que no consista sólo en el acto volitivo, es decir, no consista exclusivamente en querer (por ejemplo: si vas a Madrid). Las puramente potestativas, llamadas también condiciones de querer (*si volueris, si volueris*) son las que consisten sólo en querer (manifestado). Mas los actos externos que, prácticamente, no requieren esfuerzo o sacrificio alguno (aunque constituyan, en rigor, algo más que la simple manifestación de querer; por ejemplo: te daré cien, si alzo la mano), hay que considerarlos como casos de condiciones puramente potestativas, pues, si no, se echaría por tierra el fin práctico de la distinción entre éstas y las potestativas»; puede verse también, BELTRÁN DE HEREDIA, *En torno a la condición potestativa*, RDP, 1963, pág. 221.

²⁸ Desde el punto de vista de la voluntad sin duda es distinto considerar completo el acto de donación, salvo revocación, que considerarlo incompleto por haberse establecido la necesidad de una nueva declaración de voluntad por parte del donante. En este último caso la condición es *si volam*, pero no en el primero. En cualquier caso, los efectos de una condición de ese tipo deben buscarse mejor en el artículo 1115 que en el 1256, a pesar de que la Resolución haga lo contrario, por la sencilla razón de que este último precepto «no concreta cuáles son las consecuencias de su infracción»: así QUINONERO CERVANTES, *Comentarios*, XVII, 1.º A, cit., pág. 300.

²⁹ Así ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 1.º, pág. 282 que califica la adquisición del reversionario como condicional.

³⁰ Así lo admite la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1945. La posibilidad de que el donante se reserve esta facultad es independiente de que se considere que la reversión sea o no, por naturaleza, revocable. En este último punto la doctrina discrepa: vid., por ejemplo: ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 1.º, cit., pág. 286; VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pág. 203 y págs. 418 y ss.; SOTO BISQUERT, *La donación con cláusula de reversión en el Código Civil*, RCDI, 1967, págs. 392 y ss.; PONS PÉREZ, *La reversión de donaciones en el Código civil*, RDP, 1957, págs. 1198

III. SI LA RESERVA DEL ART. 639 C.C. PERMITE AL DONANTE RECUPERAR LOS BIENES PARA SÍ

Uno de los puntos fundamentales del caso contemplado por la Resolución es si es posible a través de la reserva del artículo 639 que el donante recupere para sí la cosa donada. Está claro que esa recuperación sería, en general, perfectamente admisible en virtud del artículo 641³¹. Pero la pregunta es si ese efecto se puede deducir de un pacto que invoque solamente el artículo 639, pues en este punto la doctrina se muestra dividida. Para algunos, precisamente en favor propio no se puede ejercitar la facultad del artículo 639, pues eso no sería ya disponer del bien sino establecer la reversión de la donación, lo cual constituye una hipótesis diferente, regulada en el artículo 641³². Por contra, otros, consideran indudable esta posibilidad³³.

En esta discusión interviene activamente la Resolución, subrayando la diferencia que existe entre las instituciones reguladas en los artículos 639 y 641:

«hay que tener presente que, si las partes hubieran querido que el dominio lo recuperaran los donantes, habrían pactado la reversión al donador conforme al artículo 641 del Código Civil, siendo totalmente distinto este pacto de reserva de la facultad de disponer del artículo 639, porque mientras en el primero se prevé expresamente que, ante el cumplimiento de cierta condición o por el transcurso de un plazo, los bienes donados reviertan al donante, en el segundo lo que se pacta es la pérdida del dominio por el donatario, pero no la recuperación del mismo por el donante, sino que la propiedad se transfiera a un tercero. La reserva del 'ius disponendi' presupone la adquisición por un tercero y no tiene sentido hablar de disposición a favor del donante, pues estos términos equivaldrían a los de resolución, revocación o reversión de la donación».

Posteriormente la Resolución continúa:

«los pactos de los artículos 639 y 641 son de interpretación estricta porque ha de presumirse que la voluntad de las partes es el enriquecimiento del donatario, la conclusión ha de ser que no se ha pactado expresamente la recuperación del dominio por los donantes y que no es posible interpretar que, pactada la reserva de la facultad de disponer ex artículo 639, se haya pactado implícitamente la reversión al donador ex artículo 641. Recuérdese que 'cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidas en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar' (artículo 1283 del Código Civil). No debe olvidarse tampoco que la reversión en favor del donador del artículo 641 exige que se haya previsto una condición o un plazo, mien-

y ss.; LACRUZ BERDEJO, *Donaciones con cláusula de reversión*, en Estudios de Derecho civil, Barcelona, 1958, págs. 248 y ss.; NART, *Donación y reversión a personas futuras*, ADC, 1952, pág. 605. Pero incluso PONS PÉREZ, que sostiene a ultranza la teoría de que la reversión no es esencialmente revocable, admite sin dificultad la posibilidad de que la revocabilidad se pacte: cfr. op. cit., pág. 1200.

³¹ El inciso «cualquier caso y circunstancias» del artículo 641 permite llegar a esa conclusión, por ejemplo, a ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 1.º, cit., pág. 281 y autores allí citados. En el mismo sentido: VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 345 y 357 nota 76; BARRAL VINALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 197; y RODRÍGUEZ-ADRADOS, op. cit., págs. 442-443. Por eso no entendemos que la Resolución afirme que la recuperación de la cosa por el donante no puede quedar a su arbitrio. Dice literalmente: «No debe olvidarse tampoco que la reversión en favor del donador del artículo 641 exige que se haya previsto una condición o un plazo, mientras que en el caso planteado la recuperación del dominio por los donantes se habría dejado exclusivamente al arbitrio de éstos».

³² Así RODRÍGUEZ-ADRADOS, op. cit., pág. 455 y BARRAL VINALS, op. cit., págs. 196-197.

³³ Así CRISTÓBAL MONTES, op. cit., pág. 181; ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2.º, cit., pág. 255.

tras que en el caso planteado la recuperación del dominio por los donantes se habría dejado exclusivamente al arbitrio de éstos».

Las palabras de la Resolución nos convencen en el punto de que ambas instituciones son diferentes, lo cual, pensamos, es cierto en abstracto pero no debería impedir que dichas instituciones pudieran coexistir en una donación concreta: la Resolución excluye que esto último suceda en el caso que contempla, pero los argumentos que utiliza para demostrar que esta conclusión deriva de la interpretación del negocio no nos resultan convincentes⁵⁴. Para nosotros, decir que los pactos en los que se acuerda la reversión o la reserva del poder de disponer deben tener una interpretación estricta es hacer supuesto de la cuestión: afirmar la tesis a la que se quiere llegar sin argumentarla desde los datos que brinde la voluntad de las partes en el caso concreto⁵⁵. Desde el punto de vista funcional parece también excesivo fundamentar esa interpretación en la necesidad de enriquecimiento que la donación comporta; pues la opción por una u otra interpretación afecta al enriquecimiento, pero en ningún caso lo excluye⁵⁶. Por otra parte, la solución contraria a la de la Resolución responde probablemente mejor a la causa concreta perseguida con esta donación⁵⁷ y en ese sentido también sería invocable el artículo 1286⁵⁸.

IV. SI ES O NO POSIBLE LA RESERVA DEL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE TODOS LOS BIENES DONADOS

1. Reserva del poder de disposición a través del artículo 639 C.c.

El segundo defecto apreciado por el Registrador se refería a que el poder de disponer se habría ejercido sobre la totalidad de los bienes objeto de la donación y ello no es posible si se interpreta literalmente el artículo 639. La Resolución no resolvió este punto, pues «confirmado el primer extremo de la nota de calificación, es innecesario el examen del segundo extremo de esta nota, ya que se ha formulado con carácter subsidiario para el caso de que no prosperase el primero»⁵⁹; sin embargo a nosotros sí nos interesa entrar en él, por tratarse de una cuestión muy debatida.

