

La donación *mortis causa* (desde la prohibición de pactos sucesorios)

IRIS BELUCHE RINCÓN

Profesora de Derecho Civil
Universidad Carlos III de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El legislador disciplina las donaciones *mortis causa* en una única disposición del Código Civil, cuya redacción, como ya ha sido manifestado, «no es todo lo clara que sería de desear»¹. El artículo 620 expresa:

«Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.»

Es de todos conocida la polémica doctrinal acerca de si este precepto del Código Civil suprime o no del ordenamiento jurídico la figura de la donación *mortis causa*. Frente a la tesis dominante que afirma la eliminación de esta institución, que por requerir para su validez forma testamentaria pierde individualidad y se asimila por completo a la figura del legado, la tesis minoritaria defiende su existencia manifestando que sobrevive con autonomía propia y no está sujeta a la forma de los testamentos sino a la de las donaciones *inter vivos*.

Las reflexiones que siguen en estas páginas simpatizan con la tesis minoritaria, defendida por Vallet de Goytisolo, «con prover-

¹ Díez PICAZO, L., *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, núm. 180, p. 563.

bial minuciosidad y tino»², en los años cincuenta³, y se apoyan en la creencia de que esta institución debe tener individualidad y autonomía propia, ya que en la actualidad cumple funciones que la justifican y la hacen digna de tutela. Las donaciones *mortis causa*, que no producen efectos hasta el fallecimiento del donante, siendo hasta entonces revocables, constituyen una técnica jurídica que puede satisfacer variados intereses que no son alcanzables a través del legado. La intención de quien realiza esta donación es conservar la disponibilidad del bien durante su vida, asegurándose previamente de que tras su muerte lo donado será querido por el donatario, que lo recibirá directamente en el momento de su fallecimiento sin la intervención del heredero, pues los bienes no entrarán en su sucesión. Creemos que el intento práctico que se pretende recurriendo a esta institución —que en modo alguno puede ser satisfecho por el legado— justifica su reconocimiento, máxime cuando no hiere, a nuestro juicio, intereses de orden general.

2. ANTECEDENTES

Esta liberalidad ya era definida en sus orígenes en Derecho romano como un modo de disposición ventajoso por diversas razones: permitía hacer atribuciones particulares sin hacer testamento —singularidad relevante habida cuenta de que el sistema del *ius civile* no permitía inicialmente que el testamento contuviera tales disposiciones—, aseguraba la ejecución de la última voluntad del donante, que permanecía independiente del capricho del heredero, y posibilitaba, en los momentos de peligro, la supresión de las formalidades rigurosas de los testamentos. Todo ello unido a que permitía disponer al donante de una cuota de sus bienes superior a la disponible por testamento y, lo más importante, que no obligaba a despojarse irrevocablemente de la cosa, pues la donación *mortis causa* era revocable por naturaleza, hizo que en Roma esta liberalidad alcanzara un notable desarrollo. Se decía que estas donaciones

² En términos de DORAL GARCÍA, J. A., «Donaciones *mortis causa* en el Código Civil y en el Derecho Civil de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, 1993, p. 103.

³ «Donación “mortis causa” en el Código Civil español» (conferencia desarrollada en la *Semana Notarial de Santander*), 1948; «Donación “mortis causa” en el Código Civil español», *Anales de la Academia Matritense de Notariado*, V, 1950; «La donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952; «Las donaciones de inmuebles disimuladas según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADC*, 1972. [Los trabajos anteriores han sido recogidos en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978]. «Panorama del Derecho de Sucesiones», I, *Fundamentos*, Madrid, 1982, pp. 991 y ss.

convenían al carácter ahorrador, egoísta y al mismo tiempo vanidoso de los romanos ⁴.

Sin embargo, este modo de disponer a título gratuito con origen en Roma fue absolutamente rechazado en Derecho histórico francés ⁵, por su incompatibilidad con el principio fundamental del derecho consuetudinario en materia de liberalidades, *donner et retenir ne vaut*. Se afirmaba que no era posible admitir que el donante se reservase el derecho a volver a tomar lo que había dado. El Código de Napoleón lo hace desaparecer legislativamente, de forma definitiva, cuando en su artículo 893 dispone que *no se podrá disponer de los bienes, a título gratuito, más que por donación entre vivos o por testamento, en las formas a continuación establecidas*. Se nos dice que la donación *mortis causa* no existe en lo sucesivo como institución separada con individualidad propia ⁶.

