

# **DONACIONES *MORTIS CAUSA* POSIBILIDADES ACTUALES EN EL CÓDIGO CIVIL Y PROPUESTAS DE REFORMA\***

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA  
Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

**PRIMERA PARTE. LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*: EL *STATUS QUAESTIONIS* SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRECEPTOS DEL CÓDIGO CIVIL QUE SE OCUPAN DE ELLAS<sup>1</sup>**

**I. LAS DONACIONES Y SU POSIBLE FUNCIÓN SUCESORIA EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL**

## **1. Planteamiento**

Nos ha parecido necesario fundamentar nuestra propuesta final analizando con cierto detalle el contenido actual de nuestro sistema, según la

---

\* El presente trabajo se ha realizado dentro del Grupo de Investigación «Sujetos e instrumentos del tráfico privado IV» (SEJ 2004-06995), financiado por el Ministerio de Educación y ciencia, del que es investigador principal el Profesor Antonio Gordillo Cañas.

<sup>1</sup> En estas páginas seguimos fundamentalmente las ideas ya publicadas en nuestra monografía *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999, pp. 125 y ss., con las modifica-

interpretación que nos parece más segura y razonable, y según la aplicación que de él hace nuestro Tribunal Supremo.

En este sentido nos parece bueno recordar que en nuestro ordenamiento vigente, a pesar de que las donaciones *mortis causa* se encuentran excluidas de él según la opinión más común (cfr. art. 620 CC), algunas clases de donaciones prestan un cauce de traza legal a funciones claramente sucesorias: así la donación con reserva de usufructo (cfr. art. 634 CC), la donación con entrega *post obitum*, y las donaciones que vienen acompañadas de pactos especiales como la reserva de la facultad de disponer y el pacto de reversión (cfr. arts. 639 y 641 CC respectivamente). Además, con un criterio más amplio que el vigente en el antiguo Derecho castellano, se admite también la donación de todos los bienes presentes (cfr. art. 634 CC), aunque subsiste la imposibilidad de donar los bienes futuros (cfr. art. 635 CC), es decir, los que se tengan en determinado momento futuro, normalmente en el de la muerte. La doctrina recuerda, con razón, que es frecuente que se pretenda con la utilización de estas figuras previstas en el Código Civil realizar un reparto de los bienes en vida; es decir que el causante «previendo el destino de su patrimonio después de su muerte consagra en vida una distribución de sus elementos patrimoniales en la que se determina quién va a ser en su día titular de cada uno de ellos. Así pues, se trata siempre en último término de un acto verificado en contemplación de la muerte»<sup>2</sup>.

Las funciones prácticas de estas figuras suelen estar muy próximas a las típicamente sucesorias, y vienen normalmente acompañadas de otras tales como: mantener la unidad de la explotación agrícola, comercial o industrial de carácter familiar que se transmite al descendiente que lleva todo o

---

ciones que en este momento hemos considerado oportuno hacer en razón del objeto propio de este trabajo. Con posterioridad a nuestro citado trabajo es obligado consultar: DE LOS MOZOS, *La donación en el Código Civil y a través de la Jurisprudencia*, Madrid, 2000; MANZANO FERNÁNDEZ, «Consideraciones sobre la donación *mortis causa* en el Derecho civil español», en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, II, Murcia, 2004, pp. 2971 y ss. y ALBIEZ DOHRMANN, «Disposiciones patrimoniales en vida para después de la muerte» en GARRIDO MELERO-FUGARDO ESTIVILL, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, Barcelona, 2005, pp. 581 y ss., y en esta obra otras referencias.

2 Así: GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, «Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto *inter vivos*», *RDP*, 1954, pág. 495. Por su parte, RODRÍGUEZ ADRADOS se ocupa de ofrecernos un elenco de los medios *inter vivos* a través de los cuales es frecuente que se atienda a la finalidad de adelantar de alguna manera la sucesión: «La partición hecha por el testador», *RDN*, 1970, págs. 210 y ss.

parte del trabajo de explotación en los últimos años de la vida del ascendiente; asegurar la atención y compañía de los descendientes elegidos por el ascendiente durante los últimos años de su vida; dar seguridad al hijo o descendiente elegido de que la disposición de bienes no se va a revocar por la libre voluntad del causante (lo cual encuentra un cauce muy adecuado en la donación *inter vivos*), si bien también es frecuente que el causante quiera conservar un cierto poder de disposición sobre el destino de los bienes (lo cual planteará algunas dudas en cuanto a su admisibilidad en el caso en que el mecanismo elegido consista en una donación *inter vivos*, pues precisamente en este carácter se hace radicar tradicionalmente la distinción entre la donación *inter vivos* y la *mortis causa*).

La doctrina y la jurisprudencia, no obstante el importante significado de la aceptación legal, y la especial causa de estas figuras a las que acabamos de aludir, que podríamos denominar cuasisucesoria, se ha detenido en exceso sobre el problema de la no admisibilidad en nuestro Derecho de la donación *mortis causa*, en cuanto forma típica de disponer *mortis causa*, y la consiguiente remisión de las mismas a su formalización testamentaria, lo cual nos parece que puede llegar a ser peligroso pues, a pesar del buen sentido con el que suele aplicarse el sistema por el Tribunal Supremo, el tenor literal de algunas Sentencias de éste y, sobre todo, de Tribunales inferiores es mucho más criticable. En nuestra opinión, la amplitud de variantes que admite la donación *inter vivos*, poco menos que hace innecesaria la donación *mortis causa*, puesto que el tradicional contenido y función de ésta puede ser asumido casi en su totalidad por aquélla; por eso mismo nos resulta peligroso insistir en la vigencia de una prohibición que puede terminar por introducir limitaciones a las donaciones que no se encuentran formuladas explícitamente en las normas. En cambio es cierto que el régimen que la Ley dedica a todas estas figuras acabadas de mencionar no es completamente claro lo que justificaría quizá una reforma del sistema para precisar tanto el significado del art. 620 CC como de algún otro relacionado con él, como es el art. 639 CC.

En nuestra opinión, interpretar adecuadamente el sistema vigente sobre esta materia impone la necesidad de distinguir: por un lado, la innegable desaparición en la Codificación, como negocio típico, de las históricamente conocidas como donaciones *mortis causa*; por otro lado, la no exclusión de nuestro Código de los contratos con una posible funcionalidad *mortis causa*, e incluso de los que más intensamente participan de los que fueron los caracteres de dichas donaciones *mortis causa*, por ejemplo la revocabilidad; cuestión esta

última que supone una estimable diferencia de nuestro sistema en relación con el modelo francés que lo inspiró. Por todo ello la revisión de los problemas prácticos que esta materia plantea debe verse a la luz de los límites que efectivamente imponga nuestro Código civil a la donación *inter vivos*. En definitiva, el centro de interés no tendría que ser la evidente falta de tipicidad legal de la donación *mortis causa* en el Código civil (tipicidad que, por otra parte, no sería necesario restaurar), sino la posibilidad de la configuración dentro de nuestro sistema de algunas donaciones que permitan alcanzar las finalidades históricamente asignadas a aquella, y de dar entrada de modo voluntario a algunos de los aspectos del régimen histórico típico de la donación *mortis causa*.

El artículo 620 CC se considera con razón como el punto de llegada en la evolución histórica de las donaciones «*mortis causa*»<sup>3</sup> y, a pesar de su aparente claridad, ha sido valorado en nuestra doctrina de muy distinta manera: para la mayoría supone la imposibilidad de que subsista —como figura autónoma dotada de una tipicidad y contenido propios— la donación *mortis causa*, puesto que dicha figura se debería regir en todos sus aspectos, incluso en lo que se refiere a la forma, por las normas propias de los testamentos<sup>4</sup>; en cambio, para Vallet, dicho artículo no significa más que la consagración legislativa de la *mortis causa donatio* formalizada como donación ordinaria pero regulada en otros aspectos de su contenido por las normas propias de la sucesión testamentaria, por ejemplo, en el punto de su esencial revocabilidad<sup>5</sup>.

El contraste entre estas interpretaciones de la norma provocó en nuestra doctrina una «encendida polémica»<sup>6</sup>, que hoy parece haberse apagado por aceptarse pacíficamente que la existencia y viabilidad de las donaciones *mortis*

---

3 Pero no es aceptable afirmar que el artículo 620 excluye de entrada cualquier forma histórica de donación *mortis causa*. No se pueden olvidar las advertencias a este respecto de DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa* en el Código civil y en el Derecho civil de Navarra», *RJN*, 1993, págs. 94-95.

4 Así, la *communis opinio*: ALBALADEJO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII, 2º, Madrid, 1986, pág. 53; JORDANO, «El testamento», *RDN*, 1962, págs. 68-69, nota; ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, Barcelona, 1998, pág. 61.

5 Así VALLET, «La donación *mortis causa* en el Código civil español», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, págs. 13 y ss. Si bien este autor reconoce que en la práctica la jurisprudencia ha restringido el significado de la prohibición de la donación *mortis causa*. «Nuestro Código ha abandonado el sentido tradicional de la distinción entre las donaciones *inter vivos* y las *mortis causa*», según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, 15ª ed. revisada y puesta al día por Ferrandis Vilella, Madrid, 1993, pág. 226. También subraya esa ruptura con el sentido histórico ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 42, nota 26.

6 Así ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 53. De «encendidos debates y polémicas» habla Díez Picazo, *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, Madrid, 1981, volumen 2, pág. 7.

*causa* está excluida de nuestro Código; opinión fundada sea en la claridad de los términos de la Ley<sup>7</sup>, sea en el sentido de la jurisprudencia dominante<sup>8</sup>, sea, finalmente, en la escasa acogida doctrinal de la construcción más sólida que ha pretendido revisar la *communis opinio*<sup>9</sup>.

Sin embargo, ya hace algunos años nos manifestábamos en el sentido de que la interpretación del precepto no debía quedarse ahí; es cierto que la tipicidad, al margen de las disposiciones testamentarias, de las donaciones *mortis causa* no se puede sostener en el derecho vigente, pero debemos insistir en que la práctica ofrece muchos casos de donaciones que funcionalmente se comportan como las históricas donaciones *mortis causa*: esta práctica, que nos parece enteramente legítima, hace innecesaria en verdad la reintroducción de la donación *mortis causa*, si bien sigue siendo aconsejable una cierta aclaración del Derecho vigente para precisar mejor cuál es la delimitación del campo que corresponde a la donación *inter vivos*. Del análisis de la Jurisprudencia deriva, sin lugar a dudas, que el problema que se está dilucidando no es tanto teórico como práctico y estriba en calificar de un modo u otro las concretas donaciones que se contemplan. En el fondo, pues, es necesario dilucidar de qué se habla cuando se utiliza el término donación *mortis causa*.

En realidad la posible virtualidad del problema así planteado se encuentra ya en su raíz en la propia opinión de Fuenmayor<sup>10</sup>, que es el autor que con su crítica marcó no sólo el destino de la propuesta de Vallet, sino la tradición doctrinal que posteriormente se ha hecho común. En efecto, para el primero de estos autores «por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*», si bien tuvo que afirmar que habían

---

7 Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1942: «artículo que, aparte de la claridad de sus palabras en las que no puede verse ambigüedad alguna de sentido...» (Segundo Considerando). En cambio, Díez PICAZO, *Estudios*, II, cit., pág. 7 señala que la redacción de la norma «no es...todo lo clara que sería de desear», lo cual parece más cierto si atendemos a las dudas que ha planteado el precepto.

8 Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, «Cien años de jurisprudencia sobre contratos en especial», *RCDI*, 1995, págs. 69-70.

9 Nos referimos a la construcción de VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 13 y ss. Sobre este intento de dar nueva vida a las donaciones *mortis causa*, vid. FUENMAYOR, «Sobre una revisión de las donaciones *mortis causa* en el Código civil. Nota crítica», *ADC*, 1951, págs. 1082 y ss., hoy en *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona, 1992, págs. 585 y ss. ALBALADEJ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII,2, Madrid, 1986, pág. 53 señala que la tesis contraria a la subsistencia de las donaciones *mortis causa* goza de «abrumadora mayoría».

10 Loc. ult. cit.

desaparecido de nuestro Código civil, «porque —según ha demostrado cumplidamente Vallet— sólo podían vivir como donaciones; pero de su propia construcción resulta que en el campo de las donaciones no hay, en rigor, cabida para ellas». Es decir, que ya Fuenmayor reconocía que no es el artículo 620 el que impone la inadmisión de la donación *mortis causa* en nuestro Derecho sino el régimen general que el Código civil dedica a la donación<sup>11</sup>. Sin embargo, si bien se mira, estas razones pueden valer para rechazar el intento de Vallet de proclamar la subsistencia simple y llana de las donaciones *mortis causa* con un régimen típico y propio coincidente con el históricamente conocido, pero no valen igual contra la posibilidad de construir voluntariamente, con pleno respeto a las reglas del Código relativas a las donaciones *inter vivos*, algunas donaciones funcionalmente parecidas a esas que en el Derecho histórico fueron calificadas como *mortis causa*. Es este último el problema más acuciante y el que se encuentra presente en la Jurisprudencia.

Es decir, el problema no es el de la suerte que haya corrido la figura histórica de la donación *mortis causa*, sino el mayor o menor espacio que haya quedado a la misma dentro de la única donación ahora regulada por el Código Civil que es la *inter vivos*. En el fondo la duda fundamental, que no queda resuelta expresamente por la doctrina mayoritaria, es cuál es la razón por la que, otorgada y aceptada una donación con forma *inter vivos*, se justificaría declararla nula por falta de forma en razón de que se haya previsto una eficacia aplazada a la muerte del donante y su libre revocabilidad por éste hasta ese momento. ¿Existe alguna norma que lo imponga? Y, más allá de esta pregunta, ¿existe alguna razón de protección al donante que explique la imposibilidad de esta figura? Parece difícil, pues si a un sujeto determinado se le permite donar, no tiene sentido impedirle hacerlo con una limitación que le favorece. ¿Y se podría explicar la exclusión de la figura en razón de la protección al donatario? A ello responde Vallet: ¿Qué protección es esa que se dice dispensar al donatario, que se resuelve precisamente anulando la donación *mortis causa* pactada a su favor...?<sup>12</sup>. Quizá la pertinencia de estas

---

11 No se le escapó este punto flaco de la crítica de FUENMAYOR a VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pág. 321: «observamos un hábil juego de prestidigitación en la crítica. Estima admisible la existencia de las donaciones *mortis causa*, según la exégesis del artículo 620 C.c....., pero no le convence la descripción, la viabilidad de la explicación técnica, que nosotros damos de las mismas, y por eso, en lugar de rechazar simplemente nuestra explicación, niega la posibilidad de aquello que, en principio, estimó posible, pero que no se ha sabido explicar a su satisfacción».