⁵⁴ No obstante, lógicamente, la Dirección General pudo tener acceso a datos que quizá resultaran determinantes de la interpretación sostenida y que no recogiera en la Resolución.

⁵⁵ Cuando se habla de interpretación estricta pensamos que se está tomando en cuenta un criterio de interpretación legal para interpretar la voluntad de las partes. Aunque, en principio ambas interpretaciones deben distinguirse, se puede admitir que en el caso está justificado acudir a la interpretación de la Ley porque las partes se remitieron, al fijar su voluntad, a un texto normativo. A pesar de todo es preciso no olvidar que, como advirtió lucidamente DE CASTRO, en la tarea interpretativa el recurso a reglas lógicas debe hacerse con prudencia; dichas reglas «pueden utilizarse a mayor abundamiento o para exorno retórico, pues, en verdad, dan ya por resuelta la cuestión, en cuanto suponen determinada la finalidad de la norma y el carácter del principio que la informa, precisamente lo que justificará la interpretación amplia o restringida de la disposición»: *Derecho civil de España*, I, 2ª ed., Madrid, 1949, pág. 471.

⁵⁶ En ningún lugar del Código aparece la necesidad del mayor enriquecimiento como criterio interpretativo de la donación como parece sugerir la Resolución; si acaso, el criterio que opera en materia de interpretación del contrato es el contrario: así el artículo 1289 C.c. expresivo, según Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1993, pág. 384, de que debe seguirse un criterio restrictivo en la interpretación de la donación; en el mismo sentido LÓPEZ Y LÓPEZ, señala que dicho precepto «muestra un trato de disfavor a los negocios jurídicos gratuitos, que excluye para ellos la tesis del mantenimiento del mayor efecto»; así en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, 2ª, 2ª ed., Madrid, 1995, pág. 50.

⁵⁷ Nos parece que estas palabras del Notario en sus alegaciones lo ponen de manifiesto «no se comprende por qué se admite sin ningún tipo de duda que el donante puede disponer a título oneroso a favor de un tercero a cambio de un precio o contraprestación que hará suyo; y no recuperar para sí o adquirir los bienes que en su día donó».

⁵⁸ El precepto se referiría no sólo a la causa-función sino también a la causa concreta: así Díez-Picazo, *Fundamentos*, I, cit., pág. 378 y LÓPEZ Y LÓPEZ, *Comentarios*, cit., pág. 55.

⁵⁹ Fundamento de Derecho sexto. No obstante nos parece que quizá en el supuesto ni siquiera se había producido un acto dispositivo sobre la totalidad de los bienes objeto de la donación. En este sentido, el Notario autorizante alegó: «Que se está de acuerdo en el sentido de que la reserva no puede afectar a la totalidad de los bienes, pero en este caso la reserva no afecta a todos los bienes donados sino a una tercera parte indivisa de los mismos, concretadas en las fincas adjudicadas a don Adrián de R. y M., al disolverse el proindiviso; y tampoco afecta a un piso sito en Sevilla, también donado a don Adrián».

La admisibilidad de la reserva del poder de disponer de todas las cosas donadas encuentra el principal obstáculo en la propia letra del artículo 639 que aparentemente limita dicha reserva a sólo «algunos de los bienes donados»⁴⁰, aunque también se le opone que si se admite la reserva total no habría donación⁴¹; y que el artículo 639 «amplía la autonomía de la voluntad de los particulares, sin que pueda extenderse más allá de sus límites»⁴².

Sin desdeñar esas opiniones, nos parece más acertada la doctrina que se inclina por la posibilidad de la reserva total⁴³, pues la interpretación literal, a la luz de los antecedentes históricos, no parece determinante⁴⁴, y tampoco es razonable limitar la autonomía de la voluntad en este campo⁴⁵, pues la dona-

⁴⁰ Parte de la doctrina se muestra favorable a la admisibilidad de la reserva sólo parcial para lo que se apoya en la simple literalidad del precepto. Así en Italia, para un precepto similar en este punto, BIONDI, *op. cit.*, pág. 855; y entre nosotros IRURZUN GOICA, La donación con reserva de la facultad de disponer (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código civil), Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio Notarial de Valencia el día 25 de mayo de 1963, Valencia, 1967, pág. 15.

⁴¹ Así MUCIUS SCAEVOLE, Código civil, XI, II, 5ª edición revisada por Ortega Lorca, Madrid, 1945, págs. 837 y ss. «Si la reserva abarcase la totalidad, entonces no habría contrato transmissivo, y, por ende, no habría donación. En su lugar nacería un verdadero usufructo inestable y condicionado, no por la duración de la vida del usufructuario, sino por la libérrima voluntad del donante que, en uso de su derecho, dispusiese de los bienes a los cuales se extendiese la reserva». El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 7 de julio de 1978 participa de esta visión, pues habla de «la incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria, de la reserva de «todos» los bienes que fueran donados». Nos parece que esta postura depende demasiado del concepto «irrevocable» de la donación y de la necesidad de transmisión inmediata, ideas que no están acogidas en nuestro ordenamiento. Vide: BARRAL VINALS, La reserva de la facultad de disponer en la donación, cit., págs. 189-190, que refuta a Scaevola fundándose en la naturaleza transmissiva de la donación: «la donación vincula al donante porque el donatario adquiere la propiedad de los bienes y el donante adquiere una legitimación indirecta para disponer de ellos»; vid. también DIEZ-PICAZO, El «minus donandi», cit., págs. 329-330; DIEZ-PICAZO y GUTLÓN, Sistema de Derecho civil, II, Madrid, 1993, pág. 354: «La reserva alcanza a «algunos» bienes, por lo que parece que no a todos, y si hay un único bien, no hay posibilidad de ella (S. de 7 de julio de 1978). Se dice que de lo contrario no habría propósito de donar, pero si tenemos en cuenta que el Código Civil se aparta del modelo francés, en el que rige desde su Derecho antiguo la regla *donner et retenir ne vaut*, no hay razones para negar la posibilidad de una reserva del total».

⁴² Así, RODRÍGUEZ ADRADOS, Donación con reserva de facultad de disponer, cit., pág. 458. Si no entendemos mal ello supone solver al argumento literal, porque en buena técnica tendría que ser la «limitación» legal a la autonomía de la voluntad la que constara claramente.

También se muestra en contra de la reserva total, SANTOS BRIZ, Derecho civil, teoría y práctica, IV, Madrid, 1973, págs. 148-149.

⁴³ En Italia, para un precepto similar, la doctrina ha discutido sobre el particular: puede verse a favor de la reserva total: TORRENTE, La donazione, en Trattato di Diritto civile e commerciale de Cicu-Messineo, Milán, 1956, pág. 466, y en contra BIONDI, Le donazioni, en el Trattato di Diritto civile italiano de Vassalli, Turín, 1961, pág. 855.

