

LA ADQUISICIÓN DE UN BIEN REALIZADA CON DINERO DEL CAUSANTE: FORMA DE LA DONACIÓN Y COLACIÓN

COMENTARIO A LA STS (SALA DE LO CIVIL, SECCIÓN 1ª) NÚM. 355/2011 DE 19 MAYO (RJ 2011, 3979)*

MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial 29

Julio-Diciembre 2012

Págs. 719 a 735

Resumen: La Sentencia y su comentario debaten sobre si en el caso existía una donación de un inmueble, a la que se deberían aplicar las normas de forma y fondo (en especial, la colación) de este tipo de donaciones. O si existía una donación del dinero empleado en la adquisición del inmueble, lo que permitiría evitar la aplicación de las normas de forma de la donación de inmuebles, pero plantea problemas en cuanto al objeto material de la colación.

Términos significativos: Formalidades de la donación. Adquisición de un bien con dinero perteneciente al causante. Colación: su objeto.

Abstract: The Judgment and commentary debate whether if there was a donation of a building, which should apply the procedural and substantive rules (especially the hotchpot) of such donations. Or if there was a donation of the money spent in acquiring the property, which would avoid the application of the rules of the compulsory formal requisites of a donation of property, but raises certain problems about the material object of the hotchpot.

Significant terms: Formalities of the donation. Acquisition of property with money belonging to the deceased. Hotchpot: its object.

Jurisdicción: Civil

Ponente: Excmo Sr. Xavier O'Callaghan Muñoz

ANTECEDENTES DE HECHO

Los hechos en los que se basa el procedimiento, que jurídicamente trata sobre la imputación de bienes y su colación en el patrimonio hereditario de unos determinados causantes, se encuentran recogidos con mucha precisión tanto en la SAP Madrid (Sección 19ª), 12 noviembre 2007 (JUR 2008, 39955), como en el

* El presente trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de Investigación «Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado (V)», DER2008-04305, del Ministerio de Economía y Competitividad, del que el autor es Investigador Principal.

primer FD de la STS objeto del presente comentario. Pasamos a reproducir con ligeras modificaciones el contenido de este último:

D. José Carlos, que ejercía como Notario en Almería, junto a dos compañeros decidieron trasladarse a ejercer su profesión en Madrid y para ello compraron por terceras e iguales partes dos pisos contiguos en dicha capital, en que proyectaron instalar la notaría. Los pisos pertenecían a un mismo edificio, pero contaban con acceso por dos calles diferentes, CALLE000, NUM002 y CALLE001 NUM007. Cada uno de los referidos Notarios compró una plaza de garaje en el mismo edificio y, por terceras partes, dos trasteros unidos con el fin de dedicarlos a archivo. Posteriormente dos compañeros decidieron no trasladarse a Madrid y vendieron sus participaciones indivisas en los dos pisos y en los dos trasteros, así como sus plazas de garaje, a Don José Carlos, que sí se trasladó como Notario a Madrid, y los escrituró por motivos fiscales a nombre de su hijo pequeño, Don Eladio. Constaba, pues, aparentemente como comprador el referido Don Eladio, que entonces vivía con sus padres, era soltero y estudiante, no desarrollaba actividad alguna, ni tenía ingresos o capacidad económica.

Más tarde, Don José Carlos y su esposa, Doña Eugenia, decidieron donar íntegramente a su hijo Don Eladio el piso de la CALLE001, nº NUM007, donde ya vivía con Doña Lourdes, codeemandada, desde la fecha de su matrimonio. Para materializar dicha donación aquellos otorgaron escritura pública por la cual transmitían mediante una simulación de compraventa a Don Eladio su tercera parte indivisa, de forma que con las otras dos terceras partes ya compradas a nombre del mismo, concurriese en éste la plena propiedad, señalándose como precio el de 1.300.000 ptas., de forma puramente simbólica y nunca pagado por Don Eladio, que seguía careciendo de capacidad económica. Don Eladio vivió en dicho piso con su familia durante varios años y como propietario que era, por donación de su padre, lo vendió mediante documento privado el 30 de Julio de 1992, elevado a público el 22 de Octubre de 1992.

Fallecidos los padres, y fallecido también D. Eladio, los hermanos don José Carlos, doña Guillerma y don Adolfo formularon demanda contra su cuñada doña Lourdes y las hijas de éste (habidas del matrimonio con don Eladio) doña Soledad y doña Bárbara, interesando que se declarara que la propiedad de las dos terceras partes del piso, plaza de garaje y trasteros en la CALLE000, NUM002, de Madrid, corresponden al patrimonio hereditario de don José Carlos y su esposa Eugenia, los padres de todos ellos y suegros y abuelos de las demandadas, por ser los verdaderos propietarios y, subsidiariamente, la nulidad relativa por simulación de las compraventas al entonces joven don Eladio y válida la disimulada donación, declarando el carácter colacionable de la misma y respecto al CALLE001 NUM007, de Madrid y a una plaza de garaje, que se declare la nulidad relativa de los contratos de compraventa simulados y la validez de las donaciones disimuladas y el carácter colacionable de las mismas en la herencia de los citados padres.

Los demandados se opusieron a la demanda interesando su desestimación y han recurrido en casación. La sentencia de primera instancia estimó la demanda; y

declaró que el piso y sus anexos de la CALLE000 son propiedad, por mitad e iguales partes, del patrimonio hereditario de los finados D. José Carlos y su esposa D^a Eugenia, cuya posesión deberá quedar a favor de la citada comunidad hereditaria, declarando que el verdadero comprador de dichas compraventas fue D. José Carlos, quien adquirió bajo el régimen económico matrimonial de gananciales. En cuanto al piso y anexo de la CALLE001 NUM007, declaró la nulidad de los contratos de compraventa (simulados) a don Eladio y la validez de la donación disimulada, que tiene carácter colacionable por mitad e iguales partes, en la herencia de los causantes D. José Carlos y D^a Eugenia ordenando traer a dichas herencias el valor de dicho inmueble al tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, a fin de computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición. Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia, la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39955), desestimando el recurso de apelación.