12 Vid. VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., pág. 103.

preguntas sea lo que explique que el análisis de la Jurisprudencia demuestra la resistencia del Tribunal Supremo a declarar nula una donación en esas condiciones, como veremos posteriormente.

Ciertamente algunas de las donaciones *mortis causa* que fueron conocidas en su evolución histórica no pueden vivir hoy bajo el régimen general de las donaciones; así, por ejemplo, no sería posible la donación que abarcara los bienes que el donante tenga en el futuro, o los que tenga al morir, porque ello iría en contra de la norma expresa que contiene el artículo 635 CC, que tiene mucho que ver con la extensión que tiene entre nosotros la prohibición de la sucesión contractual y que no tendría porqué modificarse ni desaparecer de nuestro sistema. Pero, supuesta esa limitación, hay que cuestionarse, una vez aceptado que la finalidad *mortis causa* no es tan ajena al negocio *inter vivos*<sup>13</sup>, si nuestro régimen jurídico de la donación *inter vivos* tiene la suficiente amplitud para permitir configurar de modo voluntario otros tipos de la históricamente conocida como donación *mortis causa*, es decir, una donación con carácter revocable.

## 2. Los criterios delimitadores de las donaciones «*mortis causa*» frente a las «*inter vivos*»

### A. Caracterización de la figura a la que se refiere el artículo 620 CC

La primera dificultad con la que hay que enfrentarse al interpretar el actual artículo 620 es que el sentido del término donación «que haya de producir sus efectos por muerte del donante» no es unívoco, lo que impone conclusiones diferentes en cuanto a la eficacia jurídica de cada uno de los tipos encuadrables en el concepto clásico o histórico de donación *mortis causa*<sup>14</sup>. Al decir de un autor: «es fácil formular en conceptos tajantes la oposición

---

13 De hecho la formulación del artículo 620 prescinde significativamente de la configuración causal de la donación: no habla de donación a causa de muerte, sino que se ciñe a los efectos. Admitir la donación *post mortem* sí que supone una fisura en la distinción *inter vivos-mortis causa*: estaríamos ante un negocio *inter vivos* con función *mortis causa*.

14 El propio VALLET advierte que el concepto que de estas donaciones tiene el Tribunal Supremo no coincide con los antecedentes históricos de la figura: cfr. op. cit., págs. 132 y ss. Sin embargo, tampoco se puede olvidar que dichos antecedentes no son todo lo claros que sería de desear: de «algarabía» hablaba GARCÍA GOYENA para referirse a ellos. Cfr. hoy COING, *Derecho privado*

entre donaciones entre vivos y por causa de muerte, sin que ello baste para comprender y resolver adecuadamente los casos litigiosos»<sup>15</sup>. Hay que tener en cuenta que la hipótesis de hecho del artículo 620 CC no remite a las normas sucesorias todos los tipos históricamente conocidos de donaciones *mortis causa*, sino sólo aquellos que no surten efectos en vida del donante, pero no los que sí los produjeran<sup>16</sup>.

Resulta, pues, que el problema clave viene a ser el de determinar a cuáles de las donaciones que produzcan sus efectos a la muerte del donante se refiere el artículo 620 CC y cuáles se regularían por el artículo 621 CC por producir sus efectos entre vivos<sup>17</sup>. El tratamiento del supuesto de hecho va a quedar determinado por el dato diferencial del tiempo en que se producen los efectos, prescindiendo de la causa en sentido subjetivo, lo que respondería bastante bien a la pretensión de nuestro Código de clarificar una materia, que se estimaba innecesariamente oscura, estableciendo un modo fácil de identificar las donaciones *mortis causa*, si bien en realidad el criterio diferenciador finalmente establecido no vendrá a ser tan sencillo como el legislador pudo presumir.

Resulta de particular interés, para averiguar el sentido y justificación del actual precepto del art. 620 CC, atender a las palabras de García Goyena en su comentario a su antecedente en el Proyecto de 1851:

«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

---

européo, II, Madrid, 1996, pág. 757: «la historia de la institución de la *donatio mortis causa* en los países europeos en el siglo XIX es muy compleja; la institución fue entendida y tratada de modos muy diferentes».

15 PUIG BRUTAU, *Anotaciones de Derecho español*, en BOEHMER, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, Barcelona, 1959, pág. 221.

16 Hay que excluir que se puedan caracterizar hoy a todas las donaciones *mortis causa* de la tradición histórica como donaciones que surten sus efectos tras la muerte, pues según CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, IV, cit., pág. 226 nuestro Derecho «ha abandonado el sentido tradicional» de la donación *mortis causa*.

17 Vid. VALLET, «Comentario a las Sentencias de 30 de noviembre y 10 de diciembre de 1987», *CCJC*, 1987, pág. 5275: «para la intelección del artículo 620..., es clave el significado de la expresión 'donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante'. ¿Qué efectos?; ¿todos o sólo alguno?, o bien, ¿el más esencial, sea la revocabilidad o la transmisión actual del dominio, o cualquiera de los dos? Aparte de decidir si su *mens legis* lo restringe, por su *ratio*,

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».<sup>18</sup>

El sentido declarado de esta normativa, que cerraba el paso a la tipificación de la donación *mortis causa* como una forma más de disponer a causa de muerte con un régimen propio, no impedía la donación con efectos diferidos a la muerte siempre que se mantuvieran las líneas fundamentales del régimen jurídico de las donaciones *inter vivos*: justamente lo mismo que viene a suceder en la actualidad, según nuestra opinión. Además, existían en el Proyecto (y pasaron al actual Código) ciertas donaciones cuya función puede situarse en la proximidad de la sucesoria: así la donación con reserva de usufructo, la donación con cláusula de reversión y la donación con reserva del poder de disponer<sup>19</sup>.

Ciertamente el tenor del artículo 942 del Proyecto de 1851 era diferente al actual art. 620 CC:

«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».

En consecuencia, se permitían las donaciones para después de la muerte del donante 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 testamento. La justificación de esta última indicación fue que el que dona de ese modo «dispone de bienes futuros contra el tenor del

---

a las donaciones que se efectúen puramente, *animo donandi mortis causa*, o bien asimismo incluye las que tengan, además, una causa *nuptiandi, remunerandi*, etc».

18 Así en *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, págs. 589-590. Una acertada crítica a estas ideas en VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 100 y ss.

19 Cfr. artículos 953, 957 y 959 del Proyecto.

artículo 953<sup>20</sup> y (...) conserva la facultad de disponer y hacer ilusoria la donación y dar y retener no vale».

Si analizamos con atención los datos suministrados por el texto del Proyecto y por la autorizada opinión de García Goyena, estaremos en condiciones de afirmar:

- El problema principal que preocupaba a los autores 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, en razón de su pretendida escasez práctica, se eliminaron del ordenamiento en cuanto forma típica y en cuanto figura intermedia entre las últimas voluntades y las donaciones<sup>21</sup>.
- La solución que se arbitró fue evitar pronunciarse sobre el concepto de donación *mortis causa*, haciendo que las que resultaban admisibles como donación *inter vivos* siguieran subsistiendo en esa forma; en suma no se pretendía eliminar de raíz la posibilidad de donar en el momento de la muerte, sino unificar el régimen de las donaciones eficaces *morte donantis*, con el de las donaciones *inter vivos*, pero sólo en el caso de las donaciones relativas a cosas específicas no fungibles: de este modo siguen siendo posibles figuras

---

20 Dicho artículo disponía en su segunda parte que «La donación no puede comprender los bienes futuros», es decir, según GARCÍA GOYENA: «los bienes que tendrá en tal época, o dejará al morir» lo que justificaba por el hecho de que «esta donación vendría a ser una especie de pacto sucesorio, reprobado en el artículo 994»: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, cit., art. 942. Con toda claridad, pues, se enlazaba la prohibición de la donación *mortis causa* con el problema del pacto sucesorio.

21 Convenimos con VALLET, *Estudios*, cit., págs. 101-102 en que «tampoco es aceptable, por indemostrada y gratuita, la afirmación de que las donaciones que estudiamos 'aunque adoptadas en las leyes, no lo fueron en la práctica'. La gran cantidad de Sentencias del Tribunal Supremo, que se han ocupado de la donación *mortis causa*, aun después de la vigencia del Código civil y a pesar del unánime criterio de la doctrina, que las consideraba abolidas, nos demuestra, teniendo en cuenta el mínimo porcentaje de asuntos que llega hasta nuestro más alto Tribunal, que la afirmación era, por lo menos, precipitada».

históricamente encuadrables dentro de las donaciones *mortis causa* o, al menos, próximas a ellas.

- 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. En este caso estaban las donaciones relativas a cosas fungibles y las que abarcaran la totalidad o una cuota de la herencia. El dato fundamental que se proclamaba como justificante de esta distinción entre donaciones formalizables como *inter vivos* o no, es el de la irrevocabilidad para el donante: la donación para el tiempo de la muerte de una cosa fungible supuestamente dejaría en manos del donante la posibilidad de hacerla ineficaz. En este punto se sigue la consecuencia impuesta por el principio francés, ajeno a nuestra tradición jurídica: «donar y retener no vale». Ahora bien, el problema es que este principio resultaba contradicho por la admisión de la donación con reserva del poder de disponer en el art. 957 del propio Proyecto, lo que introduce una incoherencia que seguimos sufriendo en la actualidad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

Por tanto, el Proyecto miró críticamente los problemas que planteaba el régimen jurídico de las donaciones *mortis causa* lo que se pretendió solventar haciéndolo desaparecer como régimen autónomo; solución que mantuvo el Código y que nos parece adecuado conservar en el futuro, pues no tratamos de defender que sea preciso tipificar un *tertius genus* entre las donaciones y los testamentos para dar cabida a figuras excluidas de nuestro Derecho. Precisamente la experiencia del Proyecto de 1851 nos indica que las donaciones del tipo histórico *mortis causa* quedaron subsumidas bajo las reglas de las donaciones *inter vivos*, cuando ello fuera posible de acuerdo con los demás principios que gobernaban nuestro sistema; con respecto a esto último lo único que se pretendía evitar es que dichas donaciones colisionaran con la prohibición de la sucesión contractual y con la regla «donar y retener no vale», que se hace medida y razón de la exclusión de la donación *mortis causa*.

La postura de García Goyena parece haber gravitado sobre los redactores del art. 620 CC. Nuestro legislador seguiría principalmente preocupado por la existencia de una figura híbrida entre las últimas voluntades y las donaciones cuyo régimen jurídico fuera dudoso; al menos eso es lo que se deduce, por un lado del artículo 620, y, por otro, de que se optara por no definir un régimen propio de las donaciones *mortis causa*, que resolviera las dudas

que se pudieran presentar. Indudablemente esto significa que resulta imposible hoy construir una figura autónoma de la donación *mortis causa* en nuestro Derecho, como pretende Vallet. Ahora bien, sabemos que la solución que se escogió en el Proyecto de 1851 no fue la eliminación absoluta de las donaciones que produjeran efectos en el momento de la muerte, sino la unificación de su régimen con el de las donaciones *inter vivos*, en algunos casos: precisamente en aquellos en que, a tenor de la aceptación del prejuicio «donar y retener no vale», se entendía que la donación tenía eficacia en vida, a pesar de no transmitirse la cosa hasta la muerte del donante. Se puede afirmar que bajo el Código civil sucede algo parecido a lo que ocurría en el Proyecto de 1851, si bien nuestro artículo 620 CC quizá sea menos claro que su antecesor y simplemente remite, sin más distinciones, las donaciones que produzcan sus efectos por muerte del donante a las normas sobre la sucesión testamentaria. Esta postura legal simplificadora resulta razonable, puesto que, siendo válida la donación, es indiferente la naturaleza, fungible o no, del objeto: en ambos casos la irrevocabilidad de la donación podría estar asegurada. La única cuestión de las que preocupaban a García Goyena que sigue en pie en nuestra doctrina y jurisprudencia es la de la revocabilidad, pero, no siendo revocable la donación con efectos *post mortem*, se admite sin duda alguna su validez en forma de donación: es decir, se sigue entendiendo que la verdadera *ratio* del precepto es la idea «donar y retener no vale»<sup>22</sup>.

## B. Los criterios delimitadores utilizados por la jurisprudencia

### a) La transferencia de la propiedad al donatario en vida del donante.

Una línea jurisprudencial, pretendiendo aclarar el sentido del artículo 620 CC, considera donación *mortis causa*, y formalizable sólo en testamento, aquella en la que el donante no transfiere de presente la propiedad de la cosa,

---

22 DE BUEN, *Derecho civil común*, 2ª ed, t. II, pág. 64 indica que el artículo 620 «sólo puede interpretarse de modo acertado dando a la palabra *efectos* un sentido jurídico y no un sentido material, es decir, considerando como donaciones *inter vivos* aquellas que por revestir forma contractual (o ser donaciones por razón del matrimonio) obligan al donante en vida, aunque la efectividad de esa obligación se haga depender de una condición. Así, será donación *inter vivos* la donación contractual que se haga depender de la muerte del donante, 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, cit., pág. 227.

ni vincula dicha transferencia a 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 caso de vivir<sup>23</sup>. Contra la calificación que derivaría de las anteriores características no se puede alegar el hecho de que la concreta donación hubiera sido otorgada en una forma *inter vivos*, porque lo importante no son las formalidades sino los efectos<sup>24</sup>.

Esta definición jurisprudencial de la figura vendría a concretar el efecto al que se refiere el artículo 620 en la transmisión de la propiedad. Esta toma de posición, que se aparta de los antecedentes históricos de la *donatio mortis causa*<sup>25</sup>, como es lógico respeta la vieja figura de la donación con reserva de usufructo vitalicio a la que se refiere el propio Código (art. 634), que ha seguido prestando sus servicios para dar cabida a donaciones con función muy próxima a la *mortis causa*, y que al operar la transmisión actual del dominio elude el concepto jurisprudencial de dicha donación<sup>26</sup>. Justamente es en estos últimos casos en los que con más fuerza mantiene el Tribunal Supremo la doctrina a la que hacemos alusión (por tanto, en casos en los que dicha doctrina es bastante inofensiva para la subsistencia de la donación).

b) La revocabilidad de la donación por el donante.

Sin embargo el Tribunal Supremo se ha ocupado también de casos en los que (a diferencia de los supuestos de donaciones con la reserva del usufructo vitalicio a favor del donante) no se había producido la transmisión de

---

23 Así, entre otras muchas Sentencias, la del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1986, que recoge sustancialmente la doctrina de la de 3 de enero de 1905. Para ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 43, lo decisivo de la donación *inter vivos* es que exista desprendimiento patrimonial en vida.