⁴ Esta institución de carácter mixto, que se parecía a los legados –pues gozaba del privilegio de la revocabilidad– a la vez que mantenía una gran afinidad con las donaciones entre vivos –ya que resultaba del acuerdo de las partes y la aceptación del donatario era indispensable–, también fue objeto de numerosas críticas y controversias. Sin olvidar las grandes dificultades de identificación y distinción de otras instituciones, la mayor objeción que se le hizo fue la facilidad con que permitía la burla de la normativa testamentaria y de sus rigurosas disposiciones limitativas. En el intento de evitar que a través de la donación *mortis causa* se consiguieran resultados prohibidos para el legado, se pretendió la unificación de ambas instituciones que, por lo demás, parecían tener la misma función –si bien uno dentro del testamento y otra fuera–.

El intento de unificación inició un proceso que trajo consigo ciertas asimilaciones; entre otras, se sujetó la donación *mortis causa* a la reducción de los legados dispuesta por la *Lex Falcidia*, las normas relativas al derecho de acrecer en materia de sucesión se aplicaron a la donación, se admitió la sustitución como en la herencia y en el legado, etc.

Pero, a pesar de las muchas relaciones entre las dos instituciones, de las equiparaciones y del intento de unificación justinianea, se mantuvo la divergencia entre los dos modos de disposición y la donación a causa de muerte siguió, en general, el régimen de la *donatio* y no del testamento. Por lo demás, su uso continuó siendo frecuente, motivado por las peculiaridades que presentaba la organización de la familia que impedía al «hijo de familia» hacer testamento, pero le permitía, con autorización del padre, hacer donaciones a causa de muerte.

(Véase, AMELOTI, M., *La «donatio mortis causa» in Diritto Romano*, Milán, 1953, pp. 6 y ss.; BIONDI, B., *Successione testamentaria e donazioni*, Milán, 1955, p. 719 y ss.; DI PAOLA, S., «Donatio mortis causa», *Corso di Diritto Romano*, Nápoles, 1969, pp. 167 y ss.)

⁵ Ya la Ordenanza de 1731, antecedente de la codificación napoleónica, hacía desaparecer este género de liberalidades. En su artículo 3 expresaba que *todas las donaciones a causa de muerte [...] no podrán desde ahora tener ningún efecto [...] de suerte que no haya en el futuro, en nuestros estados, más que dos formas de disponer de los bienes a título gratuito, de las que una será la de las donaciones entre vivos y la otra la de los testamentos o codicilos*.

⁶ HUTTEAU, M., *Recueil de divers traités sur les donations entre vifs, donations par contrat de mariage, entre époux, et pendant le mariage*, I, París, 1810, p. 277; DURANTON, M., *Cours de Droit civil suivant le Code français*, III, Bruselas, 1841, núm. 3; TROPLONG, M., *Droit civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments*, I, París, 1862, núm. 40; HUC, T., *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, VI, París, 1894, núm. 1; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y COLIN, M., *Traité théorique et pratique de Droit civil*, I, *Des donations entre vifs et des testaments*, París, 1905, núm. 8; PLANIOL, M., & RIPERT, G., «Traité pratique de Droit Civil français», V, *Donations et Testaments*, Col. Trasbot, A., París, 1933, núm. 14; BEUDANT, Ch., «Cours de Droit civil français», VI, *Les dona-*

Por influencia del Código de Napoleón, la donación *mortis causa* tampoco fue admitida en el Derecho italiano. A pesar de no considerar, como lo hiciera el Código francés en su artículo 893, que la donación es un acto «entre vivos», la previsión del viejo Código del 65 de que el contrato de donación requería la *actualidad* y la *irrevocabilidad* de la atribución patrimonial ⁷, aportaba a juicio de la doctrina suficientes argumentos para afirmar la nulidad de esta donación –de la que se afirmaba que era un contrato sólo en la forma pues en sustancia era un testamento–. El hecho de que fuera revocable al arbitrio del donante y revocada *ipso iure* en caso de premoriencia del donatario, y la falta de actualidad del despojo de las cosas donadas, que sólo después de la muerte del donante pasaban en propiedad y posesión al donatario, bastaban por sí solos ⁸.

Por su parte, en términos muy similares a los que posteriormente utilizará nuestro vigente Código, el Código civil portugués de 1867, en su artículo 1457, dispone que *las donaciones que tuvieran que producir sus efectos por muerte del donante tienen la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y quedan sujetas a las reglas establecidas en el título de los testamentos*. En consonancia con este precepto, y siguiendo los precedentes, se afirmará que las donaciones *mortis causa* son revocables como los testamentos y tienen su forma ⁹.