Las demandadas, la viuda de don Eladio y sus hijas han formulado recurso de casación, en tres motivos que pretenden: en cuanto al piso CALLE000 que había adquirido su esposo y padre don Eladio, negar el carácter de negocio jurídico fiduciario, reconocer que su causante lo adquirió en escritura como compraventa en sus dos terceras partes (correspondientes a los notarios de Almería que no se trasladaron a Madrid), gracias a la donación hecha por sus padres del dinero necesario para ello, que nunca le fue reclamado por ellos o por sus hermanos, es decir, fue una donación de dinero, que debe ser computada como colacionable por su valor real en el momento de formalizarse la partición (motivo primero, por infracción del artículo 1035 del Código civil); en cuanto al piso de la CALLE001 que fue adquirido por don Eladio en las mismas escrituras que el anterior, en dos terceras partes (de los mismos notarios de Almería), se trata igualmente de una donación de dinero, que habrá de ser objeto de colación (motivo segundo, por infracción del mismo artículo 1035). En relación a la donación que recibió de sus padres del tercio restante (en compraventa simulada) de este último piso debe ser traído a colación, en principio su valor, pero como revistió la forma de escritura pública de compraventa, ello implica una exclusión de la colación, ya que se revela la voluntad del aparente vendedor (donante) de dispensar la colación. (Motivo tercero, por infracción del artículo 1056 del Código civil).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SEGUNDO.—Expuesta la relación fáctica, procede exponer la cuestión jurídica, la que es relativa a dos extremos, el de la donación y el de la colación.

La donación que aquí se ha producido, tal como se desprende de los hechos, no es la de inmuebles. El padre y la madre (no olvidemos que el matrimonio viene sujeto al régimen económico-matrimonial de gananciales) no donan dos tercios de los respectivos pisos-plazas de garaje y trasteros (de las CALLE000 y CALLE001) sino que hacen donación del dinero a su hijo Eladio, estudiante y sin recursos

económicos, para que compre y pague a los dos notarios de Almería que no se trasladaron a Madrid los tercios de cada uno en aquellos. Es decir, como principio: cuando una persona, los padres, generalmente, en la práctica, entregar el dinero para que el hijo compre una cosa, no le hacen donación de ésta, sino que hacen donación del dinero. Sería un contrasentido que en un momento dado, después de la donación, aquel donante o sus herederos (éste es el caso) pretendiera que se declarase que aquella cosa es suya y se incorporara a su patrimonio.

Por tanto, no hay negocio fiduciario, ni negocio simulado (el fiduciario es realmente simulado, tanto más cuando no consta en parte alguna el pacto de fiducia), ni nunca lo hay cuando, insistimos, una persona (el hijo, normalmente) compra algo, cuyo dinero le ha donado otra (los padres). Es donación de éste, claramente, sin simulación alguna.

Todo lo anterior es aplicable a los dos tercios de los pisos y anexos de CALLE000 y de CALLE001. En cuanto al primero, parece ser extraño ya que don Eladio nunca lo poseyó, pero no olvidemos que el padre, notario de profesión, nunca en vida quiso modificar la titularidad del hijo sobre el mismo. En cuanto al segundo, es clara la titularidad de los dos tercios, a lo que se añade la donación (mediante compraventa simulada que disimula aquella) del tercio restante que sí pertenecía a los padres, en fecha 21 de noviembre de 1986, y más tarde, en 1992, don Eladio lo vendió, entero, a tercero.

La colación, tal como la contempla el artículo 1035 del Código civil, la ha estudiado la doctrina y desarrollado la jurisprudencia [así, sentencias de 17 de diciembre de 1992, 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3248), 15 de febrero de 2001 (RJ 2001, 1484), 24 de enero de 2008 (RJ 2008, 306)] es la adición intelectual al activo hereditario que hacen los legitimarios, del valor de los bienes que han recibido del causante a título gratuito. La colación lleva a una menor participación en la herencia, que será equivalente a lo que recibió gratuitamente en vida del causante, lo que, desde luego no evita las operaciones de computación e imputación que prevén los artículos 818 y 819 del Código civil.

El modo de practicar la colación, como operación no tanto de la partición sino como previa a la misma, es por adición contable a la masa hereditaria del valor de los bienes donados (como dice literalmente la sentencia de 17 de diciembre de 1992), cuyo valor será el del momento de la partición, como dice el artículo 1045 del Código civil [así, sentencia de 8 de julio de 1995 (RJ 1995, 5552) y las más recientes de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 300), 18 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8625)].

TERCERO.—Procede, a continuación, entrar en el análisis de recurso de casación interpuesto por las demandadas, destacando ante todo, que no se plantean en el mismo cuestiones fácticas que no son admisibles en el mismo, sino cuestiones de calificación jurídica que deben ser resueltas por esta Sala, partiendo de lo expuesto en el fundamento anterior. Por otra parte, en el recurso aparece el contrasentido de plantear un tipo de colación contrario a lo resuelto por las sentencias de instancia

y, sin embargo, en el suplico del recurso se pide la desestimación de la demanda, sin hacer salvedad alguna y haciendo una contradicción con lo expuesto.

El primer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 1035 del Código civil sobre colación hereditaria en relación con las dos terceras partes del piso, trasteros y plaza de garaje de la CALLE000 número dieciocho que fueron adquiridas por don Eladio (ya fallecido, esposo de doña Bárbara y padre de sus dos hijas, todas recurrentes) en sendas escrituras públicas de compraventa, a los notarios de Almería. En la sentencia recurrida, de la Audiencia Provincial confirmando la de primera instancia, se declara que son bienes de haber hereditario de los padres del mismo, don José Carlos y doña Eugenia y que éstos fueron los verdaderos compradores. En el desarrollo del motivo se mantiene que aquella adquisición lo fue por don Eladio con dinero recibido a título gratuito de sus padres, como donación y su titularidad se mantuvo durante toda la vida de éstos y, a su muerte, nada se dijo en los testamentos; se niega la calificación de negocio jurídico fiduciario y está conforme en que el dinero recibido para la compra es objeto de donación y debe traerlo a colación en la partición del patrimonio hereditario de sus padres.

El motivo debe ser estimado. Ciertamente, no hay negocio fiduciario ni puede deducirse de los hechos probados, ni tampoco simulación; aunque sentencias de esta Sala han calificado de negocio simulado el que se entendía como fiduciario [sentencias de 15 de junio de 1999 (RJ 1999, 4474), 23 de julio de 2004, 2 de julio de 2009] como realmente es lo que en este caso podría derivarse de los hechos, ya se ha dicho que no hubo simulación de la persona del adquirente en la compraventa de inmueble, sino donación pura y simple del dinero (sin simulación alguna). Por lo cual es claro, como reconocen las recurrentes, esposa e hijas de don Eladio, que deben a traer a colación el dinero de aquella compra por su valor actualizado al tiempo de hacerse la partición, conforme al artículo 1045 del Código civil.