24 Así la Sentencia de 3 de enero de 1905: «de otra suerte se haría consistir el concepto diferencial de la donación entre vivos y *mortis causa*, no en sus efectos, cual previene el mencionado artículo 620 del Código, sino en su forma».

25 La *donatio mortis causa* podía producir la transmisión inmediata de la propiedad, mientras que también fue posible históricamente la donación *inter vivos* con eficacia aplazada *tempore mortis*. Literalmente la primera sería admisible para la jurisprudencia actual y no la segunda. Respecto a estas últimas: vid. ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regii*, II, capítulo IV, Madrid, editio novissima, 1768, número 19, pág. 566.

26 Incluso los poderes del usufructuario podrían ser reforzados disponiéndolo así en el acto de la donación, tal como permiten los artículos 467 y 470 C.c. Desde luego, la donación con reserva del usufructo vitalicio es un acto *inter vivos*, aunque se haga en consideración a la muerte del donante: así ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 128.

la propiedad en vida del donante, por lo que en coherencia con su anterior tesis se vería obligada a calificar la donación como *mortis causa*. Sin embargo, como ello resultaba a todas luces injusto por tratarse de donaciones que habían respetado la forma propia de la donación *inter vivos* y, por tanto, indudablemente existía una real voluntad de donar, la doctrina del Tribunal Supremo tuvo que modificarse para exigir únicamente que la donación fuera irrevocable para el donante durante su vida<sup>27</sup>.

En suma, que bastaría para considerar una donación como *inter vivos* la existencia en vida del donante de una posición del donatario firme e irrevocable, con lo que la doctrina jurisprudencial termina haciéndose fuerte en que el donante es aquella persona que pierde la posibilidad de dejar la donación sin efecto<sup>28</sup>; ahora bien, poner el acento en el dato de la revocabilidad, aunque tiene en su favor el criterio de García Goyena, no deja de plantear problemas de coordinación con el resto de normas que regulan la donación en el Código Civil.

### 3. Nuestra opinión en torno a la revocabilidad como criterio distintivo de las donaciones *inter vivos* y *mortis causa*

Acabamos de ver que para cierta doctrina jurisprudencial la donación *inter vivos* no podría tener carácter revocable puesto que ello implicaría ineficacia de la donación en vida del donante, y la inexistencia de obligación o de contrato válido, por lo que una donación de este tipo sólo podría formalizarse como testamento. 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, se alegaría, pues, el contenido de los artículos 1115 y 1256 CC que impiden que la eficacia de una obligación o del contrato queden al arbitrio del deudor; en consecuencia, se afirma que en el caso de que el donante pueda revocar la donación ésta no tendría verdaderos efectos *inter vivos*<sup>29</sup>. Para responder a esto, y sin necesidad de entrar en el tratamiento del régimen de la

---

27 Cfr. ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 53: «con la donación con efectos 'post mortem' aludimos a aquella donación en la que la muerte no es la causa, sino el término inicial o final de la adquisición del objeto donado, según sea la condición de supervivencia del donatario suspensiva o resolutoria, produciéndose, por tanto, la consumación definitiva con la muerte del donante y siempre que se cumpla la condición de supervivencia del donatario».

28 Parte también de esa exigencia de irrevocabilidad la Resolución DGRN de 5 de marzo de 1997.

29 Así JORDANO, «El testamento», cit., págs. 68-69, nota; DE BUEN, *Derecho civil común*, II, cit., pág. 227.

condición, bastaría alegar la peculiaridad contractual de la donación y el hecho de que los artículos 1115 y 1256 CC respondan al funcionamiento de los contratos generadores de obligaciones recíprocas pero no al de las donaciones, como demuestran algunas figuras específicas de éstas.

En efecto, la doctrina criticada depende en exceso de la máxima francesa «donar y retener no vale», que nuestro Código no sigue, según doctrina que se debe aceptar<sup>30</sup>, pues el art. 639 CC contempla la donación con la reserva de la facultad de disponer por el donante; y el art. 641 CC 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 una idea diversa a la francesa. En nuestro sistema el carácter liberal del negocio permite al disponente configurar como desee los efectos que deriven del mismo<sup>31</sup>, y no funciona el principio «donar y retener no vale»; en nuestro Derecho la autonomía de la voluntad no puede quedar limitada por una exigencia inderogable de irrevocabilidad, sino que el donante podría imponer al donar las reservas o condiciones que estimara convenientes, incluso aquéllas que le permitieran recuperar la cosa<sup>32</sup>, lo cual resulta bastante lógico y muy coherente con el carácter gratuito de la donación.

---

30 Sobre los antecedentes de esta regla en el Derecho francés pueden verse: CRISTÓBAL MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971; y «El principio de irrevocabilidad de las donaciones», *RGLJ*, 1969, págs. 699 y ss.; BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, Barcelona, 1996, págs. 19 y ss. También subrayan el 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*», cit., pág. 102, nota 37, que afirma que dicho principio «no tiene vigencia en nuestro Derecho».

31 Así BARRAL VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., pág. 115. En el mismo sentido, Díez NOGUEROL, *Allegationes iuris*, Lugduni, MDCLXXXIII, *luris 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».

32 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 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». Según CASTÁN, *Derecho civil, común y foral*, IV, cit., págs. 246-247 no se opone 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,

La admisibilidad de la reserva por el donante del poder de disponer de los bienes donados parecería fuera de toda duda en el caso en que el donatario recibiera los bienes donados en vida del donante. La duda cabría cuando la entrega estuviera aplazada o condicionada a la muerte del donante, pues en estas donaciones resultaría más difícil ver efectos en vida del donante y se podría pensar que requirieran, en aplicación del art. 620 CC, forma testamentaria. La posibilidad de que una donación produzca sus efectos transmisivos a la muerte del donante es indiscutible desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, se trataría de las llamadas donaciones *inter vivos* con entrega *post obitum*; el problema concreto que nos planteamos ahora es si esas donaciones se pueden acoger a la regla del art. 639 CC, que sería el único punto verdaderamente discutible. A nuestro juicio la respuesta positiva parece fácil de demostrar con fundamento en el hecho de que la Ley no limita la aplicación del artículo 639 a un tipo concreto de donaciones: la existencia de una regla legal permisiva no permite restringir la autonomía de la voluntad en este campo. La Ley no distingue entre donaciones que surtan sus efectos inmediatamente y donaciones que tengan sus efectos diferidos, ni existen razones de otro orden que permitan fundamentar una regla restrictiva.

Por otra parte, el precepto plantea el principal problema en relación con la admisibilidad de la reserva del poder de disponer de todas las cosas donadas, ya que la propia letra del artículo 639 parece que limita dicha reserva a sólo «algunos de los bienes donados». De hecho 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<sup>33</sup>, o en que si se admite la reserva total no habría donación<sup>34</sup> —lo que ha sido, justamente, crítica-

---

*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XI, Madrid, ed. 1978, cit., 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»*, cit., págs. 125-126, aunque no compartimos su afirmación de que en estas donaciones ni siquiera haría falta pactar la revocabilidad, porque el carácter *post mortem* presupondría ese efecto.

33 ASÍ 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.

34 ASÍ SCAEVOLA, *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 transmisivo, 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

do—<sup>35</sup>; o, finalmente, en la idea de que el artículo 639 «amplía la autonomía de la voluntad de los particulares, sin que pueda extenderse más allá de sus límites»<sup>36</sup>.

Por contra, la doctrina más autorizada, y que entendemos que se debe aceptar, se inclina por la posibilidad de la reserva total<sup>37</sup> sobre la base de lo inseguro de la interpretación literal a la luz de los antecedentes históricos<sup>38</sup>, de lo irrazonable de limitar la autonomía de la voluntad en este campo<sup>39</sup>, y de

---

su derecho, dispusiese de los bienes a los cuales se extendiese la reserva». 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 VIÑALS, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., págs. 189-190, que refuta a SCAEVOLA fundándose en la naturaleza transmisiva 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».

35 Vid. BARRAL VIÑALS, loc. ult. cit.; Díez-PICAZO, «El *animus donandi*», cit., págs. 329-330; Díez-PICAZO y GULLÓN, *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».

36 Así, RODRÍGUEZ ABRADOS, «Donación con reserva de facultad de disponer», cit., pág. 458. Si no entendemos mal ello supone volver 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.

37 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.

38 Analizando el origen histórico del término «algunos» concluyen otros que la reserva total es posible. Así: BARRAL, *La reserva de la facultad de disponer en la donación*, cit., págs. 186-187. También 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. 1220 y ss. y CASTILLO TAMARIT, «Donaciones con reserva de la facultad de disponer, prohibiciones de disponer, gananciales y legítimas», *ADC*, 1982, pág. 356.

39 Así, CRISTÓBAL-MONTES, *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 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, 2º, 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.

la utilidad de la donación para el donatario aun con la reserva total<sup>40</sup>. Apoyaría este aserto el hecho de que los principios que inspiran nuestro ordenamiento se apartan de la regla «donar y retener no vale»<sup>41</sup>, y de que en otros casos análogos el Código resuelve en favor de la validez de la donación<sup>42</sup>. Albaladejo<sup>43</sup>, también alega a favor de esta interpretación lo absurdo que sería admitir que para evitar la pretendida regla de la prohibición de la reserva sobre todos los bienes, bastaría dejar excluida una pequeña porción.

En conclusión, pensamos que de nuestro sistema no sólo no impone la nulidad de las donaciones en las que el donante se reserve, por cualquier medio, facultades de disposición sobre la totalidad del objeto donado, sino que explícitamente las permite y las conceptúa entre las donaciones *inter vivos*. En este sentido estamos de acuerdo con Barral Viñals en que la finalidad del artículo 639 CC 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 ésta<sup>44</sup>.

Resulta, pues, difícil de justificar que el criterio distintivo de las donaciones *mortis causa* se pretenda hacer radicar en la revocabilidad de las mismas. Según pensamos, en nuestra Codificación la única modificación relevante es la desaparición de la donación *mortis causa* como forma típica: antes se admitía una figura en la que existía el poder de revocación ligado de forma natural a una forma concreta de donación, la *mortis causa*; hoy en día, no existiendo dicha figura típica, ese poder del donante sólo se podría introducir expresamente en cada caso en la donación *inter vivos*: el régimen que se deduce de los artículos 639 y 641 CC así parece demostrarlo. En suma, rechazado por nuestra legislación el principio «donar y retener no vale», delimitada la frontera entre donaciones *inter vivos* y *mortis causa* en el punto del tiempo en que se produce su eficacia, y faltando una prohibición de que los negocios con efectos *inter vivos* persigan una *causa mortis*, debería ser

---

40 Así LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, volumen 3º, 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.

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

42 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 cargo 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 bienes.

43 *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 257 y ss.

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

evidente la admisibilidad de donaciones *inter vivos* aunque sean revocables, y produzcan su efecto pleno y definitivo con carácter *post mortem*.

La interpretación propugnada se aviene perfectamente a lo dispuesto por el artículo 620 CC, pues también estas donaciones revocables para el donante producen efectos *inter vivos* porque toda donación a la que no falten sus requisitos esenciales por muy condicionada o aplazada que esté, incluso aunque se someta a una condición voluntaria para el donante, tendría los efectos propios del negocio condicional durante la vida del mismo<sup>45</sup>, y no caerían bajo el ámbito del 620, que se referiría exclusivamente a las donaciones que carecen absolutamente de efectos en vida.

Quizá se pueda alegar que queda otro problema por resolver: es un principio necesario en nuestro Derecho de sucesiones la seguridad que depara la exigencia de requisitos formales especialmente solemnes. En cambio, en las donaciones no inmobiliarias que se hayan realizado con la entrega y la aceptación inmediata no quedaría rastro formal que otorgue seguridad en cuanto a la voluntad del disponente de condicionar resolutoriamente la donación a su muerte. Igualmente en las donaciones no inmobiliarias hechas por escrito y con eficacia suspensiva de la transmisión, el hecho de que el momento en que la donación debe producir su efecto principal sea el de la muerte del donante, puede plantear problemas de autenticidad del documento. Quizá estos problemas explican que la mayoría de los supuestos jurisprudenciales se referían a casos en los que existía escritura pública, pero en cualquier caso no creemos que estos problemas sean un obstáculo para la validez de las donaciones, si acaso serán un buen motivo para utilizar la forma pública y asegurar así que la donación no será impugnada<sup>46</sup>.

---

45 En este sentido, JORDANO, «El testamento», cit., pág. 61, y GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, págs. 53-54, nota 43. Esto es lo que explica que las donaciones de este tipo no caigan dentro de la definición de testamento realizada por el art. 667 CC, pues precisamente en ellas existen efectos *inter vivos*, por lo que falta un requisito esencial del testamento como es la irrelevancia del mismo *ante mortem*.

46 Para JORDANO BAREA, «El testamento», cit., pág. 68, nota (\*) si la donación *mortis causa* revocable no estuviera equiparada al testamento «holgarían en la práctica las prescripciones de forma impuestas al testamento».

## II. CONCLUSIÓN: LOS EFECTOS QUE, PRODUCIDOS EN VIDA DEL DONANTE, SON SUFICIENTES PARA EXCLUIR LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 620 CC

En su momento invocamos la opinión de Fuenmayor de que el artículo 620 no excluía literalmente las donaciones *mortis causa*, y que sería la admisibilidad o no de su régimen dentro del sistema jurídico de la donación la que decidiría sobre su subsistencia o su extinción. Después del análisis que hemos hecho creemos que se debe afirmar que, si bien la *donatio mortis causa* ha desaparecido como negocio típico de nuestro Derecho, se conserva en él la posibilidad de dar vida voluntariamente a una figura con efectos parecidos. Tanto las antiguas donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio (transmitir inmediatamente la propiedad, aunque revocablemente), como las antiguas donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo (la propiedad sólo se transmite tempore mortis, siendo la donación revocable hasta entonces) pueden producir la eficacia propia del negocio condicional en vida del donante, y, en definitiva quedan fuera de la remisión del artículo 620 CC a las reglas de la sucesión testamentaria<sup>47</sup>. Llevando a las últimas consecuencias dicho precepto únicamente serían rechazables las donaciones formalizadas como *donatio inter vivos* que no produjeran absolutamente ningún efecto en vida del donante<sup>48</sup>. A este respecto nos parece que no se puede discutir la validez de una donación sobre la base de que algunos de sus efectos no se produjeran en vida del donante, o que la donación fuera revocable, pues el propio punto de partida —la existencia de una donación formalmente *inter vivos*— aporta un elemento difícilmente rechazable en favor de la validez<sup>49</sup>.