⁴⁴ Analizando el origen histórico del término «algunos» concluyen BARRAL VINALS que la reserva total es posible. Así en: La reserva de la facultad de disponer en la donación, cit., págs. 186-187: «en el ámbito del *donner et retenir ne vaut*... sólo puede plantear dudas de validez una donación en la que el donante retiene una parte; si la reserva es total, el efecto dispositivo se anula totalmente y sin lugar a dudas. En cambio la doctrina se plantea el caso de la reserva parcial para decidir si la donación es nula por el todo o sólo en la parte de la reserva». Por eso el precepto del Código que inspira nuestro artículo 639 se refiere sólo a la reserva parcial, y resuelve en el sentido de la nulidad parcial de la donación. Sigue diciendo la autora que «en el marco de libre configuración del título por parte del donante que rige en nuestro ordenamiento, el artículo mantiene la misma expresión, pero el problema que resolvía en Derecho francés ha dejado de ser relevante. Por ello, ceñirse al tenor literal «alguno o algunos» aporta poca luz sobre la solución que debe adoptarse en relación a la reserva total». Dudan de que la literalidad nos lleve a la correcta solución: GARCÍA GARCÍA, Comentario a la Sentencia de 7 de julio de 1978, RCDI, 1980, págs. 122ff y ss. y CASTILLO TAMARIT, Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legitima, ADC, 1982, pág. 356.

⁴⁵ Así, CRISTÓBAL-MONTES, La donación con reserva de disponer, cit., 1971, págs. 157-158: El artículo 639 del Código civil «no supone un límite a la autonomía de la voluntad de los particulares (...) nada obsta, dado que no hay prohibición, a que éste (el donante) se reserve la facultad de revocar la donación en parte, mediante la disposición de alguno de los bienes comprendidos en ella o de una suma de dinero, o en su totalidad, mediante la disposición de todos los bienes o de su íntegro valor; esto es, a que se excluya mediante la oportuna cláusula la irrevocabilidad normal o natural de la donación».

Según ALBALADEJO, Comentarios, VIII, 1º, cit., págs. 257 y ss. la regla no sería imperativa, ya que este carácter no se debe presumir, en principio la voluntad de las partes es soberana según dispone el artículo 1255, y la reserva puede estar justificada para el donante que no sabe si posteriormente a la donación puede necesitar los bienes, aunque desee donarlos ya. Para él la expresión «algunos» del artículo 639 probablemente significa referencia al caso normal. En contra de esta última apreciación BARRAL VINALS, La reserva de la facultad de disponer en la donación, cit., pág. 187.

ción es útil al donatario aún con la reserva total³⁰. Además los principios que inspiran nuestro ordenamiento se apartan del aforismo «donar y retener no vale»³¹, por lo que en otros casos análogos el Código resuelve en favor de la validez de la donación³².

A pesar de todos estos argumentos, el Tribunal Supremo no parece admitir la posibilidad de la reserva del poder de disposición sobre la totalidad de las cosas donadas, por lo que declara la nulidad de la donación en estos casos. Al respecto se pueden considerar las Sentencias de 28 de abril de 1975³³, de 7 de julio de 1978³⁴ y de 9 de junio de 1995³⁵. En nuestra opinión, en la Sentencia de 28 de abril de

³⁰ Así LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, volumen 3.º, Barcelona, 1986, págs. 165-166 «el contrato es útil al donatario, quien retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve». En el mismo sentido ALBALADEJO, loc. cit.

³¹ Así Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, pág. 354 y ALBALADEJO, loc. cit.

³² Para ALBALADEJO, loc. cit., en la donación con carga el valor del gravamen puede absorber absolutamente el de la donación y en el art. 639 el donante se puede reservar disponer de una cantidad con carga a la totalidad del valor de los bienes, por lo que no parece razonable imponer una solución diferente al caso en que se reserve el poder de disposición sobre los propios bienes.

³³ El donante había abierto a nombre de su sobrino dos cartillas de ahorro, reservándose la facultad de disponer de ellas sin traba ni limitación alguna. El Tribunal Supremo, confirmando el criterio de la Audiencia, señaló que «aunque se hubiese demostrado que el demandante no se había reservado la libre disposición de dichas imposiciones, y que, por tanto, hubiese habido animus donandi...aún en esos hipotéticos supuestos, se trataría de donaciones mortis causa que, para su efectividad requerirían haberse constituido con las formalidades de los testamentos «que no ofrecen» y serían esencialmente revocables».

³⁴ El caso era el siguiente: la madre de los donatarios, separada de su marido, donó a sus hijos varios de sus bienes, sobre algunos se reservó la facultad de disponer, y sobre otros varios de los donatarios le concedieron la facultad de administrar y disponer durante cuarenta años. El Tribunal Supremo entendió que «la llamada donación no tiene de tal sino el nombre, puesto que la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes que dijo donar, ya que conservaba no sólo el disfrute de los mismos, sino que también la administración y disposición durante un plazo de cuarenta años, que teniendo presente su edad (> 70 años) significa que lo era de por vida y que la dicha donación sólo después de la muerte de aquella podría ser efectiva. conclusión esta que no se desvirtúa por la circunstancia de que al producirse la reconciliación de los padres de los actuales recurrentes, en septiembre del mismo año 1973, éstos el día 23 de dicho mes, revocasen el poder concedido a la donante, pues en virtud de la conexión y unidad de los dos actos del 27 de julio, implicaba tanto como dejar sin efecto jurídicamente al primero, es decir, el aparentemente aislado de donación... la donante no tuvo nunca de verdad el indispensable 'animus donandi' propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y esa fue su voluntad, no fue realizar un auténtico contrato de donación... la finalidad concreta, «el propósito negociado de las partes litigantes, era el de sustraer de la sociedad legal de gananciales, los frutos de los bienes parafernales objeto de la donación, para que el marido no pudiera administrarlos» lo que sin duda debe reputarse como una finalidad contraria a la Ley, ajena a la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación».

³⁵ El demandado sostenía que determinada donación era nula por ser «mortis causa», por lo que precisaba haber sido formalizada en testamento, ya que en ella el donante se reservó la facultad de disponer de la finca por cualquier acto de disposición o gravamen sin necesidad de recabar el consentimiento del donatario. También se imponía al donatario la prohibición de realizar actos de enajenación o gravamen sin contar con el permiso del donante.

La Sentencia del Tribunal Supremo sostuvo: «el donante sin necesidad de consentimiento del donatario se reserva la facultad de disponer de la finca donada para cualquier acto de enajenación y gravamen y en cualquier tiempo respecto de la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedará revocada la donación; además, el donatario no podrá enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con autorización expresa del donante. Dados estos términos literales ha de considerarse acertada la declaración de la Sala «a quo» de que se trata de una donación «mortis causa», en cuanto sólo ha de tener efectos después de morir el donante, conclusión a la que se llega si el donatario no puede disponer en forma alguna de la finca donada. Se acomoda pues tal calificación jurídica a lo dispuesto en el artículo 620 del Código Civil, pues lo que caracteriza definitivamente a las donaciones con finalidad «mortis causa» es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante la cosa donada y su falta de intención de perderla en caso de vivir, determinando que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa donada, ni siquiera difiere la transferencia a plazo que pueda transcurrir mientras viva, sino que fija para el efecto de la donación la época o momento de su fallecimiento, disponiendo así para después de su muerte de algo que le pertenece. Estas declaraciones de la Sentencia de 24 de febrero 1986, se ajustan con precisión al supuesto de hecho ahora contemplado, criterio seguido también por la Dirección General de los Registros en su Resolución de 21 de enero 1991, y en otras sentencias anteriores. Y siendo ello así, a ello no se opone el artículo 639 ni los demás invocados, toda vez que lo acreditado evidencia que el donante se reservó desde luego la facultad de disponer de los bienes donados. Y todo ello lleva consigo la sujeción de la donación a las disposiciones de última voluntad, sin cuyo cumplimiento, como ha declarado esta Sala reiteradamente, la donación «mortis causa» no es válida (Sentencias de 4 de noviembre 1926, 8 de julio 1943, 29 de octubre 1956, y otras). En definitiva se llega a la conclusión de que la donación discutida en el presente motivo carece de validez. (...) Sostiene este motivo que se trata de una donación bajo una especial condición resolutoria, condición que se dice no ser dependiente de la voluntad del donante. Parte el motivo de que la donación cuestionada se halla disciplinada por el artículo que se invoca, en cuyo supuesto de hecho (mera donación con

1975 la solución práctica era justificable no porque la pretendida donación contraviniera el artículo 639 C.c., como parece deducirse de la Sentencia, sino porque faltaba la voluntad de donar⁵²; en cambio, las Sentencias de 7 de julio de 1978⁵³, y de 9 de junio de 1995 sostienen con toda claridad la doctrina de la que aquí discrepamos. Solución favorable a nuestra tesis derivaría, en cambio, de la Sentencia de 30 de noviembre de 1987, que no se cuestiona la validez de la donación⁵⁴.