En Derecho histórico español, el Proyecto de Código Civil de 1851 toleraba las donaciones *mortis causa* que consistieran en una cosa específica no fungible, pero exigía que se otorgaran en testamento las liberalidades que tuvieran por objeto el todo o una parte alícuota de los bienes del donador o una cantidad de cosas fungibles, sujetándolas, además, a las reglas de las últimas voluntades ¹⁰.

tions entre vifs et les testaments (col. Voirin, P.), París, 1934, núm. 34; JOSSEMAND, L., «Derecho Civil», III, 3.º, *Liberalidades*, trad. por Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1951, núm. 1258; ESMEIN, P., AUBRY & RAU, *Droit civil*, X, París, 1954, núm. 645; RIPERT, G. & BOULANGER, F., «Traité de Droit civil d'après le Traité de Planiol», IV, *Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, París, 1959, núm. 3229; MAZEAUD, H. e L. & MAZEAUD, J., «Leçons de Droit civil», IV, 2.º, *Successions, libéralités*, 3.ª ed., rev. por Breton, A., París, 1980, núm. 1502; RAYNAUD, P., MARTY, G., y RAYNAUD, P., *Droit civil. Les successions et les libéralités*, París, 1983, núm. 330; SAVATIER, R., «Donation», *Repertoire de Droit civil Dalloz*, IV, 2.ª ed., 1991, núm. 93; FLOUR, I., & BONTE; I., *Droit patrimonial de la famille (Successions, Libéralités...)*, dirigido por Grimaldi, M., París, 1998, núm. 3224.

⁷ El artículo 1050 disponía que *la donación es un acto de espontánea liberalidad, mediante el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario, que la acepta*. (Este precepto consagraba en el Derecho italiano la antigua regla consuetudinaria francesa «donner et retenir ne vaut»).

⁸ ASCOLI, A., *Trattato delle donazioni*, Florencia, 1898, p. 167; MANENTI, C., «Sul concetto di donazione», *Rivista di diritto civile*, 1911, p. 329.

⁹ SILVA, E., *Doações*, 2.ª ed., 1935, p. 20.

¹⁰ El artículo 942 del Proyecto de García Goyena disponía: «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

García Goyena, en su comentario a este precepto manifestaba que, como regla, las donaciones *mortis causa* eran suprimidas. Su conocido «afrancesamiento»¹¹ le llevó a reiterar la antigua regla consuetudinaria del Derecho francés *donner et retenir ne vaut* (aunque era extraña a nuestro Ordenamiento tradicional¹²) y a la consiguiente postura supresora, pues conservar la facultad de disponer, afirma, es hacer ilusoria la donación¹³.

Con estos antecedentes, el legislador de 1889, en términos casi idénticos a los del artículo 618 del Anteproyecto de 1882-1888¹⁴, dispuso en el artículo 620 CC que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participen de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria».

Parece evidente, a nuestro juicio, que el redactor de nuestro Código transcribió, casi literalmente, el precepto del Código civil portugués de 1867. La modificación más relevante fue la sustitución del verbo «tener» por el verbo «participar», cuyo alcance ha sido, y es, muy discutido por nuestra doctrina, que lo interpreta de formas diversas basando en sus diferentes significados argumentos en contra y a favor de la supervivencia en nuestro Ordenamiento de las donaciones *mortis causa*. El intérprete de este precepto lo primero que se pregunta es ¿qué significa «participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad»? ¿Qué son tales disposiciones o, sencillamente, que tienen semejanzas? ¿Qué alcance tienen los términos «se regirán por las reglas de la sucesión testamentaria»? ¿Se refiere a todas las normas o sólo a aquéllas susceptibles de aplicación en atención a su naturaleza semejante?

3. OPINIONES DE LA DOCTRINA CIENTÍFICA

La *communis opinio* considera que al ordenar el artículo 620 CC que se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria las somete a estas reglas «en todo», incluso en la forma, por lo que han de otor-

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».

¹¹ En expresión de FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Sobre una revisión de las donaciones “mortis causa” en nuestro Código Civil», *ADC*, 1951, p. 1082.

¹² VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, cit., p. 100.

¹³ *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid de 1852, Zaragoza, 1974, p. 464.