La pregunta sobre qué efectos son los que, producidos en vida del donante, evitan que la donación tenga que formalizarse en testamento, puede ser respondida de una forma sistemática:

---

47 Vid. ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs 74 y ss., analizando separadamente ambos supuestos.

48 Así, LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 329. Sin embargo este autor indica que no producirían ningún efecto en vida las donaciones revocables. Para nosotros esta afirmación pondría el acento en el dato de la irrevocabilidad como necesario para calificar una donación como *inter vivos*, sin que, a nuestro juicio, exista suficiente fundamento para ello en nuestro Derecho.

49 Así CUENA CASAS, «Comentario a la Sentencia de 25 de julio de 1996», *CCJC*, nº 43, pág. 122; ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., pág. 80-81.

- a) Cuando se transmite la plena propiedad al donatario, aunque se establezca la revocabilidad de la donación.
- b) Cuando se transmite al donatario simplemente la nuda propiedad, y el donante se reserva el usufructo vitalicio; incluso si la donación de la nuda propiedad fuera revocable pues la condición de nudo propietario otorga un conjunto de facultades antes de la muerte del donante<sup>50</sup>.
- c) Cuando la donación no transmite la propiedad hasta el momento de la muerte existirán efectos en vida si la donación es irrevocable.
- d) Si la donación no transmite la propiedad hasta el momento de la muerte y está sujeta a una condición potestativa, consistente en el no ejercicio de la facultad de disponer por parte del donante, la cuestión es más discutible. De todos modos, tal como hemos argumentado, pensamos que el donante, en la fase de pendencia de la condición, tiene derecho a defender su expectativa: se puede pensar en el caso de que el derecho que se le atribuye quede a cargo de un tercero; pero también en que esa expectativa le otorgará cierta posición frente al donante, como la de actuar para conservar la cosa en caso de pasividad del mismo. Todo esto justificaría suficientemente la existencia de efectos en vida, y por tanto la no sujeción del negocio a las reglas de la sucesión testamentaria<sup>51</sup>.

Evidentemente, la interpretación precedente otorga una extensión al artículo 621 CC desproporcionada respecto al 620 CC, al introducir en el campo de las donaciones *inter vivos* algunas donaciones que no producen todos sus efectos en vida del donante<sup>52</sup>. ¿Qué significado conserva el artículo 620

---

50 Por ejemplo las facultades y deberes derivados de los artículos 500, 501, 502, 503, 505 CC, etc.

51 Para DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa*», cit., págs. 113-114, para excluir la existencia de una donación *mortis causa* debería bastar el señalamiento de bienes, siempre que concurra la forma suficiente.

52 VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 67 y ss. llama a este fenómeno «restricción de la eficacia y del concepto de la donación '*mortis causa*' en las codificaciones modernas», lo que se produce a raíz de las consecuencias demasiado radicales a que llevaba la desaparición del ordenamiento de esta figura, y que pretende «reducir aquel concepto prohibido», para que «aquella extirpación no deje un hueco excesivamente notable como difícil de explicar satisfactoriamente». Nótese, por ejemplo, el escaso ámbito de la donación *mortis causa* prohibida en la concepción de LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, cit., pág. 329: «el artículo 620 se refiere, por tanto, a aquellas liberalidades que no producen *absolutamente ningún efecto*, es decir, que no vinculan, antes de la muerte del causante».

en un sistema así? Para nosotros el artículo 620 no se dirige a negar virtualidad a un tipo de donaciones, sino a señalarle su concreto régimen normativo: el de las disposiciones testamentarias. Este régimen procedería, como puede deducirse del propio precepto, cuando las pretendidas «donaciones» participaran de la naturaleza de las disposiciones testamentarias, es decir, no tendrían efecto alguno antes de la muerte del disponente. Así, en nuestro Derecho no se podría considerar donación *inter vivos* el acto en el que el beneficiario no pudiera aceptar en vida del donante<sup>53</sup>, o el que se configurara con absoluta y radical negación de cualquier efecto en vida del donante porque se refiera a los bienes que se tengan en el momento de la muerte<sup>54</sup>. Pero en estos casos no es el artículo 620 el que impide la validez de esas «donaciones», sino su inadecuación al concepto general de donación y, en suma, su choque con el criterio legal en materia de sucesión contractual.

---

53 Así ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs. 79 y 116. La posibilidad señalada en el texto está excluida de forma radical por el artículo 633, en el caso de las donaciones de bienes inmuebles, que expresamente impone la necesidad de que la aceptación se produzca en vida del donante. En las donaciones de bienes muebles, aunque la norma no se pronuncie, la doctrina suele convenir en que también es necesaria la aceptación del donatario en vida del donante. Sobre la materia: cfr. ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 185-186 y ALBIEZ, *Negocios atributivos «post mortem»*, cit., págs. 113-114, nota 138. Por otra parte en esto el régimen histórico de las donaciones *mortis causa* era similar, pues se exigía la aceptación del donatario en vida del donante: vid. VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 140 y ss.

54 Así también DORAL GARCÍA, «Donaciones *mortis causa*», cit., pág. 113. Porque entonces estaríamos ante un pacto sobre herencia futura, vedado por el artículo 1271,2 y también por el artículo 635. Aceptamos expresamente la interpretación de LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, volumen 3º, Barcelona, 1986, pág. 135; y ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., págs. 215 y ss. sobre el artículo 635 para quienes su contenido supone una reiteración del criterio del 1271, y no impide la donación de bienes futuros singulares, sino donar un conjunto patrimonial todavía no determinado.

## SEGUNDA PARTE. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE EL PROBLEMA DE LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*

La concreta justificación de las ideas sostenidas en la Primera Parte, requiere que nos detengamos ahora en la exposición más detenida sobre la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, para lo cual distinguiremos entre las diversas líneas doctrinales que en ella cabe diferenciar.

### I. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LAS CUALES LA DONACIÓN *INTER VIVOS* REQUIERE QUE LA PROPIEDAD SE TRANSFIERA AL DONATARIO EN VIDA DEL DONANTE

Antes de referirse a esta línea jurisprudencial, es importante destacar que no existen Sentencias que sigan esta tesis y afirmen la condición *mortis causa* de la donación en litigio, sino que siempre se utiliza este criterio para estimar que las donaciones litigiosas eran *inter vivos*, en razón precisamente de que se había transmitido en vida la nuda propiedad, aunque el donante se hubiera reservado el usufructo vitalicio.

Así se pronunciaron las siguientes Sentencias: 5 de noviembre de 1956<sup>55</sup>, 7 de junio de 1960<sup>56</sup>, 7 de enero de 1975<sup>57</sup>, 7 de noviembre de

---

55 El demandante había donado a sus hijas menores de edad, demandadas, tres fincas descritas en la escritura pública, reservándose para sí y su mujer el usufructo vitalicio de las mismas; el propio donante, como representante legal de sus hijas, aceptó la donación. Se había hecho constar que la donación era *inter vivos*, y se debía entender pura, perfecta e irrevocable. Posteriormente el donante intentó obtener del órgano judicial la declaración de que las donaciones eran *mortis causa* y, por tanto, revocables, pero la demanda fue desestimada.

56 Se consideró válida la donación, que se calificó como *inter vivos*, de un inmueble con reserva del usufructo vitalicio en favor de ambos cónyuges pues «la nota diferencial entre una y otra donación, estriba, conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, en que los efectos del acto de liberalidad, se produzcan antes o después de la muerte del donante y en este caso, habiéndose donado la nuda propiedad de tres casas, con reserva del usufructo, no sólo se conforma con el ya citado artículo 634, sino que tampoco puede impedir el efecto de transferir la propiedad de los inmuebles al donatario desde el momento de la aceptación...es obvio que los efectos de la donación se produjeron en vida del donante».

57 Se dio validez como donación *inter vivos* a la realizada con las formalidades propias de las mismas, aunque la donante conservó la posesión de las cosas donadas. Afirmó la Sentencia que «la jurisprudencia califica de donaciones '*mortis causa*' las que se informan en el temor de la muerte, sin intención de perder el donante la cosa donada o su libre disposición en el caso de vivir, por lo que son revocables, no producen efectos sino '*post mortem*' y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias».

1979<sup>58</sup>, 30 de noviembre de 1987<sup>59</sup> y 10 de diciembre de 1987<sup>60</sup>. Se po-

58 Se admitió que la donación, aun con la reserva de facultades de uso por el donante tenía carácter *inter vivos*. La Sentencia indicó que «es esencial a la donación '*mortis causa*', como liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte '*contemplatio mortis*', la característica de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que le convierte en revocable por lo mismo que no produce efecto sino *post mortem*, ... lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a calificar como tales las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición por lo que además de su revocabilidad su eficacia no se origina en vida del disponente y carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias...de manera que la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo pero sin incorporarse a la donación como causa, lo que no acontece en el caso litigioso en que es transmitida a las donatarias la nuda propiedad de las distintas plantas, atribuyéndoseles un poder de disposición con determinadas restricciones», no obsta a esa calificación que la donante se reservara ciertos aprovechamientos sobre la finca.

59 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. Dice el 2º FD: «Para mejor y más adecuada comprensión de los temas sometidos a examen de esta Sala, a la vez que como datos de ineludible exposición, a los efectos de los razonamientos que se pasan a desarrollar en los siguientes fundamentos, se ofrecen los siguientes: I) El 20 de julio de 1981, don Manuel R.G. y doña Macrina-Delfina A.F. padres y abuelos de los actores y padres a su vez de la demandada, doña Leonor, otorgan escritura pública en la cual 'ceden' a su referida hija y esposo, 'que aceptan, la nuda propiedad de todas y cada una de las fincas descritas..., así como la nuda propiedad de la parcela...' (estipulación primera); II) A su vez, en la estipulación segunda se hace constar que los cesionarios 'contraen la obligación de prestar a los cedentes...asistencia y alimentos, en los términos dispuestos en el artículo 142 del Código civil y concordantes, con carácter vitalicio'. En la misma estipulación se dice, que referida obligación, '...tendrá el carácter de resolutoria y el incumplimiento por parte de los señores cesionarios, dará lugar a que, automáticamente, las fincas transmitidas por esta escritura reviertan a la plena propiedad de los señores cedentes'; III) Por último, en la estipulación tercera se establece también como condición resolutoria, que los 'cesionarios y durante la vida de los señores cedentes no podrán enajenar los bienes adquiridos', así como que aquéllos conceden poder a los cedentes '...para que juntos o separadamente, en nombre de los poderdantes puedan: vender total o parcialmente los bienes contenidos en esta escritura, a la persona o personas que tengan por conveniente, por el precio que libremente estipulen...'; IV) El eje de la discrepante posición de ambas partes contendientes, se centró en si el contrato en cuestión era o no simulado, problema que fue resuelto en primera instancia en el sentido de ser verdadero y haberse cumplido por los cesionarios adecuadamente sus condiciones, desestimando la demanda. A su vez, en la aquí impugnada, se revoca aquélla al estimar que el contrato discutido no es de renta vitalicia, por las razones que expone, sino un '...negocio disimulado de donación, con causa distinta de la en el mismo expresada, pero fundada en otra verdadera y lícita, lo que otorgaría validez a la convención, si no fuera porque el acto es nulo por falta de formalidades legales, por cuanto las donaciones cuyos efectos quedan aplazados a la muerte de los otorgantes se rigen por las reglas correspondientes a la sucesión testamentaria y habrán de otorgarse por testamento'». Partiendo de estas consideraciones el Tribunal Supremo considera que si bien el contrato no puede calificarse como de renta vitalicia,

dría añadir, como expresiva de este mismo criterio la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de septiembre de 1901<sup>61</sup>.

---

dado que no se transmite el dominio pleno, sí estima que constituye un contrato vitalicio o de pensión alimenticia que tiene carácter atípico, pero que está reconocido por la jurisprudencia.

En el último FD se añade: «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 *condicio* no produce el efecto querido y sí 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 condición 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».

60 En ella se entendió que lo diferido por unas donaciones era la entrega de la posesión: el caso se refería a unas donaciones realizadas en instrumento público cuya efectividad se debía producir al tiempo de la muerte del donante o en el momento en que los donatarios contrajeran matrimonio, pero que tenían carácter definitivo, aunque los donatarios sólo podían disponer de los bienes donados por acto *mortis causa*. En opinión de VALLET, *CCJC*, 1987, pág. 5280, esta Sentencia se mantiene en una línea «restrictiva del concepto de donación *mortis causa*, en el Derecho vigente en el régimen del Código Civil».

61 Se refiere a un caso suscitado en Gerona, resuelto con algunos criterios utilizables en el Derecho común. Los consortes, padres de la donataria, otorgaron escritura pública el día 2 de junio de 1891 donando «para después de la muerte de los propios donadores, y no antes y ahora para entonces, de un modo irrevocable y perpetuamente» todos los bienes y derechos que les corresponden y puedan en lo sucesivo corresponderles, aunque se hacía expresión de los bienes actualmente existentes en los patrimonios de los donantes. En otra cláusula se señaló que, puesto que la donación no había de tener efectos hasta la muerte de los consortes, éstos se reservaban el usufructo y libre administración de los bienes, queriendo que el sobreviviente fuera también usufructuario de los bienes del premuerto. Presentada la escritura a la inscripción se denegó la misma «porque siendo su contenido una donación para después de la muerte de ambos donadores y no antes, es preciso justificar que se ha cumplido esta condición o hecho de que depende». En cambio la Dirección General consideró que bastaba la transmisión de la nuda propiedad, aún conservando el donante el usufructo, pues «la donación es un título traslativo del dominio, y que si bien la contenida en la escritura objeto del recurso no ha de surtir efecto hasta después de la muerte de los donantes, es indudable que modifica desde luego las facultades de los mismos de disponer de la cosa donada, puesto que es donación entre vivos, y se hace de un modo irrevocable (...) si tal limitación no se hiciera constar en el Registro, podría, mediante la transmisión del inmueble a tercero, burlarse el derecho adquirido por la donataria al dominio pleno de la finca cuando ocurra el fallecimiento de los donantes». Con independencia de que la donación de bienes futuros no sería posible en el Derecho común en virtud de lo dispuesto en el artículo 635 C.c., por lo que en cuanto a ellos la donación no podría ser válida, está claro que en cuanto a los bienes presentes la voluntad de los donantes era la de donarlos ya y sólo reservarse el usufructo.