A pesar de la Jurisprudencia en contra, pensamos que está mejor fundada la tesis que hemos defendido de que no son nulas las donaciones en las que el donante se reserve, por cualquier medio, facultades de disposición sobre la cosa. En este sentido estamos de acuerdo con Barral Viñals en que la finalidad del artículo 639 C.c. al incluir la expresión «algunos de los bienes» es la de exigir la determinación de los que resultan afectados por la reserva, pero no la de limitar la posible extensión de ésta⁵⁵.

2. Donaciones acompañadas del apoderamiento en favor del donante para disponer de las cosas donadas.

En la práctica esta fórmula es un modo de evitar el artículo 639 que resulta arriesgado en razón de las dudas interpretativas existentes sobre su alcance. Sin embargo, si se interpreta que en el artículo 639 no cabe la reserva total, estos negocios pudieran estimarse concluidos en fraude a la ley, constitutivos de donaciones *mortis causa*⁵⁶, y realizados sin voluntad de donar⁵⁷.

facultad de disponer no se halla incluida la que se discute, pues dicha facultad reservada no se ha limitado a algunos de los bienes donados y no cabe prescindir con rotundidad de la posición jurídica del donante (sic) hasta su muerte tal como se declara sin duda alguna en la escritura de donación. Cabe, por consiguiente, aplicar al presente motivo el razonamiento expuesto para el anterior, con lo que también debe ser desestimado».

⁵² BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 133, nota 403 considera incomprensible que la Sentencia diga que no hay *animus donandi* porque existe la reserva del poder de disponer de todos los bienes. Quizá habría que pensar que la Sentencia utiliza la idea de *animus donandi* «para calificar supuestos concretos que se presentan como dudosos»; es decir, no se usa la noción de *animus donandi* en el sentido de «espíritu de liberalidad», sino como «una manera de poner en juego la regla de interpretación de los contratos según la voluntad de los contratantes»; las expresiones son de DÍEZ-PICAZO, *El «animus donandi»*, cit., pág. 327. En concreto, en relación al caso, el Tribunal Supremo trataría de dar contenido preciso al contrato bancario mediante el cual el titular de los fondos los deposita a nombre de otra persona; en nuestra opinión ese solo hecho no implica donación alguna, por eso estimamos correcto el resultado práctico de la Sentencia, aunque no su argumentación.

⁵³ Está comentada por GARCÍA GARCÍA, en RCDE, 1980, págs. 1212 y ss. Sobre ella, vid. DÍEZ-PICAZO, *El «animus donandi»*, cit., págs. 305 y ss. Se ha dicho que esta Sentencia declara la nulidad de la donación por otras causas diferentes a la inadmisibilidad de la reserva sobre el total; así ALBALADEJO para quien si el Tribunal Supremo se inclinó «por la posibilidad de la reserva solo parcial... tal criterio lo mantuvo *obiter dictum*, y no como fundamento del fallo, en caso en que se estimó la nulidad de la donación por otras razones»; *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 259; y LACRUZ quien dice que el Tribunal Supremo no sostiene que la reserva total sea nula sino que falta el *animus donandi*; *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3º, Barcelona, 1986. En realidad el Tribunal Supremo, respondiendo a uno de los motivos de casación, señaló literalmente que «no se logra desvirtuar la interpretación de ésta [la Sentencia recurrida] de que el referido precepto [art. 639] permite sólo la reserva de «algunos de los bienes» donados y la incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria, de la reserva de «todos» los bienes que fueron donados».

⁵⁴ En el caso contemplado se donó la nuda propiedad, y los donantes se reservaron no sólo el usufructo, sino también el poder de disposición, y prohibieron disponer a los donatarios; además de imponerles a estos el deber de prestar alimentos a los donantes. Dijo, entre otras cosas, la Sentencia: «A) Partiendo a título de mera hipótesis discursiva de que el contrato cuestionado fuere de donación y no de «resolutorias» las condiciones impuestas, respecto de las cuales ni las partes ni la sentencia impugnada niega tal cualidad; B) A su vez...es lo cierto que mientras durante la pendencia de las «suspensivas» el negocio afectado por la *conditio* no produce el efecto querido y si únicamente una expectativa que se traducirá en plena efectividad cuando aquélla se realiza, tratándose de las «resolutorias», en la fase de pendencia los efectos del contrato se producen desde el momento de su celebración para extinguirse si la *conditio* se cumple, lo que en este caso no ha acontecido; C) Consiguientemente, aun estimando como hace la sentencia impugnada y a título de mera disquisición que el negocio jurídico discutido fuera una donación y no un «contrato de vitalicio», su naturaleza sería la de una *donatio inter vivos* y por tanto su validez y eficacia evidente».

⁵⁵ Así, en *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 188.

⁵⁶ Así en la Sentencia de 19 de junio de 1956: se discutía entonces la validez de un contrato de compraventa de ciertos inmuebles, con reserva del usufructo, realizado en escritura pública. A los pocos días el comprador había conferido a la

En nuestra opinión el simple otorgamiento de un poder de disposición en favor del donante no prueba la inexistencia de donación, ya que dicho poder no permite al apoderado hacer suyo el producto de la venta, sino que está obligado a restituirlo y dar cuenta de su cometido al poderdante⁵⁸.

Además, como el mandato es revocable esencialmente, el donatario podría burlar con facilidad la finalidad del donante, a menos que la donación se entendiera condicionada a la subsistencia del poder de disposición. La jurisprudencia se hace eco de algún caso en el que la donación resultaba expresamente condicionada a esa subsistencia⁵⁹; sin embargo los supuestos más abundantes son aquellos en que, no existe dicha condicionalidad expresa sino la simple conexión temporal entre ambos contratos. La jurisprudencia suele rechazar que esta conexión implique el condicionamiento de la donación a la subsistencia del poder⁶⁰, pero no excluye que esas circunstancias, debidamente probadas, permitan discutir la validez de la misma⁶¹.

sendedora poder de disposición sobre los bienes. Fallecida esta, sus herederos impugnaron la compraventa por simulación, lo que la Audiencia estimó, pero sosteniendo que el contrato encubría una donación válida. El Tribunal Supremo rectificó esa posición y consideró que la donación se habría realizado por causa de muerte pues el pretendido donante conservó mediante el poder la libre disposición de la finca, por lo que se impone la aplicación de las reglas de la sucesión testamentaria y por tanto la necesidad de testamento para otorgarla.

⁵⁸ La Sentencia de 7 de julio de 1978 indicó que la conexión de la donación y el otorgamiento del poder significa la inexistencia de *animus donandi*.