CUARTO.—El segundo motivo del recurso plantea análoga cuestión sobre el piso de la CALLE001 NUM007 y plaza de garaje, aunque no sea idéntica la calificación ni tampoco la resolución dada por las sentencias de instancia. Se denuncia la infracción del artículo 1035 del Código civil y se muestra la sorpresa de que cuestiones análogas hayan querido solución distinta en la sentencia recurrida. En efecto, en ésta se declara la nulidad de los contratos de compraventa que aquel piso y garaje, en que don Eladio fue comprador y los dos notarios de Almería vendedores de un tercio cada uno, se declara la nulidad de tales contratos «simulados y, a su vez, la validez de la donación disimulada» (sic) y se declara colacionable la donación del tercio restante y de la plaza de garaje hecha por sus padres.

En el desarrollo del motivo se mantiene, como en el motivo anterior, que no hubo simulación alguna, sino que se donó el dinero y que éste es el que debe ser traído a colación.

El motivo debe ser igualmente estimado. Debe repetirse aquí lo dicho al resolver el motivo anterior. No se dio compraventa simulada ni donación de los dos tercios del piso; los padres le hicieron a don Eladio donación del dinero para

comprar el piso y ello es lo que tiene que colacionarse, el dinero, no los dos tercios del inmueble.

Pero en el caso del piso de la CALLE001 hay algo que lo diferencia de la anterior (además de la resolución de la instancia, claro es). Un tercio de la misma sí fue objeto de donación por parte de sus padres, donación probada que fue hecha bajo un simulado contrato de compraventa que disimulaba aquélla. Se hace abstracción de la doctrina jurisprudencial de la nulidad de la donación disimulada bajo una compraventa simulada en escritura pública, mantenida a partir de la sentencia del pleno de esta Sala de 11 de enero de 2007 (RJ 2007, 1502), ya que en ningún momento ha sido planteada ni se ha hecho alusión a ello. Por tanto, la donación del tercio del inmueble, es decir, del valor del mismo debe ser llevado a colación.

QUINTO.—El tercer motivo del recurso denuncia la infracción del artículo 1036 del Código civil que contempla la dispensa de la colación. Se mantiene que la donación del tercio del piso y de la plaza de garaje referida al final del fundamento anterior, fue objeto de la dispensa de colación, por razón de que la donación se realizó bajo simulación de compraventa y ello comporta una exclusión de la colación.

El motivo se desestima. La dispensa de la colación tiene naturaleza negocial y su contenido es la voluntad del donante de que no se colacione, lo que no implica que se evite la imputación y la atribución que conforman la legítima [sentencias de 21 de abril de 1990 (RJ 1990, 2762), 19 de mayo de 2008 (RJ 2008, 3084)]. La voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento.

Lo que es claro es que la donación hecha en escritura de compraventa simulada, ello NO debe entenderse como dispensa de la colación, ni hay ningún argumento jurídicamente serio que abone tal posición.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

PRIMERO.—QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN formulado por el Procurador D. Antonio Ortega Fuentes, en nombre y representación de D^a Lourdes, D^a Soledad y D^a Bárbara contra la sentencia dictada por la Sección 19^a de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 12 de noviembre de 2007 (JUR 2008, 39955) que anulamos parcialmente.

SEGUNDO.—Anulamos el apartado primero de la sentencia dictada en primera instancia, confirmada por la sentencia recurrida y en su lugar:

* Se declara colacionable en los patrimonios hereditarios de don José Carlos y de doña Eugenia el valor actualizado del dinero que recibió como donación don

Eladio para la compra de dos tercios del piso, trasteros y plazas de garaje de la CALLE000 número NUM002.

* Se declara igualmente colacionable el valor actualizado del dinero recibido como donación el mismo don Eladio, para la compra de dos tercios del piso de la CALLE001 número NUM007.

* Se declara colacionable el valor actualizado al tiempo de la partición de la tercera parte del piso y del total de la plaza de garaje de la CALLE001 número NUM007.

* Se rechazan las demás pretensiones de la demanda respecto a las demandadas.

TERCERO.—Respecto a las costas, no se hace condena en las causadas por este recurso de casación; tampoco en las de primera instancia, ni en las del recurso de apelación en cuanto a la demanda. Se mantiene lo resuelto sobre las costas en las sentencias de instancia, en cuanto a la reconvenición, no objeto de esta casación.

CUARTO.—Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Xavier O'Callaghan Muñoz.—José Antonio Seijas Quintana.—Rafael Gimeno-Bayon Cobos.—Rubricados.—PUBLICACIÓN.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

COMENTARIO

Sumario. I. LAS ADQUISICIONES DE INMUEBLES REALIZADAS CON DINERO DEL CAUSANTE DE LA HERENCIA Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LAS DONACIONES DISIMULADAS BAJO LA FORMA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. II. EL OBJETO DE LA COLACIÓN EN LAS ADQUISICIONES DE BIENES REALIZADAS POR EL HEREDERO CON DINERO DEL CAUSANTE. III. ¿ES POSIBLE DEDUCIR DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE FUE HECHA LA DONACIÓN UNA VOLUNTAD DE DISPENSAR SU COLACIÓN?

I. LAS ADQUISICIONES DE INMUEBLES REALIZADAS CON DINERO DEL CAUSANTE DE LA HERENCIA Y LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ACERCA DE LAS DONACIONES DISIMULADAS BAJO LA FORMA DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

A nuestro juicio las afirmaciones más importantes de la STS comentada se refieren a la determinación de cuál sea el objeto de la donación que se ha producido en el supuesto de hecho, que no sería la de inmuebles sino la de dinero. Por eso la doctrina más relevante que cabe extraer de ella sería que, como principio, cuando

una persona entrega dinero para que otra compre una cosa, no le hace donación de ésta sino del dinero. Y, asimismo se afirma que sería un contrasentido que, después de haber realizado esa donación, el donante o sus herederos pretendiera que se declarase que aquella cosa es suya y que no ha salido de su patrimonio.