¹⁴ Artículo 618: «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria».

garse en testamento guardando las formas de éste. Esta liberalidad se convierte de este modo en una disposición testamentaria unilateral, lo que concuerda perfectamente con la afirmación de tal disposición de que «*participan* de su naturaleza». Esto es, la donación *mortis causa* y el legado son dos figuras que tienen la misma función, y el hecho de quedar aquélla sujeta –conforme a la exigencia del legislador en la disposición del artículo 620 CC– a las reglas de las disposiciones testamentarias conlleva su eliminación.

Esta tesis es defendida por Roca Sastre que, en el estudio de la posición que adopta el Código Civil frente a esta figura jurídica, y ante lo preceptuado por el 620 CC, se pregunta: ¿ha suprimido el Código la donación *mortis causa*? A su modo de ver sí. Cree que la abolición de la donación *mortis causa* en nuestro Código es absoluta.

Su afirmación se apoya en que la donación *mortis causa* y el legado son dos instituciones que se identifican, salvo en lo relativo a su modo de otorgarse –que en la primera es la forma de la donación, y en el segundo es el testamento–, es decir, la donación a causa de muerte sólo tiene de donación la forma o modo de producirse u otorgarse, siendo en lo demás una disposición testamentaria.

Por consiguiente, nos dice, el elemento de vida o muerte para la existencia de la donación *mortis causa* es que pueda hacerse o no empleando la forma o mecanismo de la donación, o sea, el juego de una disposición patrimonial del donante y la consiguiente aceptación del donatario en vida de aquél, subsistiendo su voluntad de donar. Si se establece, por el contrario, que la donación *mortis causa* tiene que adoptar forma testamentaria, con sus consiguientes exigencias de declaración unilateral y personalísima, no puede hablarse ya de liberalidad a causa de muerte, pues ha quedado eliminado el único elemento que le atribuye entidad propia. Que esto sea así, que la donación *mortis causa* tiene que sujetarse a las formas testamentarias, es a su juicio evidente en base al citado artículo 620 del Código Civil.

Roca concluye manifestando que la donación *mortis causa* es una figura eliminada del Código Civil, y como tal figura, sólo interesa en el régimen del Código, al efecto de declarar la nulidad de aquella liberalidad que, participando de la naturaleza de la donación a causa de muerte, no se haya otorgado llenando las formas testamentarias, o si, por el contrario, hubiese adoptado tales formas sería no ya una donación sino un legado ¹⁵.

Fuenmayor Champín también comparte esta opinión, mostrándose claramente contrario a las donaciones *mortis causa*. A la pre-

¹⁵ «Donación “*mortis causa*”», *Estudios de Derecho privado*, I, 1948, pp. 572 y ss.

gunta ¿cabe decir que siguen siendo verdaderas donaciones?, responde negativamente y de forma terminante: «De ninguna manera. Serían —si acaso— unas donaciones sin contenido, un envoltorio vacío, un artificio para realizar disposiciones testamentarias fuera de las formas que el Código exige con carácter esencial para otorgar testamento».

Le parece claro que sí, por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*, éstas han sucumbido en el Código Civil, porque de su propia configuración resulta que en el ámbito de las liberalidades no hay, en rigor, cabida para ellas. Su naturaleza *mortis causa* exige, no sólo el régimen, también la forma de las disposiciones testamentarias.

Nada más concluyente que su conocida, y transcrita en reiteradas ocasiones, frase: «cierto que las cita el artículo 620, y que habla de ellas como donaciones, mas es ésta una cita postrera, una esquel mortuoria»¹⁶.

Es igualmente partícipe de esta tesis Puig Brutau, quien, manifestando en primer término la imprecisión del redactor del Código al afirmar que «como en tantas otras ocasiones, también en este artículo 620 el legislador ha dejado en manos de los intérpretes un precepto cuyas palabras pueden tener más de un sentido», afirma que la opinión más general y seguramente más acertada considera que el Código, con la disposición del artículo 620, ha querido asimilar por completo las donaciones por causa de muerte a los legados.

A su juicio, la afirmación de que se trata de actos que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y que, por ello, han de regirse por las normas de la sucesión testamentaria, elimina por completo la institución romana —en la que era esencial la combinación de la determinación del destino de los bienes para después de la muerte del donante con la forma de un acto entre vivos—¹⁷.

También en opinión de Albaladejo, el artículo 620 CC, con más o menos acierto en su literalidad, elimina a partir del Código Civil las donaciones *mortis causa*, pues al expresar el artículo 620 CC, *las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante*, quiere significar que en adelante se suprimen como regla las donaciones *mortis causa*. Para disponer *mortis causa*, manifiesta, sólo queda el testamento.