⁵⁹ Así la Sentencia de 24 de diciembre de 1993: el otorgamiento del poder de disposición en favor del donante no significa que la donación pueda quedar sin efecto, porque el mandatario habrá de restituir el precio de la venta y dar cuenta de su gestión al mandante.

⁶⁰ Es el caso de la Sentencia de 30 de noviembre de 1987.

⁶¹ Así la Sentencia de 17 de julio de 1995. El demandante, luego recurrente en casación, había realizado en 1988 una donación de varios inmuebles en favor de su única hija, a la que después demandó. El mismo día de la formalización de la donación, pero en distinto documento, la donataria había otorgado en favor de su padre un poder para la administración y disponibilidad de los bienes donados, que revocó a los pocos días.

El demandante entendía que la donación no era pura, tal como declararon sucesivamente todos los Tribunales que conocieron del caso, sino modal o condicionada al otorgamiento y mantenimiento del referido poder. Para el Tribunal Supremo: «hay que atender al documento público que contiene la donación y el mismo es bien claro y expresivo en cuanto hace constar que tal acto dispositivo fue otorgado en forma total, absoluta, gratuita e irrevocable, como anticipo de legítima, sin que el donante impusiera ninguna condición ni carga de clase alguna a la donataria. En consecuencia, nos encontramos ante un acto de pura liberalidad de padre a hija, debidamente aceptado (artículos 629 y 633 del CC) y que opera como transmisor de la titularidad dominical que el cedente tenía sobre los bienes objeto de la donación (artículo 618 del CC, en relación al 609), en cuanto representa una efectiva atribución patrimonial gratuita que favorece y enriquece a la que la recibe y cuya causa hay que referirla a la liberalidad del que transmite sus bienes de esta manera, autorizado por la ley (artículo 1274 del Código Civil).

Las condiciones que se imputen en la donación y que, en la más depurada técnica civil y jurisprudencial, conforman efectivas obligaciones para el donatario, han de reflejarse convenientemente, pues se imponen y exigen necesaria precisión en escritura pública, rigiendo normalmente la unidad del acto, ya que, en otro caso y sobre todo cuando se da ausencia de la misma, que es el presente supuesto, se haría muy difícil fijar la relación entre imposición de cargas y su cumplimiento, porque si aquéllas no se expresaron, difícil se presenta alcanzar su falta de observancia y contravención por el beneficiario del acto dispositivo a su favor.

De esta manera cualquier acuerdo privado que pudiera incidir, necesita en todo caso una prueba cumplida y determinante para posibilitar discutir sus consecuencias e incidencias a efectos revocativos, lo que en el supuesto de autos no ha tenido lugar y así la sentencia recurrida lo recoge, ya que parte de la categórica conclusión de que, dados los términos en que fue redactada la escritura que recoge la donación controvertida, no contiene condición alguna y ello hay que entenderlo con independencia de la coincidencia de fechas de la escritura de donación y de apoderamiento general. Tal como se otorgaron, expresan actos jurídicos independientes y autónomos, a los que les asiste la condición de revocables (artículos 644 y siguientes del Código Civil para las donaciones y 1732.^{1º} respecto al poder).

⁶² Así la Sentencia de 17 de julio de 1995: «cualquier acuerdo privado que pudiera incidir, necesita en todo caso una prueba cumplida y determinante para posibilitar discutir sus consecuencias e incidencias a efectos revocativos, lo que en el supuesto de autos no ha tenido lugar». En la Sentencia de 14 de mayo de 1987, se alegaba que una donación, configurada documentalmenete como pura e incondicional, respondía a la voluntad expresa, pero verbal, de constituirse con reserva de disponer por los donantes y con derecho de reversión. El Tribunal Supremo estimó que el «requisito formal abarca todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión que, como una cláusula más del contrato, está sometido a sus mismas exigencias solemnes». De todos modos el Tribunal de instancia no dejaba de reconocer que se podía «estar ante un supuesto de nulidad absoluta por falta de causa» aunque no pudo entrar en el problema por no haber sido pedido por los actores.

No obstante, las cosas pueden ser diferentes si las partes declaran irrevocable el poder, o si éste se considera naturalmente irrevocable en estos casos. Es sabido que la conclusión más segura en cuanto a si es factible declarar irrevocable el mandato suele ser afirmativa⁶², aunque a veces esta cuestión se implica incorrectamente con la de la irrevocabilidad «natural» del mandato⁶³.

En la Sentencia de 24 de diciembre de 1993⁶⁴, el Tribunal Supremo entendió que el pacto de irrevocabilidad del mandato no impedía su revocación⁶⁵. No obstante, cabría preguntarse si supuestos como el presente, en que el mandato y la donación se encuentran claramente relacionados, no podrían dar lugar a un mandato naturalmente irrevocable⁶⁶. A este respecto, podría entenderse que en estos

⁶² Cfr. GORDILLO CAÑAS, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 1585; id., *La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*, Sevilla, 1978, págs. 113 y ss.; LEÓN-CASTRO ALONSO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XXI, 2º, Madrid, 1986, págs. 522 y ss.; allí más referencias bibliográficas.

⁶³ Según GORDILLO CAÑAS, *Comentario*, cit., pág. 1585 «en el planteamiento común, marcadamente en el de la jurisprudencia, la admisibilidad del pacto de irrevocabilidad se mezcla o entrecruza con el tema del mandato irrevocable por su propia naturaleza. Son cosas distintas: ni el mandato irrevocable exige, para serlo, el pacto en tal sentido, ni el pacto de irrevocabilidad hace irrevocable el mandato puro. En cuanto a lo segundo es claro que tal pacto limita su eficacia a fundamentar un derecho a indemnización en caso de revocación extemporánea o injusta».

⁶⁴ La donación se había realizado por la madre de la demandada, con intervención de su marido, y consistía en varias fincas privativas de la donante, sobre las cuales se reservaba el usufructo vitalicio, que atribuía al marido en caso de que le sobreviviera. En la misma fecha y ante el mismo Notario, la donataria otorgó en favor de sus padres un amplio y general poder en el que entre otras cosas dispuso «que conjunta y separadamente puedan cualquiera de ellos y respecto de cuantas fincas le pertenezcan a la poderdante por donación de sus dichos padres, ejercitar con entera libertad... comprar y vender por precio concertado, de contado o aplazado, permutar y por cualquier título onerosa enajenar y adquirir bienes muebles e inmuebles... la poderdante renuncia a revocar el presente poder y mandato». Posteriormente la donataria revocó el poder, y concedió a un tercero una opción de compra sobre algunos bienes. La donante demandó por entender que en las donaciones había existido dolo o engaño y que estaban condicionadas a la subsistencia del referido mandato. La Audiencia, revocando la Sentencia de primera instancia, consideró que las donaciones fueron simuladas absolutamente, pronunciándose que el Tribunal Supremo casa, declarándolas válidas.

⁶⁵ A tenor de la Sentencia: «Dando por sentado que la irrevocabilidad del mandato, no obstante su normal esencia de revocable, es admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución y cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados (...), ninguno de dichos supuestos se dan en el presente caso litigioso, pues en el poder a que se refiere este proceso, después de manifestar la poderdante en su encabezamiento que lo otorga para que sus padres «conjunta y separadamente puedan cualquiera de ellos y respecto de cuantas fincas le pertenezcan a la poderdante por donación de sus dichos padres, ejercitar con entera libertad las siguientes»; y a continuación, en un impreso (que es el integrador de la escritura de apoderamiento) se hace una extensísima y general relación de facultades, la mayoría de las cuales... no guardan relación alguna con los bienes donados -tales como administrar bienes muebles (los donados eran inmuebles), aceptar puramente o con los beneficios legales, renunciar o manifestar herencias y legados, practicar o aprobar particiones hereditarias y de comunidades matrimoniales de bienes, ejercer el comercio...; pero ni se expresa en el mismo cuál sea la finalidad concreta que pueda justificar su irrevocabilidad, ni tampoco se desprende, ni siquiera indiciariamente, de esa general y extensísima relación de facultades conferidas, que alguna de ellas responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados los mandatarios o terceras personas, por lo que carece de sentido el mantenimiento «sine die» de la irrevocabilidad del expresado poder genérico».