Evidentemente esta última afirmación unida a la primera, y llevadas ambas a sus últimas consecuencias, podrían tener virtualidad para desactivar en la práctica la doctrina jurisprudencial acerca de la insuficiencia de la forma utilizada para exteriorizar un contrato de compraventa que en la intención de las partes encubre una donación. En realidad la propia STS es consciente de ello y pretende justificar la posibilidad de hacer abstracción de la doctrina jurisprudencial de la nulidad de la donación disimulada bajo una compraventa simulada en escritura pública, mantenida a partir de la STS del pleno de la Sala de lo Civil de 11 enero 2007 (RJ 2007, 1502); el intento se realiza mediante la siguiente afirmación: «en ningún momento ha sido planteada ni se ha hecho alusión a ello» en el caso litigioso. Pero se debe hacer notar que este juicio no es exacto porque el problema de la simulación se encuentra directamente planteado en la demanda y está constantemente presente en la controversia resuelta. De hecho en la instancia se ha distinguido, en realidad, una donación disimulada que se declara nula (quizá porque el donatario nunca poseyó el inmueble, sino que mantuvo una titularidad meramente formal); y otra que se declara válida porque la titularidad vino acompañada de una situación posesoria normal durante varios años. Y si no se hizo en las SS de instancia referencia a la doctrina del TS era o, porque todavía no se había formulado (en la fecha de la SPI), o porque era demasiado reciente en el caso de la SAP. Es cierto, en cuanto a la última donación mencionada, que la STS no puede aplicarle la doctrina acerca de la nulidad de la donación disimulada, porque los demandantes no recurrieron la SAP que declaró su validez y, por tanto, esta declaración de validez devino firme e inatacable. El único extremo que se recurre ahora en casación, por parte de los demandados, es que la colación que procedía en este caso no era la del inmueble en sí, como habían dispuesto los Tribunales inferiores, sino la del dinero empleado en su adquisición. En cambio, con relación a la otra donación, la STS revoca la declaración de nulidad de la misma que había realizado la SAP; en este caso, el TS sí entendemos que prescinde, sin mucha razón, de la doctrina unificada acerca de la insuficiencia de la forma de la compraventa para cumplir con el requisito formal de la donación disimulada.

Mediante esta STS 11 enero 2007 (RJ 2007, 1502), como es sabido, se pretendió superar la constante fluctuación en el tratamiento jurisprudencial de la donación disimulada, mediante la adopción del criterio definitivo de la ineficacia de la donación por la inobservancia de la forma sustancial requerida para ella. En efecto, para esta doctrina, faltaría la debida constancia en la escritura de compraventa del *animus donandi* del donante y de la aceptación por el donatario. Este criterio se ha mantenido posteriormente en otras muchas SSTS que no es el caso citar aquí, porque resultan asimismo muy conocidas.

Ha sido muy frecuente en la práctica judicial que se plantee el tema de aquellas personas que realizaron negocios onerosos que en realidad eran simulados y

que encubrían un ánimo de liberalidad. Se trataba, en la mayoría de los casos, de la ocultación del negocio realmente querido con el propósito de encubrir la verdadera intención a los futuros legitimarios, y así evitar las complicaciones que pudieran surgir a causa de sus derechos legales imperativos. Así las cosas, uno de los debates que se planteaba era el problema de la validez de la forma de la compraventa para rellenar la forma sustancial de la donación de inmuebles. Sobre las donaciones disimuladas en general, y, específicamente sobre este problema formal, se pronunciaron infinidad de Sentencias, sin que existiera una línea clara de solución hasta el año 2007.

Por nuestra parte hace años también nos hicimos eco del debate y propugnamos, con la que entendíamos que era la mejor doctrina, que nos parecía mejor fundamentada la opinión de que no es suficiente la escritura de compraventa para rellenar la forma de la donación de inmuebles [ESPEJO, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, p. 235. Sobre el planteamiento de la cuestión en esa época, puede verse la bibliografía citada en pp. 243 y ss.; de la que merecen destacarse: CARCABA FERNÁNDEZ, *La simulación en los negocios jurídicos*, Barcelona, 1986, pp. 77 y ss. y 110 y ss.; CLAVIERIA GOSALVEZ, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, 1º B, Madrid, 1993, p. 596, nota 64; DE CASTRO, «La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003 y ss.; DIAZ ALABART, «Las donaciones de bienes inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias y el valor del servicio remuneratorio absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, pp. 1101 y ss.; JORDANO FRAGA, *Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales*, Bolonia, 1988, pp. 206 y ss. nota 271; VALLET, «Las donaciones disimuladas de bienes inmuebles en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1972, pp. 669 y ss.; Puede añadirse, posteriormente, ALBALADEJO, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 237 y ss.; DE LOS MOZOS, *La donación en el código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 198-206 y 212-220].

En general los autores saludaron la consolidación del criterio jurisprudencial, con una consideración positiva por dirigirse a frenar un tipo de operaciones que claramente tienen en la mayoría de los casos un carácter fraudulento [pueden verse: DURAN RIVACOBIA, *Donaciones encubiertas*, Barcelona, 2009; MALUQUER, «Exigencias formales en la donación disimulada», en YZQUIERDO TOLSADA (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: Civil y Mercantil*. Vol. 1. (2005-2007) Mariano (director), Madrid, 2008, pp. 211 y ss.; y, con especiales matices, CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, Pamplona, 2010, pp. 171 y ss.]

Pero la doctrina unificada puede quedar sin significado real si se generalizara entender estos supuestos como casos en que se produce la donación del dinero (que entonces no requeriría forma solemne) en lugar de la donación del inmueble que realmente se quiso transmitir. De hecho a esto apuntaría el modo de entender el problema por parte de la STS comentada para dos donaciones disimuladas que se realizaron mediante dos mecanismos diferentes: en un caso se produce la enajenación gratuita mediante una simulada compraventa y en el otro se finge la adquisición directa a los terceros por parte del que se quiere beneficiar como donatario.