No deja de reconocer este autor que el artículo 620 CC no expresa literalmente que las suprime (sino que dice que *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad —lo que a su parecer es innegable, porque por la donación *mortis causa* se dispo-

¹⁶ *Sobre una revisión...*, cit., pp. 1093 y 1095.

¹⁷ *Fundamentos de Derecho civil*, II, 2.º, Barcelona, 1956, p. 102.

ne para después de la muerte, de modo que *participar* tiene ahí el sentido de *ser* una disposición de última voluntad, o *tener* tal naturaleza—), no obstante, las elimina, porque al ordenar que se rijan, sin límite alguno, en *todo*, por las reglas de la sucesión testamentaria se está exigiendo que se otorguen en testamento guardando la forma de éste, y como el testamento es un acto unilateral del disponente, se está excluyendo que la liberalidad a causa de muerte pueda seguir siendo *acuerdo* de donante y donatario. De este modo, afirma, la donación *mortis causa* pasa a ser una disposición unilateral del donante que, hecha en testamento porque lo pide el artículo, no es sino una disposición testamentaria más, y no ya una donación.

En suma, en opinión de Albaladejo, aunque la disposición del artículo 620 CC no diga que suprime la donación *mortis causa*, al someter tal donación no sólo en su desenvolvimiento, consecuencias, etc., sino *en sí misma* (que es lo que cree que hay que entender cuando se dice pura y simplemente que *se regirá por...*) a las reglas de la sucesión testamentaria, nuestro Código acaba con la institución¹⁸.

Frente a esta tesis supresora casi generalizada de las donaciones *mortis causa*, repetida desde hace tiempo por nuestros civilistas¹⁹, se alza en nuestra doctrina la minoritaria pero autorizada «teoría de la *sobrevivencia*» de Vallet, que niega, a nuestro parecer con sensatez, que las donaciones *mortis causa* hayan de revestir forma testamentaria²⁰.

Son diversos los argumentos que, a su juicio, pueden esgrimirse en defensa de la subsistencia de esta institución:

En primer lugar, *gramaticalmente*, el artículo 620 CC nos habla de «las *donaciones* que hayan de producir efectos por muerte del

¹⁸ *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, VIII, 2.º, Madrid, 1986, p. 55. Esta misma tesis es posteriormente mantenida por ALBALADEJO en el *Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1991, pp. 1580 y ss.

¹⁹ Con anterioridad al Código Civil, GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALVÁN, J. M., *Elementos de Derecho civil y penal de España*, I, Madrid, 1840, p. 253. Después de 1889, FALCÓN, M., *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral*, III, Barcelona, 1893, p. 328; MANRESA, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, V, 3.ª ed., Madrid, 1910, p. 80; VALVERDE, A., «Tratado de Derecho civil español», V, *Derecho de sucesión «mortis causa»*, Valladolid, 1916, p. 352; ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 571; FUENMAYOR CHAMPÍN, A., *Sobre una revisión...*, cit., p. 1095; PARRA JIMÉNEZ, J., «De nuevo sobre la donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952, p. 190; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*, II, 2.º, cit., 1956, p. 103; PORRAS IBÁÑEZ, P., «Donaciones y disposiciones testamentarias (lo que dice el artículo 620 del Código Civil)», *RCDI*, 1964, p. 764; ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VIII, 2.º, cit., p. 53; CASTÁN, J., «Derecho civil español, común y foral», IV, *Derecho de obligaciones*, 15.ª ed., por Ferrandis, J., Madrid, 1993, p. 228.

²⁰ Esta tesis encuentra en Vallet su mayor, y más conocido, defensor, pero ya en 1926, AZPITARTE, *Legislación notarial* (Contestaciones a Registros), Madrid, 1926, pp. 142 y ss., frente a la tesis mayoritaria de la supresión de las donaciones *mortis causa* en nuestro Código Civil, sostuvo, de forma innovadora, su subsistencia, afirmando que no cabía exigirles la forma solemne del testamento para que válidamente se ordenasen. Por lo demás, afirmaba que el Reglamento Notarial admitía su registro en actos de última voluntad como actos distintos de los testamentos.

donante», por lo tanto, el legislador las califica y conceptúa como donaciones y no como disposiciones testamentarias. Del mismo modo, desde el punto de vista puramente gramatical, la palabra *participan* no quiere decir que se identifiquen, sino tan sólo que existen algunos puntos de semejanza, o de identidad con respecto a la naturaleza de la que participa, pero no que se lleguen a confundir con ella. Por lo demás, en relación a los términos *se regirán* se refieren, afirma, al desenvolvimiento, al funcionamiento, a la ordenación de la institución ya nacida, pero aún sin reglamentar.