Por otro lado en el caso existía también una donación del usufructo de los bienes al cónyuge superviviente sobre la que no se discute, por estar permitida en el Derecho catalán; sin embargo, en el

## II. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO PARA LAS CUALES LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA* SE CARACTERIZA POR SU REVOCABILIDAD

Existe una serie de Sentencias en las que la transmisión de la propiedad era imposible que se hubiera producido en vida de donante; en esos casos el Tribunal Supremo se apartó de la idea que hemos visto expresada en el anterior apartado e insistió en que lo que caracteriza a la donación *mortis causa* es la revocabilidad de la misma para el donante; revocabilidad que faltaba en los supuestos enjuiciados y que permitía calificar a las donaciones litigiosas como *inter vivos* y de ese modo salvar su eficacia.

Así las Sentencias de 28 de enero de 1898<sup>62</sup> y de 13 de junio de 1900<sup>63</sup>, declararon válidas unas donaciones de dinero que se debía entregar irrevocablemente

---

Código civil la donación entre cónyuges estaba prohibida, a pesar de lo cual las Sentencias de 14 de diciembre de 1910, 9 de abril de 1942, 5 de noviembre de 1956, 27 de marzo de 1957 y 7 de junio de 1960, junto con la Resolución de la DGRN de 29 de julio de 1904, no entraron a discutir la validez de donaciones en las que se donaba al cónyuge sobreviviente el usufructo de los bienes del premuerto, si bien los respectivos litigios se habían centrado en otros aspectos diferentes. En cambio la Resolución de 5 de mayo de 1932 y la Sentencia de 28 de octubre de 1965 son muy claras en el sentido de que dichas donaciones no eran posibles. En la primera los cónyuges habían adquirido una finca y en la escritura de compra estipularon que «al fallecimiento de uno de ellos ha de pasar al sobreviviente la parte que el premuerto adquiere en esta escritura». Se denegó la inscripción en cuanto esto último por entender «que implica una donación prohibida insubsanable». La Dirección General confirmó la nota del Registrador en razón de estar prohibidos los pactos de liberalidad entre los cónyuges. La Sentencia de 28 de octubre de 1965, para un caso similar, señaló que la donación de ese tipo no vale ni en vida ni tras la muerte, puesto que en cuanto a esto último «requeriría inexcusablemente, un acto de disposición '*mortis causa*' que no ha existido en el caso de autos», lo que contradecía frontalmente la opinión de VALLET, *Estudios sobre donaciones*, cit., págs. 307 y ss. Por su parte la Resolución de 21 de enero de 1991, eliminados los obstáculos legales para la validez de esas donaciones, autorizó su inscripción, sin atender al hecho de que la donación pudiera ser *mortis causa*.

62 El caso era el siguiente: en escritura otorgada ante testigos, y en razón del matrimonio contraído por su sobrina, una persona procedió a donarle 80.000 reales para después de su fallecimiento. La sobrina premurió a la donante; fallecida esta última, los herederos de la donataria pretenden hacer valer la donación, lo que se les concedió en primera y segunda instancia. Se recurrió en casación, por estimar los herederos de la donante incorrecta la calificación de la donación como *inter vivos*. El Tribunal Supremo calificó la donación como *inter vivos*, con entrega *post mortem*, por lo que los herederos de la donataria tenían derecho a recibir la suma donada. Hay que hacer notar que el Tribunal Supremo, aun refiriéndose a un caso sujeto al Derecho anterior al Código, expresamente consideró que igual solución derivaría del artículo 620 del mismo: «lo que diferencia la donación *inter vivos* de la donación *mortis causa*, es que ésta se hace, como su nombre indica, por causa de la muerte o de peligro mortal, sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, al igual que sucede en las disposiciones testamentarias, y que tal es la

cablemente al tiempo de la muerte del donante. Contradice esta solución la reciente Sentencia de 28 de julio de 2003, que veremos en el apartado 4.

En la Sentencia de 27 de marzo de 1957, a pesar de lo que dijera incidentalmente el Tribunal Supremo, no era posible tampoco que la transmisión de la propiedad se hubiera producido en vida del donante, pues el objeto estaba fijado cuantitativamente en una determinada superficie de fincas rústicas, que se necesitaba especificar *post mortem donantis* detrayéndola de las varias fincas pertenecientes al mismo<sup>64</sup>.

---

definición contenida...en el artículo 620 del Código civil, al determinar que las donaciones que se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria son las que producen sus efectos *por muerte* del donante; y que las donaciones *inter vivos* son las que se hacen sin esta consideración, por pura *bondad* del donante y *merecimiento del que recibe*, aunque la cosa no se entregue de momento, o se reserve la entrega *post mortem*, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto, siendo estas donaciones irrevocables (...) de esta última clase es la otorgada por Doña Simona A. en la escritura de capitulaciones matrimoniales (...) puesto que no la consideración de la muerte, ni su peligro, sino la liberalidad de la donante y el propósito de asegurar el sostenimiento del matrimonio celebrado, fueron las causas de tal donación».

Nada obsta, contra el criterio de esta Sentencia, el sostenido por el Tribunal Supremo en la de 8 de julio de 1943, ya que en esta última el problema que se planteaba no era el de la forma de la donación *mortis causa*, sino el de una donación en la que sólo verbalmente se había manifestado la voluntad de que la donataria recibiera una cantidad de dinero a la muerte del declarante. Por eso resultaba innecesario decir que como donación *mortis causa* debía estar hecha en testamento, cosa que, además, en Cataluña no sería correcto.

63 No obsta tampoco en este caso para calificar la donación como *inter vivos* el hecho de que se la condicionara a que el donatario sobreviviera al donante. El caso era el siguiente: en escritura pública de fecha 26 de octubre de 1886 se procedió a donar para después de la muerte del donante la cantidad de 12.500 pesetas; en 1891 el donante otorgó testamento en el que revocó dicha disposición. Tras la muerte del donante en 1893, la donataria reclamó a los herederos la cantidad donada. En primera instancia se entendió que no procedía la reclamación por considerarse la donación *mortis causa* y, por consiguiente revocable. La Audiencia entendió que la donación era *inter vivos* e irrevocable. En la Sentencia del Tribunal Supremo se reiteró la conceptualización de las donaciones *mortis causa* hecha en la de 28 de enero de 1898 y se añadió «que la liberalidad consignada en la escritura de 26 de octubre de 1886 y aceptada por Doña Francisca L., es una donación *inter vivos*, porque D. Pascual B. la efectuó, no en consideración a su muerte o hallándose en inminente peligro de perder la vida, sino en sanidad sin manda, para remediar las desgracias y asegurar en parte el porvenir de Doña Francisca, y en compensación o remuneración de los favores que había recibido de personas conjuntas a ella, sin que la circunstancia de que se aplazara la entrega de la cantidad donada al día de la muerte de D. Pascual y la condición pactada en la escritura de que Doña Francisca hubiera de sobrevivirle, impliquen, por tanto, como sostiene el recurrente, la esencia de la donación *mortis causa*, y menos en la actual, donde el acto revistió los caracteres de un verdadero contrato por la concurrencia y aceptación de la donataria, y en la que se constituyó hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación en su caso y día; todo lo cual pone de manifiesto el propósito en el donante de comprometerse por modo irrevocable».

64 En escritura pública de capitulaciones matrimoniales se había realizado donación en favor de uno de los contrayentes de dos fincas rústicas con efecto inmediato; los donantes decían

Tampoco se había producido la transmisión de la propiedad en vida del donante en el caso de la RDGRN de 21 de enero de 1991, pues existía una indeterminación temporal del donatario, que sería el cónyuge superviviente, y del donante, que sería el cónyuge que premuriera<sup>65</sup>. Justificando su postura, la

---

también donar para después de la muerte de ambos una cantidad determinada de tierra, necesitada de especificación después de la muerte, lo que los herederos de los donantes se negaron a cumplir. El Tribunal Supremo consideró que «el criterio de ambos juzgadores de instancia, de que se trata de una donación *'inter vivos'* y no *'mortis causa'* e interpretativa de la cláusula de las capitulaciones matrimoniales en que se contiene, debe prevalecer en cuanto no se demuestre su equivocación, cosa que no se ha conseguido, pues no ha de olvidarse que aquella donación contractual en capitulaciones matrimoniales, sobre las que se basa el régimen económico del matrimonio, es esencialmente irrevocable, motiva la propia donación, que se ratifica por razón de matrimonio, otorgada con efectos indiscutibles en vida de donantes y donatarios, originarios de un crédito a favor de éstos, real y efectivo desde entonces, aunque de exigibilidad y cumplimiento diferido hasta la muerte de ambos donantes, con fecha incierta en el cuándo, pero con vida propia e irrevocable tanto porque no se reservó esta facultad cuanto por la propia naturaleza de la donación, integrada en aquellas capitulaciones, y hecha en razón del matrimonio proyectado y celebrado, como por los propios términos contractuales o voluntad de las partes contratantes que donan de presente y sólo aplazan para después de la muerte de ambos la posesión de lo donado, lo que no es suficiente para calificarla de *'mortis causa'*, conforme a la misma jurisprudencia de esta Sala, por cuanto quedó perfeccionada e irrevocable en vida, sin que su valor y efectos dependan de ese acontecimiento, salvo la entrada en posesión antes aludida». En razón de los hechos es evidente que lo que se pospuso a la muerte no es solamente la entrada en posesión de los bienes, sino la propia determinación física de las fincas que iban a transmitirse, porque lo único determinado al donar era la extensión superficial. Para LACRUZ, *El matrimonio y su economía*, Barcelona, 1963, pág. 323, nota 14 «La Sentencia realiza aquí un difícil equilibrio para conseguir un resultado justo: en realidad esta donación es a causa de muerte».

65 Está comentada por RIVERO HERNÁNDEZ en *CCJC*, nº 6, págs. 375 y ss. Un matrimonio realizó donación de la nuda propiedad de dos fincas de carácter ganancial en favor de una hija común, reservándose los cónyuges el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo. Presentada al Registro la escritura pública se denegó la inscripción «del inciso final de la estipulación primera, en cuanto se refiere a la posibilidad de que el usufructo que se reservan los cónyuges donantes pueda tener carácter de sucesivo, ya que siendo las fincas sobre las que recae la nuda propiedad donada de carácter ganancial...ese mismo carácter ganancial seguirá teniendo el usufructo que, sin más, excluyen de la donación y se lo reserva, por todo lo cual, fallecido uno de los donantes, serán de aplicación ineludible los artículos 1344 y 1392 a 1410 del Código civil». La Dirección General desestimó la opinión de que en la reserva por el sobreviviente del usufructo de las fincas haya que ver una donación *'mortis causa'*, ya que: «hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una verdadera situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, sólo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía Antonio Gómez para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa 'te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte', 'te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida'. Cabe, pues, donación entre vivos no sólo cuando se confiere la nuda propiedad a una persona y el usufructo a otra (cfr. artículo 640 del Código Civil), sino también cuando el donante de la

Dirección General explicó, siguiendo a Antonio Gómez, que la muerte puede funcionar como «presupuesto de eficacia o de *conditio iuris* de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado)»; o como simple «condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago». Con ello se puntualiza de forma expresa y consciente la no esencialidad de la transmisión del dominio en vida del donante, contra lo que literalmente se había sostenido en algunas Sentencias; interpretación que se puede fundamentar en el hecho de que el artículo 620 habla de «los efectos», sin decir cuáles deban ser, y en que cuando la muerte actúa como condición o término, sí «se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada», suficiente para estimar existentes efectos entre vivos.

### **III. EL PROBLEMA ESPECÍFICO SUSCITADO POR LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 639 CC EN EL PUNTO RELATIVO A LA POSIBILIDAD DE UNA RESERVA DEL PODER DE DISPOSICIÓN SOBRE TODAS LAS COSAS DONADAS**

Nuestro Tribunal Supremo, en las escasas ocasiones en que se ha referido al problema enunciado en el epígrafe, no parece admitir la posibilidad de la reserva del poder de disposición sobre la totalidad de las cosas donadas, lo cual es problemático, pues entendemos que el sistema legal impone la solución contraria. Por otra parte, esta doctrina confirma que el verdadero problema con que se encuentran las donaciones que producen sus efectos

---

nuda propiedad retiene para sí el usufructo -cfr. artículos 492 y 634 y S. 7 de junio de 1960-; o cuando el donante confiere el usufructo a otra persona, pero, sólo para después de la muerte del donante mismo que queda como primer usufructuario. Y, en general, cabe estipular combinaciones parecidas siempre que haya intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos aunque se convenga que sólo puedan hacerse plenamente efectivos a la muerte del disponente».

La Dirección General también precisó que «no cabe hablar en la hipótesis del caso de contrato sobre herencia futura, pues nada se estipula en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir, sino sólo sobre bienes concretos y ya existentes. Si su titular podía disponer de ellos enteramente con no menor razón podrá disponer sólo de derechos limitados, aunque su plena efectividad quede condicionada o aplazada a la muerte del disponente. En estos casos, como ocurre con la donación de nuda propiedad, la transmisión se produjo en vida del disponente y la muerte sólo significa la actualización de las potencialidades de un derecho ya transmitido».

transmisivos en el momento de la muerte del donante radica precisamente en el carácter revocable que se pretende dar a algunas de ellas. Al respecto se suelen considerar las Sentencias de 28 de abril de 1975<sup>66</sup>, de 7 de julio de 1978<sup>67</sup> y de 9 de junio de 1995<sup>68</sup>.

---

66 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».

67 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 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 aquélla podría ser efectiva, conclusión ésta 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 jurídico 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 negocial 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».

68 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 segundo de los motivos de los actores se basa en el número 5 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y acusa la infracción del artículo 621 en contraposición del 620 ambos del Código Civil, en relación con el artículo 1462 aplicable por analogía (artículo 4.1 del mismo Código) y con los artículos 644, 647 y 648 del mismo, también aplicables por analogía, e infracción del artículo 639 en relación con el artículo 1255 todos del Código Civil. El núcleo alegatorio del motivo radica en la oposición de los recurrentes a la calificación que hace la Sentencia recurrida de la donación discutida como donación '*mortis causa*', cuando los recurrentes consideran que es donación *inter vivos* con efectos 'post mortem' y también, en contra de la Sentencia, la consideran válida. Se refiere el motivo a la escritura de donación de 13 de marzo de 1984, de la parte alta de la finca 'Mas Nou' a favor del demandante don Felipe. En esta escritura 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

En realidad en el caso del que se ocupó la Sentencia de 28 de abril de 1975 faltaba la acreditación indudable de la voluntad de donar; pero en cambio, las Sentencias de 7 de julio de 1978<sup>69</sup>, y de 9 de junio de 1995 sostuvieron con toda claridad la doctrina de que la reserva del poder de disposición no puede abarcar todos los bienes<sup>70</sup>.