No se puede olvidar, a este respecto, que tanto el ponente de nuestra STS como otro de los Magistrados que la firman se adhirieron en su día al voto particular que acompañó a la STS del Pleno de la Sala de lo Civil 11 enero 2007 (RJ 2007, 1502). En él se manifestaba la discrepancia con el criterio de la Sentencia de considerar nula la donación disimulada en escritura pública de compraventa por no cumplir el requisito de constancia formal de la aceptación de la donación exigida en el art. 633 CC. La razón de la discrepancia era que: «comparto la tesis de la interpretación flexible del art. 633 CC en el sentido de que la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los contratantes es la de otorgarse una donación, y que la tesis literalista adolece de un excesivo rigor formal». Mientras que la tesis flexible «permite, sin quebrantar ningún dogma legal, dar una respuesta satisfactoria a comportamientos sociales, que, por los motivos subjetivos legítimos que sean, no quieren que su voluntad real sea conocida por terceros». No es, pues, aventurado sospechar que la doctrina de la STS comentada se enmarca en esta discrepancia, ya manifestada en el año 2007, y que tuvo un nuevo episodio en el voto particular del Magistrado ponente de nuestra comentada STS a la STS 26 febrero 2007 (RJ 2007, 1769), en el que decía: «el artículo 633 del Código Civil impone la forma *ad solemnitatem* de la escritura pública en la donación de bienes inmuebles, lo cual es incuestionable. Si se celebra un contrato de compraventa y no hay precio, se dará la simulación absoluta del mismo, por falta de causa y se deberá declarar la inexistencia del contrato por falta de elemento esencial. Si ocurre lo mismo, pero aparece la realidad del *animus donandi*, la simulación será relativa: la compraventa en escritura pública simula una donación, cuya donación disimulada es válida, pues concurren sus elementos: consentimiento (transmisión y aceptación), objeto (el mismo), causa (de liberalidad, disimulada) y forma: hay escritura pública, que exige aquella norma; escritura pública, forma esencial que se cumple, aunque sea como compraventa, pero esto es precisamente lo que configura la simulación relativa. Lo anterior lo mantengo en todo caso de compraventa simulada y donación, válida como tal, disimulada. (...) El presente caso es especialmente sangrante. Una persona culta y conocedora del derecho, tras una larga conversación con el notario, celebra en escritura pública una compraventa simulada con el comprador que acepta, como verdadero donatario, como clara donación remuneratoria, como se expresa en la demanda y se recoge en la sentencia (fundamento de derecho preliminar). La donación favorece a persona que había tenido larga relación con el donante y en la sentencia se acoge el pedimento de nulidad que hace el hermano del causante (éste carecía de legitimarios) con el que ninguna relación de cariño le unía. Desde luego, las sentencias de instancia habían mantenido la validez, con cita de numerosas sentencias de esta Sala».

Puede, pues perfectamente hablarse de un intento de vuelta atrás en la doctrina consolidada, a través del desplazamiento del objeto de la donación: de ser donado el inmueble mismo se pasa ahora a considerar donado el dinero necesario para su adquisición y así se evita la molesta interferencia de las normas formales. Esta vía de escape a la doctrina unificada, también queda insinuada en la STS 22 diciembre 2011 (RJ 2012, 164), que incidentalmente llega a afirmar que: «incluso en el

caso que se entendiese que después de efectuada la venta, el vendedor desistió de reclamar el precio, no por ello se convertiría la venta en una donación, puesto que la hipotética condonación del pago del precio debería ser tratada como donación de un bien mueble y no de bienes inmuebles, por lo que no hubiera requerido la escritura pública exigida en el art. 633 CC para su validez. Sin embargo, lo que se acaba de argüir, no deja de constituir una hipótesis argumentativa, puesto que no se ha demostrado en el procedimiento la concurrencia del ánimo de liberalidad en ninguna de las fases del contrato». En realidad la afirmación es incidental porque en esta STS se dio por bueno que estábamos ante un contrato oneroso, aunque no se lograra demostrar en realidad el pago del precio, y hubiera bastantes datos que parecían hacer suponer que la onerosidad estaba ausente.

Otra posible vía para evitar la doctrina jurisprudencial acerca de la invalidez formal de la donación disimulada bajo la forma de compraventa (doctrina que el propio autor califica de absurda, basada en prejuicios dogmáticos añejos, y que estaba condenada a durar poco), ha sido denunciada por CARRASCO PERERA (en, «Las aguas vuelven a su cauce: retorna la validez de la donación disimulada bajo escritura de venta», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 826/2011, consultado en WESTLAW: BIB 2011VI453). En este escrito CARRASCO comenta la STS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3591), en la que se planteaba un caso del siguiente tenor: un matrimonio (fiduciante *cum amico*) celebró un negocio fiduciario por el que dos empleados suyos constituyeron una sociedad patrimonial que ostentaba la titularidad del local en que el matrimonio desempeñaba su actividad profesional. Luego la totalidad de las participaciones sociales fueron vendidas al hijo matrimonial, y posteriormente el padre demandó al hijo, alegando que se trataba de una donación disimulada bajo compraventa. Para el autor acabado de citar: «El TS reafirma que la forma escrita de compraventa no vale como forma de donación, pero mantiene la validez de la donación con este argumento: la escritura pública exigida por la LSRL para la transmisión de participaciones no es una forma *ad solemnitatem*, y las participaciones son susceptibles de ser apropiadas como conjunto de derechos. Se aplica al caso el artículo 632 CC. La donación de cosa mueble puede ser por escrito, pero también verbal con entrega simultánea, lo que se produce cuando el hijo ha ostentado y ejercido la condición de socio sin oposición alguna».

Para este último autor, no obstante, la valoración de la doctrina unificada no es totalmente positiva si bien tampoco tan rechazable como insinuarían los gruesos calificativos con que la rechaza. Para él, el argumento dogmático usado por la jurisprudencia unificada, según el cual la forma notarial de la compraventa simulada no puede servir de soporte a la forma sustancial de la donación no es convincente, ya que la forma notarial de la donación tiene por único objeto dar al donante la posibilidad de reflexionar sobre su voluntad irrevocable de donar: y esta función la desempeña también la escritura de compraventa. En cambio sería decisivo a los efectos de la nulidad el segundo argumento que atiende a los efectos externos en daño de tercero (legitimarios, acreedores, Hacienda) que produce la simulación, pues se obliga a los terceros a litigar para obtener la declaración de nulidad de la compraventa, que tiene que ser previa al ejercicio de los derechos