En segundo término, manifiesta, en su argumento *lógico*, que si las donaciones *mortis causa* participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, puede aceptarse la aplicación a aquéllas de las reglas de éstas en cuanto se refieran a su naturaleza semejante o idéntica; pero, en cambio, no hay porqué hacer aplicación de las relativas a su forma, que, casi por definición, han de ser distintas.

En tercer lugar, cree que *históricamente* se puede demostrar su existencia. Ya el propio Justiniano, en el *Corpus iuris*, aunque pretendió su asimilación a los legados, no las confundió por lo que a la forma se refiere. Por lo demás, en Derecho histórico español, el Derecho de Castilla equiparó la donación *mortis causa* al contrato en cuanto a la forma y solemnidad, requiriendo la presencia de ambas partes, y las Partidas admitieron que el hijo de familia pudiera realizar esta clase de donaciones con otorgamiento del padre.

Finalmente, Vallet confirma su tesis interpretando *sistemáticamente* el artículo 620 CC. Así, nos dice que el artículo 618 CC no excluye del concepto de donación a las otorgadas *mortis causa*, por lo que negativamente no hay obstáculo para que quepan dentro de la definición, muy al contrario, positivamente el artículo 620 confirma su inclusión al hablar de donaciones que hayan de producir su efecto por muerte del donante. Considera que nada tiene que ver con esto que a este grupo de donaciones se les ajusten reglas especiales —de acuerdo a su naturaleza específica—, siempre que ello no lleve consigo su desnaturalización, lo que piensa que sucedería irremediablemente si se exigiera que se otorgasen en testamento, porque entonces ya no podrían llamarse donaciones sino legados.

Como otros argumentos de tipo sistemático aduce el artículo 641 CC, el artículo 1331, hoy 1341.2.º, y los artículos 177 originario y el 827 CC ²¹.

²¹ VALLET, *Panorama...*, I, cit., pp. 1008 y ss. (Hemos referido los argumentos de Vallet utilizando como punto de referencia la obra mencionada por ser la de fecha más reciente. Por lo demás, nótese que el autor emplea idénticos argumentos a los expresados por primera vez en la conferencia «Donación "mortis causa" en el Código Civil español» desarrollada en la *Semana Notarial de Santander*, en 1948, reiterados igualmente en las obras posteriores ya citadas).

La hasta ahora minoritaria tesis de Vallet, aunque no carece de críticas ²² –a las que, por cierto, no les faltan réplicas– ²³, encuentra punto de apoyo en la doctrina científica más relevante de nuestro país.

²² Los argumentos de Vallet han sido criticados por PARRA JIMÉNEZ, J., «De nuevo sobre la donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952 (marzo), pp. 185 y ss.

Respecto al *elemento gramatical*, afirma Parra:

«a) El argumento sería válido de haber incompatibilidad entre uno y otro concepto, o si fuere un imposible que una disposición testamentaria fuere donación, que no lo es desde el momento en que el legado pudo definirse como *donatio quoedam a defuncto relicta*.»

b) [...] a la afirmación del artículo 620 hay que dar su exacto alcance. El legislador no ha pretendido hacer una inútil afirmación dogmática, puramente teórica, adoctrinándonos sobre cuál sea o no la naturaleza de tales donaciones. El artículo 620 es una proposición jurídica de remisión en sentido estricto, y su puro contenido normativo no es más que éste: que tales donaciones se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria.

La afirmación de que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad no es más que la premisa dialéctica que pudo y no ha querido omitirse. Desde un punto de vista lógico-sintáctico, la oración gramatical regida por el verbo “participan” es una subordinada causal de aquella principal que lleva el verbo “se regirán” (“*porque participan de la naturaleza... se regirán*”). O, a lo sumo, una coordinada ilativa (“participan de la naturaleza...; *luego se regirán*”).

c) El artículo 620 no contempla una donación *mortis causa* válidamente nacida a la vida del derecho, [...], no es exacto que la locución “se regirán”, aplicada a las donaciones a que se refiere el artículo 620, comprenda solamente su desenvolvimiento, ordenación y regulación, con independencia de la forma: abarca su vida entera. [...]. La remisión del artículo 620 obliga a dar a esta especie de donaciones la forma del testamento, como comprendidas entre las reglas legales a las que el precepto se remite.»