A nuestro juicio la interpretación del sentido del mandato resulta sorprendente, pues era evidente la conexión del mismo con otro contrato, pues se declara expresamente que la poderdante lo otorga para que sus padres «conjunta y separadamente puedan cualquiera de ellos y respecto de cuantas fincas le pertenezcan a la poderdante por donación de sus dichos padres», ejercitar una serie de facultades. Esta declaración principal fija el objeto material sobre el cual pueden ejercitarse las facultades conferidas por el mandato: sólo en relación con las cosas donadas, por lo que, en contra de lo sostenido por la Sentencia, ahí podía buscarse, como hizo la Sentencia casada, la razón de la irrevocabilidad del mandato. Contra esta consideración, que tiene una relevancia interpretativa importantísima, asume escasa importancia el hecho de que las facultades otorgadas por el mandato vengan recogidas en un impreso en el que se mencionen ciertas facultades que difícilmente se pueden ejercer sobre los bienes donados, pues claramente se aprecia que ello puede ser perfectamente achacable a negligencia de las partes al utilizar un formulario genérico.

⁶⁶ De esa manera se solucionaría el problema creado por los casos en los que siendo simultánea la donación y el poder, las partes no han condicionado expresamente la subsistencia de la donación al mantenimiento del poder.

casos el mandato existe no sólo en interés del mandante, sino también en el del mandatario, y que forma parte de otra convención...

V. LA DONACIÓN CON RESERVA POR EL DONANTE DEL PODER DE DISPOSICIÓN EN LAS DONACIONES NO INMEDIATAMENTE TRANSMISIVAS Y EL PROBLEMA DE LAS DONACIONES «MORTIS CAUSA»

La Resolución a la que nos venimos refiriendo, deja sentado que «la donación real de bienes es un acto de liberalidad (artículo 618 del Código Civil), por el que el donante se desprende del dominio que pasa a ingresar en el patrimonio del donatario». Sin necesidad de salir del ámbito de la donación real, nos quedaría la duda de qué sucedería si la reserva de la facultad de disponer por el donante se ha adoptado en una donación cuya transmisión esté condicionada.

La admisibilidad de la reserva por el donante del poder de disponer de los bienes donados, en el caso de donaciones en las que la transmisión esté resolutoriamente condicionada, parece fácil de demostrar, porque parece ser la hipótesis normal en la que el artículo 639 está pensando. A este respecto algunos autores indican que la facultad que se reserva el donante tiene un alcance resolutorio de la transmisión⁶⁷. ¿Y si la transmisión está condicionada suspensivamente? Los autores que tratan este tema lo hacen intentando dilucidar la naturaleza de las donaciones contempladas por el artículo 639, como si sólo pudieran ser de un tipo, y hay quienes piensan que el artículo 639 necesariamente se refiere a una donación suspensivamente condicionada⁶⁸. En el fondo la discusión sobre la naturaleza de la donación a la que se refiere el artículo 639 nos parecería desenfocada si con ella se pretendiera excluir del ámbito del precepto algún tipo concreto de donación, pues la Ley no distingue... En realidad la cuestión que nos interesa es otra: si pueden las partes configurar como quieran un negocio en el que el disponente se

⁶⁷ Cf. GORDILLO CAÑAS, loc. cit.; LEÓN CASTRO, op. cit., págs. 526 y ss.

⁶⁸ Así LACRUZ, Ejemplos, II, 39, cit., págs. 165-166 cuando entiende que «aunque el precepto no contempla la reserva relativa a todos los bienes donados, cabe defender su posibilidad al amparo del artículo 1255 Cc: en todo caso el contrato es útil al donatario, quien retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve». En el mismo sentido ALBALADEJO, Comentarios, VIII, 19, cit., págs. 257 y ss. La RDGRN de 23 de octubre de 1980 también estima que la facultad de disponer tenía un alcance resolutorio en el caso de que trató, pero no excluye que en otra hipótesis pudiera tener naturaleza suspensiva. Así también el Notario autorizante: «... que es necesario determinar la naturaleza y el carácter de la facultad de disponer que el donante puede reservarse. Que la mayoría de la doctrina considera que es una donación sujeta a condición resolutoria, tesis acogida por la Resolución de 23 de octubre de 1980...».

Vid. un elenco de estas opiniones y sus argumentos en BARRAL VINALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., págs. 130 y ss. La solución es, al menos, discutable para DIEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, pag. 353: quienes debaten si «la facultad de disponer de alguno de los bienes ... puede configurar la donación como condicional, bien en forma suspensiva, bien resolutoria, o es una causa de revocación ... La redacción del artículo 639 da idea de que el querer del donante ha sido transmitir al donatario, no subordinar esa transmisión al evento de que no disponga. Tampoco parece que quiera la resolución del negocio de donación si lo hace, borrando las consecuencias de lo acaecido hasta entonces (restitución de los frutos percibidos por el donatario, etc.). Por eso la situación guarda una mayor analogía con la revocación de la donación, aunque también es dudoso que el Código civil haya pensado en ello, porque la revocación es una acción que tiene por objeto que el donatario devuelva la cosa donada; es una mera obligación que surge para él del hecho de la revocación, por lo que el donante no podría disponer hasta que la cumplese. En cambio, en la figura en estudio, el donante puede disponer directamente de la cosa que pertenece al donatario.»

⁶⁹ Pudiera argumentarse, en este sentido, subrayando la dicción del precepto: «si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado», e interpretándola como que no es hasta el momento de la muerte cuando el donatario hace suyos los bienes. BARRAL VINALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pag. 131, por el contrario, entiende que la utilización en nuestro artículo 639 del tiempo futuro «pertenecerán» responde a la tradición literal del artículo 1086 del *Code*: «et en cas que le donateur, par contrat de mariage, se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation de ses biens présents, ou d'une somme fixe à prendre sur ces memes biens, l'effet ou la somme, s'il meurt sans en avoir disposé, seront censés compris dans la donation, et appartiendront au donataire ou à ses héritiers». Para la autora el hecho de que se diga que los bienes sobre los que existe la reserva «seront censés compris dans la donation» demuestra que se entienden donados desde el momento en que la donación se produce y, en consecuencia, el uso del futuro pertenecerán «no indica el momento de eficacia de la atribución patrimonial ... sino que establece el destino de los bienes al final del período de ejercicio de la facultad de disponer por parte del

reservara la facultad de disponer, y si pueden convenir esas mismas partes que la donación asuma el régimen del negocio condicional, con condición suspensiva o resolutoria, y qué límites tendrían.

La donación cuya validez sería más discutible es la que fijara como momento de la transmisión la muerte del donante. Según Manresa «si los bienes sobre que quedó reservado el derecho siguen en poder del donante, en realidad no existe donación entre vivos, pues no produce efectos, ya que ni el donatario disfruta los bienes, ni el donante se desprende irrevocablemente de ellos, pues el poder disponer durante su vida equivale a poder revocar por su sola voluntad hasta el momento de su muerte»⁷¹.