que la ley reconoce a dichos terceros frente al acto gratuito. Por este motivo está de acuerdo con la doctrina del TS, nulidad de la compraventa y también de la donación, si existen riesgos de efectos externos en terceros que no son parte del negocio (CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., pp. 171-173). Entendemos, pues, que esta tesis vendría a matizar la expresada en el voto particular a la STS 26 febrero 2007 (RJ 2007, 1769): «la jurisprudencia de los últimos años se había pronunciado decididamente a favor de la interpretación flexible del artículo 633 y la validez de la donación encubierta bajo compraventa simulada, *siempre, claro es, que fuera en escritura pública y no fuera con fraude de derechos de legitimarios o acreedores*; criterio que era seguido por Jueces y Audiencias por mor de lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil y que había aceptado la práctica forense (han llegado asuntos a casación en que se plantean otros temas, pero se parte de la validez de la donación bajo compraventa simulada en escritura pública) y la realidad social (era una práctica constante, sin que tengan alcance en derecho los móviles subjetivos)» (las cursivas son nuestras). Para CARRASCO, según entendemos su tesis, no sería exigible el fraude de derechos, sino el simple riesgo de que esos derechos quedaran afectados. Y cabe entender que en el supuesto planteado en el caso de nuestra STS el juicio del autor no estaría con la solución de la STS.

Todo lo dicho nos debe llevar a cuestionarnos sobre el futuro y el acierto de la doctrina consolidada, sobre las críticas que se le hacen y sobre la doctrina alternativa que reaparece ahora cuando ya parecía resuelto el debate. La base de este replanteamiento debe ser el propio punto de partida: ¿es la forma notarial de la donación un requisito únicamente dirigido a que el donante afirme psicológicamente su voluntad irrevocable de donar, lo que pudiera quedar cumplido también por la escritura de compraventa? ¿O, es, también, dicha forma un modo preventivo de proteger a los terceros mediante la imposición de un requisito que dota de especial publicidad al acto gratuito? Nos resulta mucho más convincente esta segunda tesis por las razones ya explicadas hace años por DE CASTRO («La simulación y el requisito de forma en la donación de cosa inmueble», cit., p. 1005 y *passim*) «importa mucho recordar el porqué del requisito de forma en la donación. Durante siglos se ha ido afirmando la convicción de que la perfección de la donación requiere el requisito formal del *documentum* o de la *res*; justificándose la solemnidad 'pro forma' por estas dos razones: conveniencia de que el donante proceda con la mayor deliberación y de evitar posibles fraudes. Es esta última la que más resalta en el Derecho moderno; pues tanto o más que proteger al donante de una posible ligereza, se busca conseguir una eficaz publicidad para este tipo de transmisión de derechos». La tesis así expuesta se puede encontrar claramente formulada por GARCÍA GOYENA (*Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 466), quien comentando la exigencia de escritura pública, dice: «Las donaciones son muchas veces obra de la sugestión, de la sorpresa y asechanza; otras veces se hacen para defraudar los derechos de un tercero (...) además la presunción de donar es resistida por derecho, y debe constar claramente la voluntad expresa de hacerlo. La escritura pública aleja, al menos en parte estos inconvenientes: sin ella la donación será nula e insubsanable

la falta». Y, asimismo, es una explicación que se puede fundar en la Base 26 del Código civil, que, al referirse a la forma de la donación alude también a «cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de terceros». Por eso, en realidad, tanto el argumento de la forma como el de la protección de terceros están tan entrelazados que no parece correcto separarlos (contra CARRASCO PERERA, *Derecho de Contratos*, cit., p. 172 para quien resulta convincente decir que «si se reconociera validez como donación al negocio disimulado, los otorgantes especularían negocialmente en daño ajeno sin riesgo propio, internalizando los beneficios del negocio y externalizando sus costes. En efecto, si la cosa sale bien, el negocio pasa por compraventa, y los otorgantes se apropian las ventajas de la simulación; y si sale mal, vale como donación. La estrategia de simulación no les produce ningún coste, pues en el peor de los casos quedan las partes como quedarían si hubiera actuado sin ficciones. No hay ningún desincentivo para defraudar mediante la simulación»; pero, en cambio, no le resulta acertado el argumento acerca de la carencia formal de la donación. En realidad, nos parece que las previsiones legales acerca de la forma de la donación pretendieron precisamente evitar los riesgos de fraude en las donaciones ocultas).

Ciertamente esta razón de ser del formalismo hace que se pueda afirmar, sin incoherencia, que la forma del contrato de compraventa no permite dar validez a la donación encubierta precisamente porque la encubre más que la publica. Y, de ese modo, una operación disimulada ataca directamente las razonables previsiones publicitarias del legislador. Frente a esto no creemos que pueda alegarse que esta solución permite que, existiendo una auténtica y seria voluntad de donar, la donación termine no alcanzando validez, sin que tampoco la hipotética donación perjudicara a nadie. Y lo afirmamos así porque esto es lo que pretende el legislador al imponer la forma a la donación: permitir solamente las donaciones que cuenten con suficiente publicidad. Ciertamente, puede pensarse que hay una cierta tosquedad en el remedio normativo, en el sentido de que el requisito de forma elimina la necesidad de atender a las características concretas del caso; pero precisamente de esa manera se hace más enérgico el rechazo normativo de la clandestinidad de las transmisiones gratuitas. Propugnaríamos, por estas razones, como efecto directamente pretendido por nuestro ordenamiento, el regreso al rigor en la apreciación de la forma de la donación de bienes inmuebles.