---

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 y ha de mantenerse lo acordado en los apartados 1º y 2º del fallo recurrido, y el motivo examinado debe decaer.

QUINTO. El tercero y último de los motivos de los demandantes, con el mismo apoyo procesal que el anterior, denuncia la infracción del artículo 639 en relación con los artículos 348 y 1255 todos del Código Civil. 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 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 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, y con él la totalidad del recurso formulado por los demandantes. Y éstos han de satisfacer, a tenor del artículo 1715, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de su recurso, sin pronunciamiento sobre depósito para recurrir por no haber sido necesaria su constitución».

69 Está comentada por GARCÍA GARCÍA, en *RCDI*, 1980, págs. 1212 y ss. Sobre ella, vid. DÍEZ-PICAZO, «El *animus donandi*», cit., págs. 305 y ss.

70 Ciertamente se ha dicho que la Sentencia de 7 de julio de 1978 declarararía la nulidad de la donación por otras causas diferentes, pero no estamos de acuerdo con esa interpretación de su

En una materia próxima a la anterior se suscita la duda sobre la validez de la donación que esté acompañada de un poder del donatario en favor del donante para que disponga de las cosas donadas. Si se interpreta que en el artículo 639 no cabe la reserva del poder de disposición sobre la totalidad de los bienes, estos negocios pudieran estimarse concluidos en fraude a la ley, constitutivos de donaciones *mortis causa*, y realizados sin voluntad de donar<sup>71</sup>. Además, el mandato es revocable esencialmente, por lo que el dona-

---

doctrina. El Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación por faltar el *animus donandi*, pues la reserva del poder de disposición sobre todas las cosas donadas entiende que excluye la existencia de voluntad de donar. La Sentencia ciertamente afirmó también que la solución se imponía porque del conjunto de la prueba se deducía que lo único que quería la donante era desprenderse de la titularidad formal de los bienes parafernales para evitar que su marido, del que estaba separada, administrara los frutos que produjeran las fincas donadas; pero ello no autoriza a decir que si el Tribunal Supremo se inclinó «por la posibilidad de la reserva sólo parcial... tal criterio lo mantuvn *obiter dictum*, y no como fundamento del fallo, en caso en que se estimó la nulidad de la donación por otras razones» (ALBALADEJO, *Comentarios*, VIII, 2º, cit., pág. 259). Tampoco es aceptable decir que el Tribunal Supremo no sostuvo que la reserva total sea nula sino que falta el *animus donandi*, como hace LACRUZ, *Elementos*, 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».

71 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 vendedora 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 no conservó mediante el poder las facultades propias del usufructo sino las del dominio, en concreto 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».

Idéntica solución se estableció en la Sentencia de 24 de febrero de 1986, en un caso en que, habiéndose celebrado la compraventa de un inmueble en escritura pública, un mes más tarde se otorgó un documento privado en el que se facultaba al vendedor a disponer de parte de lo vendido. Este documento, según la Sentencia «está poniendo de manifiesto que el precitado vínculo de compraventa no tenía causa real, y por tanto era inexistente, pues es absurdo, y como tal rechazable, que quien se dice vendedor siga teniendo facultades dispositivas sobre lo vendido hasta su fallecimiento, revelando, en consecuencia, que la escritura pública de 8 de febrero de 1974, que externamente refleja compraventa, no tenía realmente como móvil determinante esa relación jurídica, sino tan sólo era un medio meramente formal con que poder justificar ante terceros la atribución dominical el mencionado Don Antonio P.V. sobre los bienes en cuestión después de que se produjese el fallecimiento de los titulares dominicales». Sobre la posibilidad de que la compraventa encubriera una donación *inter vivos* con entrega *post mortem* el Tribunal Supremo señaló que «no puede tener valor...de donación, en cuanto que le faltaría el esencial requisito de la aceptación que

tario podría burlar con facilidad la finalidad del donante nada más que revocándolo, si bien para impedir ese efecto pudiera interpretarse que la donación podría entenderse condicionada, expresa o implícitamente, a la subsistencia del poder de disposición.

A nuestro juicio, la solución de estimar inexistente la donación por falta de *animus* que han adoptado varias Sentencias pudo estar muy condicionada por la existencia de donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa, pues el simple otorgamiento de un poder de disposición en favor del donante no prueba la inexistencia de donación, ya que ni el poder es irrevocable de suyo, de manera que el donatario puede revocarlo y recuperar el ejercicio por sí mismo de los poderes sobre la cosa, ni permite al apoderado hacer suyos los frutos de la venta, sino que está obligado a restituirlos y dar cuenta de su cometido al poderdante<sup>72</sup>.

En otras ocasiones, sin discutirse la validez de la donación, el problema práctico es el de la subsistencia de la donación a pesar de que el poder otorgado en favor del donante haya sido revocado. La jurisprudencia se hace eco de algún caso en el que la donación resultaba expresamente condicionada a esa subsistencia<sup>73</sup>, sin embargo los supuestos más abundantes son aquellos en que, no existe una condición expresa aunque sí una conexión temporal entre ambos contratos. La jurisprudencia suele rechazar que esta conexión implique un condicionamiento de la donación al hecho de la subsistencia del poder. A este respecto la Sentencia de 17 de julio de 1995<sup>74</sup> declaró que la

---

exige el artículo 633 del Código civil, pues no puede apreciarse que se acepta una donación por el pretendido donatario cuanto éste precisamente niega que la relación jurídica sea donación, sino real y efectiva compraventa».

72 Sin embargo, en la Sentencia de 7 de julio de 1978, para una donación de varios bienes en favor de los hijos de la donante, parte de los cuales otorgaban a la donante poder de disposición indicó que la conexión de la donación y el otorgamiento del poder significa la inexistencia de *animus donandi*.

A nuestro juicio fue más correcta la solución de la Sentencia de 24 de diciembre de 1993 cuando afirmó que 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.

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

74 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.

relación causal entre la subsistencia del poder y el mantenimiento de la donación no consta con claridad, si la donación no se condiciona expresamente a la no revocación del poder. Sin embargo la Sentencia no excluyó la prueba de la relación entre el negocio de mandato y la donación —que en todo caso sería difícil en la práctica—, pues aunque insistía en que «las condiciones que se imputen en la donación...han de reflejarse convenientemente, pues se imponen y exigen necesaria precisión en la escritura pública», tampoco se ignoraba que «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». Por tanto, no es imposible que el pacto de las partes, debidamente probado, pueda tener incidencia en la subsistencia de la donación<sup>75</sup>.

---

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)».

75 En el mismo sentido la Sentencia de 14 de mayo de 1987, en la que se alegaba que una donación, configurada documentalmente como pura e incondicional, respondía a la voluntad expresa, pero verbal, de constituirse con reserva de disponer por los donantes y con derecho de

En la Sentencia de 24 de diciembre de 1993<sup>76</sup>, se suscitaba un caso muy interesante. En primer lugar existía la duda sobre si la donación acompañada del poder de disposición irrevocable en favor del donante puede considerarse válida: la Audiencia lo negó, pero el Tribunal Supremo, sobre la base de que el mandato conferido no eximía ni de la rendición de cuentas ni de la entrega del precio de la venta al mandante, la declaró válida<sup>77</sup>, si bien entendió que el

---

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.

76 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 confesado, de contado o aplazado, permutar y por cualquier título oneroso 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, pronunciamiento que el Tribunal Supremo casa, declarándolas válidas.

77 Según la Sentencia: «los incompletos e imprecisos hechos-base...de que parte la sentencia recurrida...no conducen, según las reglas lógicas del criterio humano, a la conclusión de que las donaciones litigiosas...fueron hechas con simulación absoluta, y ello por las razones siguientes: a) El poder general otorgado por la donataria en favor de sus padres, comprensivo de amplísimas facultades (la mayoría de las cuales —aceptar herencias, practicar particiones hereditarias, ejercer el comercio, librar, endosar, aceptar, cobrar y descontar letras de cambio, asistir con voz y voto a las juntas que se celebren en suspensiones de pagos, quiebras y concursos de acreedores, etc.—, poca relación guardan con los bienes donados) a lo que autorizaba a los apoderados... era a vender, en representación de la poderdante, la nuda propiedad de los referidos bienes (que fue lo únicamente donado), pero no eximen a aquéllos de rendir cuentas a ésta del resultado de su gestión y de entregarle el precio percibido por la venta de dicha nuda propiedad (art. 1720 del Código civil); b) El hecho de que la donante continuara en la posesión de los bienes, no puede en modo alguno conducir a la conclusión de la existencia de una simulación absoluta, pues si la donante se había reservado, para sí y para su esposo y padre de la donataria, el usufructo vitalicio de los bienes donados, es evidente que la posesión de los mismos la habían de conservar los referidos usufructuarios; c) La circunstancia de que los bienes donados (en cuanto a su nuda propiedad exclusivamente) por doña Pilar P.S. a su hija doña María del Pilar C.P. fueran o pudieran ser la totalidad de los que tenía la donante, aparte de no corresponderse con la realidad probatoria obrante en autos, pues también hizo otras donaciones a su hijo don Santiago...y la propia donante manifestó expresamente en las dos escrituras de donación otorgadas en favor de su hija 'que le restan bienes suficientes para vivir

pacto de irrevocabilidad del mandato no impide la revocación<sup>78</sup>. No obstante, aunque se llegara a aceptar la solución de la Sentencia, también cabría

---

según su estado y circunstancias', a aparte de ello, decimos, la referida circunstancia no priva a las repetidas donaciones de causa ('animus donandi'), que es la única esencia determinante de la simulación absoluta; d) Las 'dificultades financieras familiares', a que de modo impreciso e inconcreto se refiere la sentencia recurrida, no conducen tampoco, según las reglas lógicas del criterio humano, a la conclusión por ella obtenida (existencia de simulación absoluta), pues las referidas 'dificultades financieras', que sólo gravitaban sobre la sociedad anónima 'Frucampos SA'..., no podrían en ningún caso vincular ejecutivamente a los bienes privativos de la donante, aunque fuera accionista de dicha entidad...; d) El último 'hecho base' (de difícil comprensión, por cierto) que la sentencia recurrida tiene en cuenta...y que consiste, según dice textualmente, en que '...la disgregación en diferentes instrumentos públicos de los poderes de los donantes en relación con las fincas donadas...permitía frente a terceros mantener en secreto su existencia y tan sólo surge a la luz al litigar precisamente las partes en dichos contratos', aparte de no ser cierto, pues el poder otorgado por la donataria fue solamente uno (por lo que no hubo tal 'disgregación'), no impedía en modo alguno que los presuntos acreedores (si es que a ello quiere referirse la sentencia recurrida) pudiera conocer la existencia de las donaciones, pues las mismas fueron inscritas en el Registro de la Propiedad». En cambio, el análisis del comportamiento de los donantes, que se fueron desprendiendo de su patrimonio en vida en favor no sólo de la demandada, sino de su otro hijo, así como la edad avanzada de los mismos, hizo llegar al Tribunal Supremo a la conclusión de que los padres «actuaron de consuno y con evidente intención de distribuir *inter vivos*', entre sus dos únicos hijos...la mayor parte de su patrimonio», por lo que las donaciones eran válidas con independencia de que los donantes conservaran en vida amplios poderes sobre los bienes.

Compartimos las anteriores consideraciones, pero no cabe olvidar la estrecha relación que existía entre la donación y el poder otorgado, por lo que es dudoso que no sea posible en este caso estimar que la irrevocabilidad responda a «finalidades de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario».

78 A tenor de la misma: «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 conferi-

preguntarse si los supuestos en que el mandato y la donación se encuentren relacionados, no podrían dar lugar a un mandato naturalmente irrevocable<sup>79</sup>. A este respecto, podría entenderse que en estos casos el mandato existe no sólo en interés del mandante, sino también en el del mandatario, y que forma parte de otra convención.

#### IV. LA UTILIZACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DONACIÓN *MORTIS CAUSA* PARA NEGAR VALIDEZ A LA CONCRETA DONACIÓN LITIGIOSA

El análisis de las decisiones jurisprudenciales que se han podido apartar de la tesis mayoritaria no nos interesa, pues se trata de Sentencias antiguas y controvertidas. Lo realmente interesante es determinar el verdadero alcance práctico de la doctrina jurisprudencial más común, es decir, su utilización como fundamento principal del fallo. En efecto, esta doctrina mayoritaria, aplicada con todo su rigor, conduciría a la privación de validez de las «donaciones *mortis causa*» que formalmente pudieran valer como donación «ordinaria»: el problema de la forma debería ser el decisivo, si la doctrina común se formula en los términos habituales de que la donación *mortis causa* no puede formalizarse más que en testamento. Sin embargo nuestro Tribunal Supremo casi nunca, en lo que conocemos, ha decretado la nulidad de una donación basándose de modo exclusivo en la necesidad de su

---

das, 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 general».

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 vengán 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.

79 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.

formalización en testamento, cuando esa donación reuniera los demás requisitos para su validez como *inter vivos*, aunque haya usado dicha argumentación para apoyar una solución que también procedía por otros motivos<sup>80</sup>.

Uno de los casos más claros de la inconsecuencia de la doctrina mayoritariamente sostenida es el de la Sentencia de 3 de enero de 1905<sup>81</sup>, en la que se declaró nula la donación por falta de forma. Ciertamente en el

---

80 En alguna ocasión, lo que sucedía es que se alega la doctrina sobre la donación *mortis causa* sin relación decisiva con el problema del pleito. Esto sucedía en la Sentencia de 25 de octubre de 2000, en la que en realidad se afrontaba el problema de si la pretendida donación *mortis causa* tenía que ser objeto de colación, lo que no procedía por el hecho de que el donatario era el cónyuge viudo, que no está sujeto a colación. A pesar de ello, el Tribunal Supremo asume una posición netamente favorable a la validez de la donación. Así dijo "El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por transgresión de los artículos 1255 y 1323 del Código Civil, y la aplicación indebida del artículo 620 del mismo Cuerpo legal, ya que, según denuncia, con mención al contrato de reconocimiento de deuda otorgado por el causante y don Manuel L. S., don Vicente L. S. y doña Purificación S. B. en 8 de febrero de 1988, frente a la posición de la donación «mortis causa» acogida por la sentencia combatida, se opone la existencia de una cesión «inter vivos» del crédito, sujeta a condición suspensiva (fallecimiento del causante), la cual, de cumplirse, supone la eficacia retroactiva de la cesión «ex» artículos 1114 y 1120 del Código Civil- se estima porque, con relación al supuesto de hecho recogido en dicho contrato, donde fue cedido de forma gratuita el crédito que ostentaba el causante contra don Manuel L. S., don Vicente L. S. y doña Purificación S. B. en favor de doña Carmen Amalia R. V. M., si don Angel M. falleciera por accidente o enfermedad durante la vigencia del documento privado, no se ha aplicado lo dispuesto en los artículos 620 y 1035 del Código Civil, habida cuenta de que, según reiterada doctrina de esta Sala, **la donación «mortis causa» carece de validez si no se guardan en su otorgamiento las reglas dispuestas en el capítulo de la sucesión testamentaria, lo que supone la inexcusable sumisión a los requisitos formales exigidos para otorgarla**, circunstancia que no se ha cumplido en el caso del debate.