La materia nos conduce a la admisibilidad o no en el Derecho actual de las donaciones mortis causa, materia cuya solución apenas puede apuntarse porque su completo tratamiento exigiría un espacio del que aquí no disponemos. Baste ahora decir que el artículo 620 C.c. se considera como el punto de llegada en la evolución histórica de las donaciones «mortis causa» y ha sido valorado en nuestra doctrina civilista de muy distinta manera: para la communis opinio no obstante «por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones mortis causa, pero éstas han sucumbido en nuestro Código civil, porque sólo podrían vivir como donaciones y en el campo de las donaciones no hay, en rigor, cabida para ellas. Ciertamente las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una escuela mortuoria. Su naturaleza mortis causa está pidiendo imperiosamente para ellas, no sólo el régimen, sino incluso la forma de las disposiciones testamentarias»⁷².

Pero, ¿qué donaciones son esas que han desaparecido?: o mejor, ¿cuáles, de entre las donaciones mortis causa han desaparecido? En este punto las cosas sería preciso hacer una alusión al precedente representado por el Proyecto de 1851 que en su artículo 942 permitía las donaciones «para después de la muerte del donador» si se referían a una cosa específica, pero si eran de cosa fungible o de una cuota del patrimonio del donante, debían hacerse ateniéndose a la forma del testamento⁷³. La justificación de

donante». Sin embargo, su argumento no es concluyente porque el efecto jurídico de considerar los bienes comprendidos en la donación se proclama en el precepto francés una vez cumplida la condición (si il meurt sans en avoir disposé). lo que podría indicar que la solución se justifica por el hecho de que la condición suspensiva de dar tiene efecto retroactivo (vid. al respecto nuestro art. 1120 C.c.). Pero además se vuelve contra su argumento el hecho de que nuestro artículo 639 omite unas palabras del precepto francés esenciales para su razonamiento: les biens (sobre los que se establece la reserva)... seront censés compris dans la donation.

En cualquier caso no creemos que el artículo 639 C.c. imponga una determinada naturaleza a la donación con reserva, sino que es ampliamente permisivo en cuanto a los tipos de donación en los que la reserva puede pactarse.

⁷¹ Comentarios al Código civil español, Tomo V, Séptima edición, corregida, aumentada y puesta al día por Pascual Marín Pérez, Madrid, 1972, sub. art. 639, págs. 224-225. Sin embargo, cierta contradicción se advierte entre esa afirmación y la que hace en pág. 150, sub arts. 620 y 621: «hay que distinguir entre la disposición y la ejecución de la donación. Producir la donación sus efectos en vida o por muerte del donante, no quiere decir entrega de los bienes en vida o después de la muerte. Desde que el donante dispone gratuitamente de los bienes, y la donación se acepta por el donatario, la donación existe perfecta e irrevocable (artículos 618 y 623). Hasta que llegue el día o se cumpla la condición, la donación no se siccuta, pero produce efectos... si la cosa padece por culpa del donante, si se deteriora por igual causa, puede exigirse indemnización», y cita después los artículos 1120 y 1122 para referirse a esos efectos, y continúa: «si el mal llamado donante no sólo dilata la fecha de la ejecución para el momento de su muerte, sino que, además, se reserva la facultad de revocar a su arbitrio la disposición, entonces el acto no es válido bajo la forma de contrato». Ahora bien, nos preguntamos: ¿es que en este último caso no son igualmente válidos los argumentos anteriormente utilizados por MANRESA? Es decir, ¿no es necesario, en este caso, distinguir también entre disposición y ejecución?

⁷² Así FUENMAYOR, Sobre una revisión de las donaciones «mortis causa» en el Código civil, en Estudios de Derecho civil, I, Pamplona, 1992, pág. 608; ALBALADEJO, Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, VIII, 2º, Madrid, 1986, pág. 53; JORDANO, El testamento, cit., págs. 68-69, nota. Ultimamente, ALBIEZ, Negocios atributivos «post mortem», cit., pág. 61: «la equiparación de la donación «mortis causa» a las disposiciones testamentarias tiene como principal efecto que no puede ser concebida como una institución autónoma». En cambio, para otros, dicho artículo no significa más que la consagración legislativa de la mortis causa donatio formalizada como donación ordinaria pero regulada en otros aspectos por las normas propias de la sucesión testamentaria. Así VALLET, La donación «mortis causa» en el Código civil español, recogida hoy en Estudios sobre donaciones, Madrid, 1978, págs. 13 y ss.

⁷³ Disponía literalmente así: «Las donaciones hechas para después de la muerte del donador que consistieren en una cosa específica, no fungible, pueden hacerse entre vivos, y se regirán por las disposiciones de este título; pero si tuvieren por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del donador, o una cantidad de cosas fungibles, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

esta última indicación fue que el que dona de ese modo «dispone de bienes futuros contra el tenor del artículo 953, esta donación vendría a ser una especie de pacto sucesorio, reprobado en el artículo 994 (...) y el donante conserva la facultad de disponer y hacer ilusoria la donación y dar y retener no vale»⁷⁵.

Es decir, esta norma, que cerraba el paso a la tipificación de la donación mortis causa, no impedía la donación con efectos diferidos a la muerte siempre que se la mantuviera dentro del régimen jurídico de las donaciones inter vivos⁷⁶.

Analizando con atención los textos del Proyecto y la autorizada opinión de García Goyena⁷⁷, se está en condiciones de afirmar:

- 1º El problema principal que preocupaba al autor del Proyecto era la existencia de un híbrido entre las últimas voluntades y las donaciones, puesto que ello conllevaba la escasa certeza del régimen jurídico aplicable a los supuestos que se pudieran presentar: de hecho lo que se pretendía corregir eran las discusiones y los pleitos sobre la disparidad y la semejanza de donaciones y legados. En consecuencia, en lugar de delimitar el régimen jurídico de las donaciones mortis causa con mayor claridad, se eliminaron del ordenamiento en cuanto forma típica.
- 2º La solución que se arbitró fue hacer que las donaciones que resultaran admisibles como inter vivos siguieran subsistiendo en esa forma; en suma, no se pretendía eliminar de raíz la posibilidad de donar para el momento de la muerte, sino unificar el régimen de las donaciones eficaces morte donantis, con el de las donaciones inter vivos.
- 3º En cambio las donaciones que no pudieran incluirse en el régimen de las donaciones inter vivos, sólo se formalizarían en adelante a través del testamento.
- 4º Según García Goyena, las donaciones de cosas fungibles dejarían en manos del donante la posibilidad de hacerla ineficaz, lo cual sería contrario al principio «donar y retener no vale». En nuestra opinión este principio, de origen francés es ajeno a nuestra tradición jurídica, y, realmente, no ha sido adoptado ni en el Proyecto ni en el Código, por lo que el carácter fungible o no del objeto no nos parece relevante a estos efectos⁷⁸. Nos convence, en cambio, la causa que alega García Goyena para rechazar las donaciones de una cuota de los bienes que tenga el donante a su muerte: «tienen mucho de pacto sucesorio prohibido».

⁷⁵ Cfr. Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Zaragoza, 1974, art. 942. Según BARRAL VINAIS, La reserva de la facultad de disponer en la donación, cit., pág. 111: la ratio del sistema del Proyecto era la siguiente: «tal reserva es válida si se trata de cosa específica no fungible pues, en este caso, su facilidad de identificación impide que en el interin entre disposición y eficacia se pueda disraer el bien de su destino predeterminado y atribuye al donatario un derecho definitivo sobre la cosa, sólo que sometido a un término inicial de eficacia.