No obstante, es cierto que esta solución no es tan obvia, que ha sido discutida y que hay quien sostiene que la «forma simulada» no es *per se* inútil para cumplir el requisito de forma del art. 633 CC, puesto que en él no se requiere explícitamente la expresión de la voluntad de donar en la escritura (aunque en realidad, pensamos, que lo presupone: cfr. en este sentido, con citas de jurisprudencia: DURÁN RIVACOPA, *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Pamplona, 2003, pp. 56 y ss.). De todos modos, si se admitiera, contra la que entendemos que es la solución mejor fundada, que, en realidad, la donación encubierta sería válida, y que en su caso habría que examinar su posible ineficacia por inoficiosidad, habría que atender también a la existencia de otra línea jurisprudencial que señala que la donación encubierta

no puede considerarse con causa lícita si el propósito de las partes era defraudar la legítima. En esta jurisprudencia, entonces, no sería necesario que se planteara la inoficiosidad en sentido propio para combatir la donación mediante la reducción; bastaría el propósito de fraude para declarar la nulidad del completo negocio por su carácter ilícito [Como exponentes más recientes: SSTs 20 diciembre 1985 (RJ 1985\6604), 29 julio 2005 (RJ 2005, 6562) y 20 junio 2007 (RJ 2007, 5574)]. Y, para CARRASCO, según parece, bastaría para la nulidad la existencia de un riesgo de que los derechos de los terceros quedaran afectados. Pero, llegados a este punto, considerar nula la donación encubierta, ahora por ilicitud de la causa nos parece que termina conduciendo a la misma solución a la que habíamos llegado mediante la nulidad por falta de forma, pero a través de un expediente que valora excesivamente los propósitos de las partes y muy poco los resultados efectivamente producidos. En efecto, no se aprecia con claridad que pueda considerarse nula la verdadera donación que no llegara a superar, o sólo lo hace parcialmente, el módulo de inoficiosidad legalmente establecido. En este caso parecería más razonable atenerse a las reglas de protección de la legítima que anular la donación por completo: la cuantía del exceso debería marcar el límite de la represión o sanción legal del acto. Pero, repetimos, esta discusión no tendría sentido si se acepta la tesis que nos parece más ajustada a los verdaderos propósitos del legislador: que la forma de la donación, como mecanismo de publicidad, no puede ser una forma simulada.

II. EL OBJETO DE LA COLACIÓN EN LAS ADQUISICIONES DE BIENES REALIZADAS POR EL HEREDERO CON DINERO DEL CAUSANTE

No obstante nuestra opinión, según la cual se debe plantear volver al rigor de la nulidad de la donación encubierta por razones formales, no podemos ignorar la posibilidad de que, en aplicación del otro criterio que ahora parece revivir, terminen por alcanzar validez donaciones como las del caso. De hecho, ya hemos indicado con anterioridad que una de las donaciones era ya inatacable por la STS puesto que su validez no había sido recurrida en casación. Ello supuesto ¿resulta convincente la solución de la STS que considera que la regla debe ser la colación del dinero y no la del inmueble?

A juicio de algún autor [nos referimos a DE LOS MOZOS, *La colación*, Madrid, 1965, pp. 247 y 259] el problema descrito en el epígrafe, sería una cuestión que afecta especialmente al Derecho italiano en cuanto que en él se prevé la posibilidad de la colación *in natura*, en el supuesto de donación de inmuebles [Art. 746 «COLLAZIONE D'IMMOBILI. La collazione di un bene immobile si fa o col rendere il bene in natura o con l'imputarne il valore alla propria porzione, a scelta di chi conferisce. Se l'immobile è stato alienato o ipotecato, la collazione si fa soltanto con l'imputazione»; mientras que dice el art. 751. «COLLAZIONE DEL DANARO. La collazione del danaro donato si fa prendendo una minore quantità del danaro che si trova nell'eredità, secondo il valore legale della specie donata o di quella ad essa legalmente sostituita all'epoca dell'aperta successione. Quando tale danaro non basta e il donatario non vuole conferire altro danaro o titoli dello Stato, sono

prelevati mobili o immobili ereditari, in proporzione delle rispettive quote»]. En cambio, según este mismo autor, la cuestión no se plantearía en nuestro Derecho por cuanto nuestro sistema de colación es siempre por imputación. No estamos de acuerdo con esta observación, porque salta a la vista que la posibilidad de discusión existe, como demuestra nuestra STS y porque siempre será posible distinguir en nuestro sistema los efectos de la colación de una donación de dinero y los de una donación de inmueble. Bajo ese punto de vista, calificar si la donación ante la que nos encontramos es de una cantidad de dinero o del inmueble adquirido con él puede tener gran importancia práctica para los herederos implicados. Por eso, estimamos que la cuestión necesita profundización. Es cierto, no obstante, que en nuestro Derecho las cosas se presentan de un modo diverso al que resulta de las normas del Código italiano.

La conclusión a la que ha terminado llegando la doctrina y la jurisprudencia italianas es la de considerar que en supuestos como el que estamos tratando pueden distinguirse en teoría dos hipótesis. La primera se verifica cuando la donación del dinero sirve, posteriormente, para la adquisición del inmueble por el donatario. Parece entonces que la utilización del dinero no tiene importancia ni trascendencia alguna para la formación de la voluntad del donante: debe entenderse, entonces, que el objeto de la donación ha sido el dinero. En cambio, si el donatario adquiere directamente el inmueble con el dinero que entrega en ese momento el donante, parece que, en la voluntad del donante debe entenderse que está donar el inmueble mismo y no el dinero empleado en su adquisición [Para más detalles de la discusión y las opiniones discrepantes: BILÓ en SFESTA, *Codice delle successioni e donazioni*, I, Milán, 2011, pp. 1752-1753, con abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales; puede verse, también SICLARI, en PERLINGIERI, *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, II, Nápoles, 2010, p. 701; BULLO/TODESCHINI PREMUDA, en CIAN, *Comentario breve al Codice civile*, Papua, 2011, pp. 731, 732 y 737. No faltan opiniones de peso en contra de esta solución: FORCHIELLI/ANGELONI, *Comentario del Codice Civile Scialoja-Branca. Divisione*, Bolonia-Roma, 2000, pp. 463 y ss., VASALLI, *La collazione*, Padua, 1988, pp. 153 y ss. Y en cuanto a la Jurisprudencia italiana: S. Cassazione civile sez. I, 12 maggio 2010, n. 11496, consultada en la base de datos *De Iure*, y a todas las que cita, especialmente la S. Cassazione civile sez. un., 05 agosto 1992, n. 9282, en la que se proclamó la doctrina consolidada según la cual, «Nell'ipotesi di acquisto di un immobile con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, con la sua adesione, la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario e, quindi, integra donazione indiretta del bene stesso, non del denaro. Pertanto, in caso di collazione, secondo le previsioni dell'art. 737 c.c., il conferimento deve avere ad oggetto l'immobile, non il denaro impiegato per il suo acquisto»].