Pese a que el contrato de cesión contiene, para su plasmación, dos precisiones: a) la gratuidad, y b) la condición de premoriencia del cedente, durante la vigencia del contrato, no se configura como una donación «mortis causa», al omitirse el presupuesto de la forma testamentaria, por lo que no debe computarse en la herencia del causante, ya que el **artículo 1035 del Código Civil impone sólo la obligación de colacionar a los herederos forzosos** y doña María del Carmen Amalia R. V. M., aunque posee la condición de heredera universal del causante, no entra en aquella categoría, a salvo de lo dispuesto en los artículos 834 a 840, inclusive, del Código Civil, y el cónyuge viudo, en lo que se refiere a la cuota usufructuaria, tal como considera la doctrina en general, parece excluido de esta obligación tanto por su peculiar situación jurídica en la sucesión, **como por la finalidad de la colación, que no es otra que la de igualar a los iguales**".

81 Tras la muerte de una persona apareció el resguardo del depósito bancario de 12 obligaciones en cuyo dorso figuraba: «Fallecida yo, páguese a la orden de Doña Micaela de la Llana» y la firma y la fecha. La Audiencia, revocando la Sentencia de primera instancia, estimó que los títulos de la Deuda del Estado fueron válidamente donados con donación entre vivos y debían ser entregados a la donataria.

El Tribunal Supremo, por contra, entendió que «el concepto distintivo de las donaciones *mortis causa*, a diferencia del de las donaciones *intervivos*, consiste en que el donante no transfiere de

caso no había una donación de bien mueble válidamente formalizada como donación manual o como donación hecha por escrito y aceptada en la misma forma (cfr. artículo 632 CC), pero en cambio el acto del que se discutía sí reunía los requisitos del testamento ológrafo, por lo que, aplicando la doctrina común la donación *mortis causa* debería haber sido considerada válida, al no hacerlo así el Tribunal Supremo parece claro que sólo decidió en base a la ausencia de la forma *inter vivos* de la donación, lo cual a la vista del caso parece muy discutible<sup>82</sup>.

---

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, sin que pueda alterar la esencia de este concepto la forma que le plazca emplear para la expresión de su voluntad si esta es, como queda indicado, que solamente después de la muerte del donante haga suyo el donatario lo que fue objeto de la donación». por todo lo cual concluye en el cuarto considerando que la donación «participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y debe regirse por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

82 Así: DIEZ-PICAZO, *Estudios*, II, cit., pág. 8 para quien hubiera sido conveniente preguntarse si la declaración unilateral sobre cuyo valor se discutía cubría los requisitos de forma del testamento ológrafo, aunque ello, ciertamente, no se alegó en el pleito.

En la Sentencia de 24 de abril de 1909 el supuesto era similar y la respuesta del Tribunal Supremo también fue la misma: «el endoso ...carece en absoluto de la virtualidad y eficacia que el recurrente le atribuye, ya porque no concibiéndose la existencia de un endoso sino como medio de transmisión del valor que representa, aun admitido en el presente caso el supuesto que la Doña María de la Concepción tuvo el propósito de favorecer a por un acto de su voluntad a Alberti, no puede menos que reconocerse que como nada le transmitió, sino para el momento de su fallecimiento, tal cesión o transferencia, que implica una causa de liberalidad, sólo puede estimarse como una donación *mortis causa*, sujeta a las disposiciones que regulan la sucesión testamentaria...».

En la Sentencia de 13 de junio de 1994 se aprecia con gran claridad que el Tribunal Supremo a la vista de una concreta voluntad de donar que consta de modo suficientemente expresivo intenta buscar el cauce formal para hacerla valer, aunque fue imposible encontrarlo puesto que la declaración de voluntad no reunía los requisitos formales ni de la donación ni del testamento ológrafo. En el caso se alegaba la existencia de la donación de las acciones de una sociedad, y se reclamaba la entrega de las mismas al heredero del donante. Se desestimó la pretensión por el Juzgado «al entender que, por tratarse de una donación '*mortis causa*', requería para su validez la forma testamentaria y el testamento otorgado por don Efrén en 1983 a favor de su sobrina no se refería para nada a la donación, sin que valiese la carta sin fecha con tal testamento, no existiendo tampoco donación '*inter vivos*' de bienes muebles que puede hacerse por escrito, pero constando del mismo modo la aceptación, lo que no ocurría, o de forma verbal, pero con entrega simultánea de la cosa, lo que tampoco constaba, todo ello con independencia de la posible nulidad de los propios documentos, carta y vendí, que no examinaba, a la vista del gran número de cartas existentes firmadas en blanco por don Efrén y que tampoco los vendís se podían autenticar a causa del fallecimiento del Corredor de Comercio». El Tribunal Supremo aceptó dichos razonamientos porque no se podía justificar de ningún modo la validez del acto.

En otros casos, aunque el Tribunal Supremo ha rechazado la validez de las pretendidas donaciones sosteniendo que por ser *mortis causa* debían cumplir una forma testamentaria que en el caso faltaba, en realidad esa no era la única razón para declarar la ineficacia de la donación, sino que existían otras razones probablemente más convincentes y que conducían igualmente a la ineficacia de la donación. Así, en un caso no estaba probada la

---

Lo contrario sucedió en la Resolución DGRN de 5 de marzo de 1997: se da validez como testamento a una donación en la que se disponía de la totalidad del haber hereditario. Dijo así: «El supuesto debatido, se produce una disposición de bienes para después de la muerte y a título universal, sólo que se efectúa a través de un esquema negocial bilateral, cual es el de la donación, lo que, en principio, podría comportar determinadas particularidades en la ordenación del fenómeno sucesorio del donante respecto del régimen aplicable a la sucesión testamentaria. Ahora bien, si se considera: a) Que la disposición efectuada es totalmente gratuita y determinada exclusivamente por la necesidad de proveer sucesor en la titularidad de los bienes que deje a su fallecimiento el donante, no mediando ninguna contraprestación causalizadora que en favor del donante asuma el beneficiario; b) Que pese a la concurrencia de la aceptación del beneficiario, la disposición efectuada es absolutamente revocable por voluntad unilateral del donante, pues así se deriva del artículo 620 del Código civil, al tratarse de una donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante, calificación que, como tiene declarado el Tribunal Supremo, corresponde a aquellas donaciones en las que el donante no tiene ninguna intención de perder la libre disposición de los bienes donados y, por tanto, a la ahora enjuiciada, como lo evidencia el hecho de contraerse a los bienes que compongan la sucesión del donante, esto es, a bienes presentes y futuros, no determinados ya de forma individualizada, sino identificables por la pertenencia al donante el día de su fallecimiento...c) Que, también por aplicación de este artículo 620 del Código civil, quedan excluidas todas las posibles particularidades que en la ordenación del fenómeno sucesorio del donante podrían derivarse del empleo por éste del esquema negocial de la donación para la exteriorización jurídica de sus determinaciones patrimoniales '*mortis causa*', aplicándose íntegramente el régimen de la sucesión testamentaria, lo que determina, a su vez, la irrelevancia jurídica de la aceptación anticipada del donatario (cfr. artículo 991 del Código civil); d) Que si bien en la práctica notarial española se excluye la presencia del beneficiario en el acto de otorgamiento del testamento, esa no presencia no sólo no viene configurada en el Código civil como requisito de validez del testamento (el artículo 669 sólo excluye el testamento mancomunado, el artículo 682 excluye la presencia de los herederos y legatarios designados pero sólo en calidad de testigos y en los artículos 688 y siguientes nada se dice al respecto), sino que, por una parte, algunas de las formas testamentarias reguladas en él son claramente compatibles con dicha presencia (cfr. artículos 688 a 693, 700 y 701 del Código civil) y, por otra, esa circunstancia en modo alguno puede afirmarse que menoscabe la libertad del disponente dada la incondicional facultad revocatoria que éste conserva, habrá de concluirse que no hay razón alguna para ignorar jurídicamente -si reuniese las formalidades prescritas- ese elemento principal de la donación cuestionada, cual es la voluntad dispositiva del donante, que, con las matizaciones reseñadas, integra por sí mismo, un auténtico negocio testamentario. Así lo avalan, además, el principio general de interpretación favorable a la conservación de los negocios (cfr. artículos 1284 y 1289 del Código civil) y la significación que a la finalidad práctica perseguida por los otorgantes se reconoce en nuestro ordenamiento a la hora de calificar e interpretar los negocios (cfr. artículos 1281 y 675 del Código civil) y definir su alcance y consecuencias (cfr. artículo 1258 del Código civil)».

existencia de la donación<sup>83</sup>; en otros, los litigios tenían origen en promesas verbales de donación<sup>84</sup>; faltaba la aceptación por los donatarios en vida del donante<sup>85</sup>, y, finalmente, en algún otro caso, la donación de varios inmuebles se había hecho en documento privado<sup>86</sup>.

---

83 Así la Sentencia de 4 de noviembre de 1926 que ha sido muy criticada por VALLET con razón, porque el Tribunal Supremo estableció la necesidad de que la donación *mortis causa* se formalizara en testamento, lo cual no es acertado en referencia a Cataluña. Además, como señala el propio autor, la solución hubiera sido la misma sin alegar esa doctrina, dada la falta de constancia de la donación: cfr. *Estudios*, cit., pág. 125.

84 Así en la Sentencia de 8 de febrero de 1905. Tras la muerte de la donante los donatarios pidieron los bienes a la heredera, menor de edad, casada y representada por su marido, que se allanó y les cedió los bienes. La heredera, una vez llegada a la mayor edad impugnó la cesión y la Audiencia estimó que había lugar a la acción de nulidad. Los demandados se opusieron alegando, entre otras cosas, la promesa verbal de donación que se les hizo. El Tribunal Supremo indicó que «dicha promesa es ineficaz por tratarse de donaciones que debiendo producir sus efectos después de la muerte del donante, no aparece justificada por ninguno de los medios que regulan la sucesión testamentaria, según lo exige el artículo 620 del Código civil». Evidentemente, aún sin acudir a esta argumentación, la donación no hubiera prosperado porque no estaba formalizada en escritura pública. En la Sentencia de 8 de julio de 1943 existía una simple promesa de entrega de cantidad.

85 En la Sentencia 12 de marzo de 2004 se casa la Sentencia de la Audiencia que había considerado probado que la donante tenía voluntad de donar el importe de la venta de unos Bonos del Tesoro que le pertenecían, pero con efecto para después de su muerte y reservándose entre tanto el usufructo. Para ello depositó dicho importe en un Banco al que dio orden escrita de que se le fueran entregando los réditos, y que, a su fallecimiento, procediera a distribuir dicha cantidad entre los donantes. La Audiencia llegó a la conclusión de que la orden escrita dada por la causante al Banco hacía eficaz la donación *mortis causa*, sin necesidad de escritura pública, lo que concuerda con lo que establece el artículo 632, que, aunque referido a las donaciones inter vivos, regula la forma en que han de hacerse las donaciones de cosas muebles, como es el dinero. Ahora bien, el problema, a nuestro juicio radicaba en que faltaba la aceptación por escrito de los donatarios, que es uno de los requisitos formales que establece el artículo 623 del Código Civil. Por eso la declaración del Tribunal Supremo de que “ha de llegarse a la conclusión de que la orden que el Tribunal de apelación considera probado que dio al Banco de Santander D<sup>a</sup> Amanda ha perdido toda eficacia al producirse la muerte de dicha señora, y que la misma no puede ser considerada como un testamento ológrafo, pues no ha llegado a incorporarse a los presentes autos ni consta que haya sido presentada ante Juzgado competente a efectos de su protocolización. A ello ha de añadirse que la inexistencia de testamento impide que pueda concederse trascendencia alguna al hecho de que D<sup>a</sup> Amanda pudiera haber encomendado al Banco en que tenía depositado su dinero la distribución del mismo entre algunos de sus parientes, pues esta facultad solo la reconoce el Código Civil a quien ostente la condición de testador”.

86 Así Sentencia de 10 de junio de 1912. Se declaró nula la donación hecha para después de la muerte del donante de varios bienes, incluidos algunos inmuebles, formalizada en unas capitulaciones otorgadas en documento privado. El Tribunal Supremo indicó que «si la donación de que se trata había de producir sus efectos a la muerte del demandante, claro es que participa de la naturaleza de *mortis causa*, y que por ser revocable, carácter distintivo que la separa de la intervivos se halla subordinada, como también sostiene el juzgador, a las reglas de la sucesión testamentaria; pero la verdadera razón de la falta de validez de la donación se encuentra en el hecho de que estaba desprovista de la forma esencial.

En otro orden de cosas, la Sentencia de 12 de febrero de 1909, que también utilizó la doctrina sobre la donación *mortis causa*, contemplaba un caso de incumplimiento de la carga a la que se había sometido la donación, lo que constituía una razón suficiente para su ineficacia<sup>87</sup>. Asimismo en la Sentencia de 30 de diciembre de 2003, lo que había sucedido es que la donación litigiosa había sido revocada, por lo que resultaba indiferente que se dijera tras ello que en realidad se trataba de una donación nula por carecer de la forma testamentaria<sup>88</sup>.

Otras Sentencias se refirieron a negocios aparentes de compraventa, que en realidad eran simulados por no haber mediado precio, y por conservar el donante el poder de disposición y el usufructo sobre las fincas. En estas hipótesis el litigio versaba sobre la posibilidad de sostener la validez de las figuras no como compraventas, sino como donaciones. Estos casos se podían resolver suficientemente sobre la base de la simulación, siempre que se estimara que la escritura pública de compraventa del inmueble no es suficiente para dotar de validez a la donación encubierta del mismo. A pesar de

---

87 En documento privado los consortes habían donado, para después de su muerte, a sus sirvientes una finca rústica, imponiéndoles la carga de seguir sirviéndoles, incumplida la cual la donación sería inválida. Fallecidos ambos donantes, la finca se inscribió a favor del legatario instituido por el cónyuge sobreviviente, que resultó demandado por los donatarios. Las dos primeras instancias absolvieron al demandado. El Tribunal Supremo señaló que «si bien atendidos los términos de la donación, las relaciones de dependencia de los donatarios con los donantes que explican su causa y las obligaciones que aquellos se impusieron al aceptarla, debe entenderse que dicha donación fue condicional, no habiéndose cumplido la condición de que su validez dependía, serían ineficaces para la casación los dos motivos del recurso, aun en la hipótesis sustentada por el recurrente de que fue pura: Primero. Porque tratándose de una donación *mortis causa*, equiparada, tanto por las leyes romanas (el supuesto se refería a Cataluña) como por el artículo 620 del Código civil, a las disposiciones de última voluntad, es, como éstas, revocable, y pudo, en consecuencia, la donante superviviente disponer de la finca a favor de otra persona». Se aprecia con claridad que las razones por las que se procede a la ineficacia de la donación son diferentes a la falta de forma testamentaria.