En cambio, si se dan bienes fungibles para después de la muerte, el donante no puede asegurar un derecho definitivo sobre los bienes existentes en el momento de la donación. En efecto, la posibilidad de disponer que se desprende de la configuración del título impide el efecto dispositivo por todo lo susceptible de disposición dada su potencial amplitud y permite que se haga ilusoria la donación. De manera similar, el último caso -cuando se da todo o una parte de los bienes que se deje al morir-, además de darse bienes futuros que chocan con la naturaleza de acto dispositivo de la donación (art. 953), conllevan también la facultad implícita de disponer, por cuanto no consta la determinabilidad necesaria de los bienes donados. En estos casos, la donación se convierte en mortis causa porque la incertidumbre sobre la subsistencia de los bienes se acaba con la muerte del donante». Estamos plenamente de acuerdo con este análisis.

⁷⁶ Como confirmación de lo dicho baste ahora destacar que existían en el Proyecto y existen hoy en el Código ciertas donaciones cuya función también puede situarse cerca de la mortis causa: así la donación con reserva de usufructo, la donación con cláusula de reversión y la donación con reserva del poder de disponer. Cfr. artículos 953, 957 y 959 del Proyecto.

⁷⁷ «Las donaciones mortis causa eran una especie de monstruo entre los contratos y las últimas voluntades, la algarabía del Derecho romano y patrio sobre los supuestos de semejanza y disparidad de estas donaciones con los pactos y legados, no podía producir sino dudas, confusiones y pleitos, en los rarísimos casos que ocurriesen, por dificultad de apreciar y fijar sus verdaderos caracteres. De aquí vino que, aunque adoptadas en las leyes, no lo fueran en la práctica; y lo que no está en las costumbres, no debe ser en los Códigos». Así en Comentarios, motivos y concordancias, cit., págs. 589-590. Una crítica a estas ideas en VALLET, Estudios sobre donaciones, cit., págs. 100 y ss.

⁷⁸ Cfr. supra, apartado II, 1. Por otra parte las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1898 y 13 de junio de 1900 admitieron, bajo el Código civil, donaciones de dinero, es decir de cosas fungibles, efectivas a la muerte del donante.

Por tanto, el Proyecto⁷⁹ miró críticamente los problemas que planteaba el régimen jurídico de las donaciones mortis causa, lo que se pretendió solventar haciéndolo desaparecer como régimen autónomo. Sin embargo, se facilitó la subsunción de las donaciones de ese tipo en las reglas de las donaciones inter vivos, cuando ello fuera posible; con respecto a esto lo único que se pretendía evitar es que dichas donaciones colisionaran con la regla «donar y retener no vale», que se hace medida y razón de la exclusión de la donación mortis causa. Luego se puede concluir con total seguridad que el problema de la donación mortis causa se ha pretendido regular ex novo, sobre la base de privarle de autonomía frente al testamento y a la donación inter vivos. Hay que pensar que, según sea la naturaleza de cada concreta donación, habrá que formalizarla en testamento o en una donación inter vivos.

No se puede ignorar que en la Jurisprudencia actual está asentada la doctrina contraria a las donaciones mortis causa. La formulación típica de esa doctrina sería que «donación mortis causa es aquella en la que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa, ni determina a dicha transferencia un plazo que pueda transcurrir durante su vida, sino que el objeto permanecería en el dominio y disposición del donante y sólo produciría su efecto propio en el momento de su muerte, faltando la intención de perder la cosa en el caso de vivir»⁸⁰.

En el fondo de esta opinión sigue latiendo la tesis de García Goyena de que las donaciones mortis causa no eran aceptables por contradecir la regla «donar y retener no vale». Esta idea no nos parece convincente. Según pensamos antes del Código se admiraría una figura de donación en la que existía un poder de revocación ex lege, la donación mortis causa; hoy en día, no existiendo dicha figura, ese poder sólo se podría introducir en cada caso en la donación inter vivos por la voluntad de las partes; así se deduce del régimen de los artículos 639 y 641 reguladores de la donación con reserva del poder de disponer y la donación con cláusula de reversión. En suma, extraño a nuestra legislación el principio «donar y retener no vale», y faltando una prohibición de que los negocios inter vivos persigan una causa mortis, nos parece evidente la admisibilidad de donaciones inter vivos revocables que produzcan efectos post mortem.

Por eso entre nosotros es válida una donación, formalizada como inter vivos, pero que sólo transmita en vida del donante la nuda propiedad, conservando el donante la facultad de disponer, o simplemente, una donación en la que se determine la cosa o la suma de dinero que deberá entregarse en el momento de la muerte del donante⁸¹. Incluso se puede afirmar que el concepto de donación mortis causa resulta ligeramente modificado por el Tribunal Supremo cuando es necesario para declarar la validez de alguna donación: la doctrina sobre la donación mortis causa fundamentalmente se utiliza para anular donaciones en los casos en que no cabría duda de la nulidad argumentando por otras vías; cuando ello no es así el Tribunal Supremo suele optar por considerar la donación como inter vivos con efectos post mortem⁸².

En conclusión, los efectos que, producidos en vida del donante, evitan que la donación tenga que formalizarse en testamento, son los siguientes:

⁷⁹ Y, habríamos de añadir, la Jurisprudencia sobre el artículo 620 de nuestro Código tras sus pasos.

⁸⁰ Así la Sentencia de 24 de febrero de 1986.

⁸¹ Son todas ellas hipótesis a las que se ha referido la Jurisprudencia en las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987, 27 de marzo de 1957, 28 de enero de 1898 y 13 de junio de 1900.

⁸² Así se puede comprobar en algunos ejemplos: 1º En las Sentencias de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 13 de junio de 1994, las donaciones no podían valer como inter vivos por falta de forma, pero para fundamentar su nulidad se invoca la prohibición de las donaciones mortis causa.

2º En otros casos la nuda propiedad se había transmitido ante mortem, por lo que, la doctrina de las donaciones mortis causa no sería aplicable; por ello, pese a invocarse, dicha justificación no era exacta; la nulidad procedía por otras razones que ahora no hacen al caso: así en las Sentencias de 19 de junio de 1956, 29 de octubre de 1956 y 24 de febrero de 1986.

- a) Transmisión de la plena propiedad al donatario, aunque se establezca la revocabilidad de la donación.
- b) Transmisión al donatario de la nuda propiedad, aunque el donante se reserve el usufructo vitalicio; incluso si la donación de la nuda propiedad es revocable, pues la condición de nudo propietario, confiere facultades actuales.
- c) Si la donación no transmite la propiedad hasta el momento de la muerte existirán efectos en vida si la donación es irrevocable; en cambio, si la transmisión de la cosa donada está sujeta a una condición potestativa ex parte donantis, hipótesis que se planteaba Manresa⁸¹, la cuestión es más discutible. De todos modos en este último caso pensamos que el donatario, en la fase de pendencia de la condición, tiene derecho a defender su expectativa: ello es claro si el derecho que se le atribuye queda a cargo de un tercero, pero también cabe pensar que esa expectativa le otorgará ciertas facultades: así la de actuar para conservar la cosa en caso de pasividad del donante.

En cambio, en nuestro Derecho no podría formalizarse como donación inter vivos aquella en la que el beneficiario no pudiera aceptar en vida del beneficiante, o la que negara cualquier efecto en vida del donante por referirse a los bienes que se tengan en el momento de la muerte: en estos dos casos faltarían elementos esenciales de la donación: el consentimiento, en un caso, el objeto, en otro. El artículo 620 impondría entonces acudir al testamento, porque no existe en nuestro Derecho un término medio entre los actos de última voluntad y la donación inter vivos, una vez suprimidas las donaciones mortis causa como negocio típico.

⁸¹ Cfr. supra nota 71.