Entre nosotros, GARCÍA-RIPOLL (*La colación*, pp. 176 y ss.), inspirándose en la opinión de Antonio Gómez ha estimado que la clave no sería la voluntad del causante, sino el papel que asume el donatario en el negocio de adquisición del

inmueble: si es el causante quien adquiere el bien y señala como beneficiario al hijo, habrá que colacionar el valor del inmueble; si, por el contrario es este último quien se obliga en el contrato de compraventa, habrá que conferir únicamente la suma de dinero que se haya empleado en la adquisición, convenientemente actualizada. La solución es muy discutible, porque puede llegar a producir efectos desiguales en las hipótesis en que se haya producido una pluralidad de donaciones a varios legitimarios, mediante expedientes ligeramente distintos, pero prácticamente equivalentes desde el punto de vista de sus efectos, en cuanto estuvieran encaminadas a dotar al legitimario de la titularidad de un inmueble. Así lo hace notar el propio autor. Y es que, según pensamos nosotros, por encima de las apariencias que haya revestido el acto, debe darse un peso trascendental a la voluntad del donante en cuanto a la determinación del objeto de la donación. De ese modo, los datos meramente aparentes pierden peso frente a la verdadera voluntad de las partes.

A la luz de todo lo anterior, no pueden dejarse de señalar argumentos de mucha importancia a favor de considerar que el objeto de la donación de nuestro caso fue el inmueble mismo. Atendidas las circunstancias concurrentes, resulta evidente la voluntad de que el donatario adquiriera precisamente el inmueble y no el dinero; es más, resulta claro que sin la existencia del inmueble la donación del dinero no se hubiera jamás producido. Planteadas así las cosas, parece mucho más razonable que sea el inmueble lo colacionable y que, en consecuencia, para los demás coherederos la igualación se produzca en bienes de la misma naturaleza y calidad en tanto que sea posible (art. 1047 CC); es decir, que fueran igualados en inmuebles del mismo valor que el precedentemente donado (es de esta opinión, también, RIVAS MARTINEZ, *Derecho de Sucesiones. Común y foral*, III, Madrid, 2009, pp. 2694-2695).

Claro está que si la STS ha huido de esta consecuencia ha sido quizá por evitar dar la impresión de que estaba combatiendo demasiado frontalmente la doctrina acerca de la nulidad de las donaciones disimuladas de inmuebles. En cambio, bajo el presupuesto de que estas operaciones sean válidas, es mucho más coherente la STS 13 julio 2011 (RJ 2011, 5119) que se refería a un piso adquirido en realidad por el padre, y puesto a nombre de una de sus hijas. En el caso no se negó la titularidad de esta, aunque se declaró colacionable la finca misma. Y es significativo que se diga en el testamento que dicho piso era propiedad de su hija, «desde que lo compró y que no le adeuda al testador cantidad alguna por razón de dicho piso ni por ninguna otra causa», lo cual claramente indicaba que se apuntaba a la existencia de una donación de dinero que, sin embargo, no fue tomada en cuenta por el Tribunal. En casos similares a todos los aquí referidos, y decidiendo en el sentido de la colación del inmueble, también se mostraron las SAP Madrid 26 octubre 2010 (RJ 2011, 16379) y SAP Badajoz 19 octubre 2004 (JUR 2004, 291879).

III. ¿ES POSIBLE DEDUCIR DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE FUE HECHA LA DONACIÓN UNA VOLUNTAD DE DISPENSAR SU COLACIÓN?

Nos hemos planteado un problema muy próximo al suscitado en este epígrafe

al comentar la STS 29 mayo 2006 (RJ 2006, 3343) [«Mejora presunta por donación: su exclusión del sistema de nuestro Código», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 18, 2007, pp. 453-461]. En aquel caso la duda que podía plantearse es si la disposición del causante a favor de uno de sus dos legitimarios, que se había realizado de forma simulada, encubriéndola a través de una disposición onerosa que en realidad no existía, equivalía a considerarla mejora. Nótese que los resultados del plan trazado por la causante, si hubiera tenido éxito, podrían haber sido equivalentes, o incluso más intensos, que una declaración expresa de mejorar por parte de la misma.

En nuestro supuesto, se podía suscitar una pregunta similar, pero referida a la dispensa de la colación: si el diseño del testador fue ocultar la propia existencia de la donación ¿no implica ello que se debe reputar como querida la dispensa de la colación para cuando se descubre su existencia? La cuestión puede estimarse dudosa, y casi resulta convincente decir que en el caso existía una dispensa de colación. De hecho algunos autores sostienen que la simulación supone la voluntad del donante de dispensar la colación [ROCA JUAN, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. Albaladejo), XIV, 2º, Edersa, Madrid, 1989, pp. 40-41]; pero esta solución presenta un fundamento bastante débil si se considera que las motivaciones que subyacen a la simulación pueden ser muy diversas en cada caso y que la existencia de simulación muchas veces las encubre [MANRISA, *Comentarios al Código civil español*, tomo VII, Madrid, 1987 (7ª edición revisada por Francisco Bonet Ramón), pp. 649-650]; por ejemplo, es frecuente que existan motivos fiscales para donar disimuladamente (GARCÍA-RIPOLL, *La colación*, cit., p. 295). De hecho, estos últimos motivos son los que se consideran presentes, según la Sentencia, en el supuesto del caso que estamos comentando. Por eso entendemos que la demostración de que la compraventa simulada encubre una donación que se considere válida no prueba nada en relación con la prefiguración que se había hecho el donante sobre los efectos de dicha donación en su sucesión: no necesariamente la donación encubierta se justifica, en la mente del donante, en un deseo de dispensar de colación. Para acreditar la dispensa será necesario demostrar de un modo claro esa hipotética voluntad de dispensar de modo que se la pueda calificar de expresa.

En este sentido, nos parecen enteramente correctas las afirmaciones de la STS de que «la dispensa de la colación tiene naturaleza negocial y su contenido es la voluntad del donante de que no se colacione», y de que «la voluntad de dispensar la colación ha de ser manifestada expresamente, con expresiones claras e indudables y se puede acordar en cualquier tiempo, tanto en el propio texto del contrato de donación o posteriormente, en otro acto *inter vivos* o en el propio testamento». Por consiguiente, para una donación hecha en escritura de compraventa simulada, ello «no debe entenderse como dispensa de la colación, ni hay ningún argumento jurídicamente serio que abone tal posición». Esa había sido, también, la solución admitida por la que entendemos mejor doctrina (DE LOS MOZOS, *La colación*, p. 235).