En relación al *elemento lógico*, el error en la argumentación de Vallet, critica este autor, se encuentra «en situar el centro de gravedad del artículo 620 en la frase regida por el verbo “participan”, en vez de centrar la gravedad en la frase que se inicia con las palabras “se regirán”, donde, [...] se encuentra el verdadero contenido normativo. [...]. *Lógicamente* se hace inexcusable aplicar a las donaciones del artículo 620 las reglas formales de los testamentos. Para disciplinar estas donaciones el artículo 620 se remite a las reglas de la sucesión testamentaria; es así que entre dichas reglas se encuentran las relativas a los testamentos, luego las reglas relativas a los testamentos han de aplicarse a aquellas donaciones».

En cuanto al *elemento histórico*, puede leerse en el escrito de Parra que «si la proposición meramente enunciativa del artículo 620 (“participan de la naturaleza”) puede no carecer de antecedentes [...], el verdadero contenido normativo de ese precepto, con la radical conclusión a que nos lleva respecto de la forma, no los tiene. Es, pues, inútil acudir a la historia en busca del sentido exacto del precepto. Más aún: históricamente se justifica como la última fase en nuestro Derecho del proceso de estas donaciones a perder su propia individualidad, su perfil y figura característicos».

Finalmente, respecto al *elemento sistemático*, afirma que «en general, no parece lícito, para una interpretación sistemática del 620, argüir aquellos preceptos del Código aparentemente inconsecuentes con su enemiga a los pactos sucesorios. Son preceptos excepcionalísimos, con su particular razón de ser cada uno de ellos, que no admiten extensión por analogía a más supuestos que los contemplados concretamente en cada uno.

Una interpretación sistemática del artículo 620 no puede echar en olvido el artículo 658 del Código Civil, ni, mucho menos, el artículo 667, [...].

[...] Y siendo la donación del artículo 620 un acto de disposición de bienes para después de la muerte, ordenar aquélla es testar (artículo 667) y adquirirla es suceder a título singular (artículos 660 y 768), por voluntad del hombre que inexcusablemente debe manifestarse en testamento (artículo 658).»

²³ La críticas de Parra son replicadas por VALLET, «La donación “mortis causa” y el Código Civil», *RCDI*, 1952 (mayo), pp. 322 y ss.

Así, Díez-Picazo, en el comentario a una sentencia del Tribunal Supremo, claramente se manifiesta partícipe de esta dirección doctrinal. Tras ubicar el problema de las donaciones *mortis causa* en la

«ELEMENTO GRAMATICAL

a) *Réplica*: [...] Técnicamente ambos conceptos son incompatibles. [...]. Aunque el *animus donandi* expresado extracontractualmente, pero con las solemnidades de las últimas voluntades, engendre un legado que, precisamente, en esa diferencia de forma se separa de las donaciones *mortis causa*.

Por lo tanto, el artículo 620, al hablar de donaciones, no puede referirse a donaciones contenidas en testamento, ya que entonces no serían donaciones, sino legados. No olvidemos tampoco el título en que se halla situado este precepto. Es el de las donaciones, concepto recogido en el artículo 618, dentro del cual no caben los legados. Ni que, en su texto, el artículo 620 presupone la vigencia y validez de donaciones que han de producir sus efectos por muerte del donante, y que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad.

El artículo 620 es un certificado de vida de la donación *mortis causa*.

c) *Réplica*: [...] no es posible afirmar que una donación por causa de muerte se registrará en su vida entera, incluida su forma de nacer, por las reglas de la sucesión testamentaria. Pueden suprimirse las donaciones *mortis causa*, pero lo que no es posible es que se rijan en su forma matriz por las reglas de la sucesión testamentaria.

Si el Código Civil hubiese pretendido lo primero, debió haber dicho que quedaban abolidas las donaciones *mortis causa*, o que no puede disponerse *mortis causa* más que en la forma prevista en el título correspondiente a las sucesiones testamentarias, o simplemente pudo definir la donación con alguna nota que excluyera de su concepto las dispuestas *mortis causa*. [...]

[...] Lo cierto es que, en lugar de proclamar la abolición de las donaciones *mortis causa*, o de declararla implícitamente, certificó su existencia precisamente al señalarles un régimen aplicable. Cosa no posible si como institución hubiesen dejado de ser. Cosa imposible si su forma fuese la de las últimas voluntades, porque entonces ya no serían donaciones.