88 En el supuesto la donación de unas acciones tenía como presupuesto de eficacia la muerte del donante, que hacía constar expresamente la conservación de las mismas en su poder y la posibilidad de revocarla en cualquier momento («a quién deberán retornarlas... cuando él lo estimara oportuno»), voluntad de revocación que ha de entenderse explicitada por el requerimiento y posterior presentación de la demanda en solicitud de recuperación por el donante de la titularidad formal de las referidas acciones. En realidad, pues, poco valor tendría afirmar, como hizo el Tribunal Supremo que «la donación «*mortis causa*», requiere forma testamentaria, lo que significa su sumisión a las reglas de los testamentos, incluso en lo referente a los requisitos formales exigidos para otorgarla (SSTS de 25 de julio de 1996 y las citadas en dicha resolución), que no fueron guardados en el supuesto del debate.»

ello el Tribunal Supremo recurrió también a la doctrina sobre la donación *mortis causa*. En alguno de los casos el donante conservaba el poder de disposición sobre los bienes, pero lo hacía sobre la base de un mandato, que además de ser revocable, confería un poder que sólo podría ser ejercitado en nombre y en beneficio del mandante y sobre cuyo ejercicio estaba obligado el mandatario a dar cuenta, todo lo que vendría a demostrar que el donatario sí había adquirido la propiedad de los bienes; en otro caso, expresamente se transmitía la nuda propiedad y los donantes sólo conservaban el usufructo<sup>89</sup>, es decir, que las donaciones concretas enjuiciadas en esas Sentencias nos parece

---

89 Así sucedió en la Sentencia de 19 de junio de 1956. En un testamento otorgado en 1939 se había establecido un legado, que luego se omitió en el testamento de 14 de agosto de 1941. Antes de testar, el causante y el legatario habían realizado la compraventa en escritura pública de los inmuebles legados sobre los que la vendedora se reservaba el usufructo. A los pocos días el comprador había conferido poder de disposición sobre los bienes a la vendedora. Fallecida la donante, los herederos impugnan 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 hecha es de naturaleza *mortis causa* y no *inter vivos*, ni tampoco puede admitirse que se haya pretendido hacer una donación *inter vivos post mortem*, armonizando la doctrina del Código civil a la de nuestro antiguo Derecho». Se reiteró que la donación se habría realizado por causa de muerte al estar aplazados sus efectos a la muerte pues el donante no perdió 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...por haberse realizado la donación por medio de un simulado contrato de compraventa, y no en la forma permitida, hacen procedente la estimación de este motivo del recurso».

En la Sentencia de 29 de octubre de 1956 la solución fue similar, en un negocio simulado de compraventa, concluido para dar ejecución a la voluntad testamentaria, pero que se articuló así con la finalidad de eludir el pago del impuesto sucesorio. Posteriormente cambió la voluntad del donante, pero el adquirente pretendía hacer valer en su favor los contratos simulados. El Tribunal Supremo consideró «que si bien al amparo del artículo 1276 del Código civil, puede admitirse la validez de los negocios disimulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar, y el cumplimiento de las formalidades prescritas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicada en materia de donaciones puras y simples, cuando constan en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio, y no puede servir de donación, por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código civil». Nos debería bastar esto: en aplicación de esta doctrina es evidente que el pretendido donatario nada podía pedir, porque la forma de la compraventa no serviría para acreditar la donación, sin embargo el Tribunal Supremo añadió en otro lugar que «tratándose en cualquier supuesto de una donación '*mortis causa*' encubierta y enmascarada bajo la apariencia falaz de un fingido contrato de compraventa simulado para evitar el pago de derechos reales, es ineficaz si no se justifica por ninguno de los medios que regulan las disposiciones testamentarias».

Idéntica solución podemos ver en la Sentencia de 24 de febrero de 1986, en un caso en que, habiéndose celebrado la compraventa de un inmueble en escritura pública, se otorgó un documento privado en el que se facultaba al vendedor a disponer de parte de lo vendido. Este documento,

que no podían ser nulas más que sobre la base de la simulación, porque bajo el punto de vista de la doctrina de las donaciones *mortis causa* no lo eran porque habían transmitido la propiedad en vida del donante.

Frente a la jurisprudencia anterior, que se apoyó en la doctrina de la donación *mortis causa* para reforzar la argumentación de la declaración de nulidad de algunas donaciones que también serían nulas por otros motivos, la Sentencia de 23 de marzo de 1948 otorgó validez a una donación que pendía de la muerte y que estaba formalizada fuera de testamento, si bien la donación era *post mortem alterius*<sup>90</sup>.

Por último, en la apreciación del valor que suele tener en la jurisprudencia la exigencia de forma testamentaria para las donaciones *mortis causa*, es muy expresiva la comparación entre la Sentencia de 28 de octubre de 1965 y la Resolución de 21 de enero de 1991. En ambos casos los cónyuges habían adquirido una finca estipulando que cuando falleciera uno de ellos, pasaría a ser propiedad del sobreviviente. La Sentencia señaló que la donación no podía valer ni en vida ni tras la muerte, puesto que en cuanto a esto último «requeriría inexcusablemente, un acto de disposición '*mortis causa*' que no ha existido en el caso de autos», sin embargo, cabe sospechar que la verdadera razón de la invalidez es que la donación entre cónyuges estaba prohibi-

---

según la Sentencia «está poniendo de manifiesto que el precitado vínculo de compraventa no tenía causa real, y por tanto era inexistente, pues es absurdo, y como tal rechazable, que quien se dice vendedor siga teniendo facultades dispositivas sobre lo vendido hasta su fallecimiento, revelando, en consecuencia, que la escritura pública de 8 de febrero de 1974, que externamente refleja compraventa, no tenía realmente como móvil determinante esa relación jurídica, sino tan sólo era un medio meramente formal con que poder justificar ante terceros la atribución dominical el mencionado Don Antonio P.V. sobre los bienes en cuestión después de que se produjese el fallecimiento de los titulares dominicales». Sobre la posibilidad de que la compraventa encubriera una donación *inter vivos* con entrega *post mortem* el Tribunal Supremo señaló que «no puede tener valor...de donación, en cuanto que le faltaría el esencial requisito de la aceptación que exige el artículo 633 del Código civil, pues no puede apreciarse que se acepta una donación por el pretendido donatario cuanto éste precisamente niega que la relación jurídica sea donación, sino real y efectiva compraventa». Por ello, las afirmaciones subsiguientes son a mayor abundamiento: si «se tratase de encubrir una donación de específica naturaleza *mortis causa*, es decir, con producción de efectos por muerte de la donante que proyecta a la tan referida mitad de casa, requeriría para su eficacia, según previene el artículo 620 del Código civil, que se hubiese adaptado, cual no se ha efectuado, a las reglas establecidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias».

90 Se admitió la validez de la donación de unos depósitos en la que se impuso la reversión en favor de la hermana del donatario en el caso del fallecimiento de éste. Los herederos del donatario intentaron impedir la reversión alegando que se trataba de una donación *mortis causa*, necesitada de la forma testamentaria; en cambio, el Tribunal Supremo señaló que en esta donación «concurren todos los requisitos que la ley señala para su validez» (5º considerando).

da legalmente en esa fecha. De ese modo resulta explicable que la Resolución de 21 de enero de 1991, una vez eliminados los obstáculos legales para la validez de esas donaciones, autorizara la inscripción de una donación sustancialmente similar a la contemplada por la Sentencia de 1965, sin atender a la alegación de que la donación, por ser *mortis causa*, requería la forma testamentaria.

En conclusión, no se puede negar la doctrina de la Jurisprudencia sobre la donación *mortis causa*, pero sí su aplicación efectiva como *ratio decidendi* única y principal que haya permitido rechazar la validez de la concreta donación sobre la que se litigara.

No obstante no deja de ser peligroso para la seguridad jurídica que se reitere una doctrina jurisprudencial que en el fondo se muestra escasa de contenido real, pero que puede ser muy grave si se llega a aplicar a casos en que la donación pueda valer como *inter vivos*, por estar formalizada como tal, aunque sus efectos transmisivos de produzcan en el momento de la muerte del donante. Un ejemplo claro de lo que acabamos de decir se puede encontrar en la Sentencia de 28 de julio de 2003, que llega a una solución criticable (al menos a tenor de los hechos que podemos conocer), cuando parece claro que existía la forma necesaria para la existencia de una donación *inter vivos*, y, además, dicha donación sería irrevocable. El problema fundamental de la contienda judicial venía representado por el contenido de un documento suscrito el 8 de noviembre de 1990, que decía lo siguiente: «Que D<sup>a</sup> Mariana, por razones que no interesa explicar, se compromete a satisfacer a su hija D<sup>a</sup> Alicia la cantidad de 15.000.000 pesetas que promete satisfacerle, bien entendido que D<sup>a</sup> Alicia se compromete a su vez a no reclamar dicha suma durante la vida de su madre...».

Para el Tribunal Supremo, «el ‘quid’ de la cuestión es determinar si dicho documento plasma una donación ‘mortis causa’ —regulada en el artículo 620 del Código Civil—, que es la tesis de la sentencia recurrida, o supone una donación ‘inter vivos’ —recogida en el artículo 621 de dicho Código Civil— y que es la tesis de la parte recurrente. En otras palabras, si el contenido y efectos del mismo ha de estar enclavado y regulado por las disposiciones testamentarias, o, de darse el segundo supuesto, por las normas del contrato. En conclusión si ha de producir sus efectos a partir de la muerte del donante o desde el instante mismo de la plasmación escrita del referido documento. Dicho lo anterior, hay que proclamar que la tesis, tanto de la sentencia de primera instancia como la de la recurrida, es la correcta al de-

terminar que la donación especificada en el documento de 8 de noviembre de 1990 es una de las constituidas con carácter 'mortis causa'. En efecto, si partimos de la base que la donación es 'mortis causa' o, en su caso «intervivos» en razón a que produzca sus efectos por muerte del donante o desde el mismo momento de su constitución, y que las de la primera clase el donante dispone de lo donado pero sin quedar vinculado en el acto o sea de inmediato, y el donatario sólo podrá hacer suyos los bienes donados a la muerte del donante. No cabe decir otra cosa, partiendo de la antedicha base, que en el referido documento, surge indubitadamente la figura de una donación 'mortis causa'. Y así es, porque del escrito en cuestión, no se puede inferir que Doña Mariana procediera a efectuar una donación de presente con la pérdida lógica del dominio y disposición de lo donado, desde el instante mismo que su hija se compromete a no hacer reclamación alguna sobre este hecho, acto que sería ilógico si ya tuviera la propiedad plena de lo donado, propiedad que solo podrá surgir a partir de la muerte de la donante —se habla literalmente de 'durante la vida de su madre'—. En otras palabras que la donación la hizo la madre de la parte recurrente a ésta sin intención de perder la libre disposición de lo donado, y que la donación en cuestión surtiría sus efectos al terminar la vida de la donante, que es lo especificado en el documento. Esta tesis interpretativa está avalada por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1997. Y llega ahora el momento de decir, que al surgir en el presente caso la subsunción de los hechos en la figura de una donación 'mortis causa', ésta no producirá sus efectos hasta que cumpla todos los requisitos de las disposiciones testamentarias (sentencia de 25 de julio de 1996, entre otras muchas). Y en el presente caso, es incontrovertido que la referida donación no ha cumplido los requisitos que exige la plasmación de una voluntad en testamento, y ni siquiera dentro de la modalidad del ológrafo, ya que el documento referido fue redactado sin autografía total». Además de los motivos para la crítica, que ya hemos apuntado, se puede recordar que el criterio de la Sentencia contradice el sostenido con anterioridad por el Tribunal Supremo en las antiguas Sentencias de 28 de enero de 1898 y de 13 de junio de 1900, que ya hemos examinado, y que nos parecen mucho más correctas desde el punto de vista de la solución que establecen.

### TERCERA PARTE. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A la vista del trabajo realizado en las dos partes precedentes nos parece que podemos concluir que es peligrosa la disociación que se aprecia entre el contenido de nuestro Código Civil, interpretado y aplicado correctamente en la mayoría de las ocasiones por nuestro Tribunal Supremo, y las formulaciones literales contenidas en diversas Sentencias que insisten en que la donación *inter vivos* debe ser irrevocable y debe transmitir la propiedad en vida del donante. Estas dos últimas proposiciones nos parecen en realidad falsas, puesto que en nuestro sistema ciertamente no existe una modalidad típica de donación revocable y con transmisión de la propiedad en el momento de la muerte del donante (como fue históricamente la *donatio mortis causa*); en cambio, nuestro Código Civil no impide que la voluntad de las partes configure la donación siguiendo esos caracteres, siempre, claro está que no se excluyan algunos efectos *inter vivos*.

Ello nos lleva a la conclusión de que puede ser conveniente la adaptación de la letra del Código a lo que fue la voluntad del legislador, según entendemos haber demostrado, y a lo que resulta usual en su aplicación por el Tribunal Supremo en la mayoría de las ocasiones.

En ese sentido, nos parece que el tenor del art. 620 CC, podría quedar inspirado en el contenido del Proyecto de 1851, con el siguiente tenor «Las donaciones hechas para después de la muerte del donante 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 que queden a su muerte, no podrán otorgarse sino en testamento, y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades».

El art. 639 CC merecería un retoque en el sentido de suprimir la palabra «algunos», para evitar la interpretación restrictiva de su alcance que suele aceptar parte de la doctrina y también la jurisprudencia, quedando redactado así «Podrá reservarse el donante la facultad de disponer de los bienes donados...».

Pensamos que no es necesaria una modificación de mayor alcance, como la que vendría representada por la regulación típica y exhaustiva de la donación *mortis causa* como forma diferente tanto de la donación *inter vivos* como de las formas testamentarias. Lógicamente sí consideramos preciso que si se aborda una reforma como la propuesta se aporten en la Exposición de Motivos de la Ley las razones que explican la nueva redacción.