Pues bien –repetimos–, para que una donación *mortis causa* pueda regirse por las reglas de la sucesión testamentaria, debe haber nacido; para nacer ha de hacerlo en forma contractual (“*lato sensu*”), es decir, en negocio *inter vivos*. De lo contrario, no habrá donación *mortis causa*, sino una institución o un legado, y, entonces, holgaba la remisión a sus reglas correspondientes. Sería una perogrullada.»

«ELEMENTO LÓGICO

Réplica: No es exacto que situemos el centro de gravedad del artículo 620 en el término “*participan*”, por el hecho de que hubiésemos atendido a él para medir el alcance de las palabras “se registrarán”. Estamos de acuerdo en que el contenido normativo de este precepto se halla en lo determinado a continuación de las palabras “*se registrarán*”. Pero, la interpretación de toda norma requiere el conocimiento de su *ratio*, su fin, su alcance, y para ello no es posible fijarse solamente en las palabras de puro contenido normativo. [...] es totalmente indispensable, ineludible, atender a las oraciones subordinadas causales o coordinadas ilativas, contenidas en la propia ley, para medir el exacto alcance de la oración de puro contenido normativo.»

[...].

«Parra, cree, que lógicamente se hace inexcusable aplicar a las donaciones del artículo 620 las reglas formales de los testamentos. [...] A su juicio [...] ¿no sería lógico pensar que de haber querido excluir éstos, la remisión hubiera sido directamente al capítulo II de aquellas reglas?

La respuesta es sencilla. En el capítulo I, no sólo se contiene la reglamentación de las formas del testamento, sino que entre ellas no faltan preceptos relativos a cuestiones de fondo, como las del artículo 737 –básicamente aplicable a las donaciones *mortis causa*–, artículos 670, 671, etc. El legislador no pudo, pues, referirse exclusivamente al capítulo II. El exacto límite de aquella remisión quedó formulado, en primer término, al certificar la existencia de las donaciones *mortis causa* –puesto que lejos de abolirlas les señalaba su régimen–, existencia ligada a lo que es consustancial a su naturaleza, otorgarse en negocio *inter vivos*.»

disposición del artículo 620 CC –del que critica la oscura redacción– y después de expresar la teoría más extendida, afirma, en referencia a la tesis defendida casi veinte años antes, que «una segunda dirección doctrinal, a nuestro juicio, más acorde con la naturaleza de las cosas, interpreta el artículo 620 afirmando que la donación *mortis causa* es, ante todo, una donación, es decir, un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente en favor de otra que la acepta (cfr. art. 618 CC), que puede celebrarse a través de las formas al efecto establecidas (escritura pública para la donación de inmuebles y documento privado para la donación de muebles; cfr. arts. 632 y 633 CC). Ahora bien, al concurrir el negocio de donación a la reglamentación del destino *post mortem* del patrimonio *participa* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y ello hace que quede integrado en la sucesión testamentaria, a cuyas reglas, sustantivas no formales, se somete (*v. gr.*, libre revocabilidad *ex art. 737*, ámbito de libre disposición *ex art. 763*, etc.)»²⁴.

Igualmente, entre nuestros civilistas, Puig Ferriol y Badosa afirman, a nuestro parecer con buen criterio, que en el artículo 620 existe, de una parte, una verdadera donación y, por tanto, necesidad de aplicar las normas de tal figura y, de otra, una simple participación de naturaleza y una remisión legal. En su opinión este precepto no establece en modo alguno una asimilación a la figura del legado.

Nos dicen que la afirmación de la naturaleza sucesoria de la donación *mortis causa* y su asimilación a los legados nace de una mala comprensión del papel de la muerte del titular respecto de la

«ELEMENTO HISTÓRICO

[...] nuestro Código no supone una invención *ex novo* del Derecho civil, sino la formulación o expresión, con ciertas talas o reajustes de nuestra tradición jurídica. [...]. No puede, presumirse la derogación de la donación *mortis causa* como institución vigente. Al contrario, conociendo el Derecho que rigió hasta el día de la promulgación del Código Civil, se le siente latir en las escasas líneas del artículo 620.»

«ELEMENTO SISTEMÁTICO

(como réplica a la crítica del carácter excepcional de los preceptos argüidos afirma Vallet:) [...] Aunque así fuera, demostrarían que, por lo menos en dichos supuestos excepcionales, puede seguir viviendo la donación *mortis causa*. Donación que, por otra parte, dada su revocabilidad, no participa de la enemiga a los pactos sucesorios.

(En cuanto al criticado olvido de Vallet de algunos preceptos, replica:) [...] Basta su lectura (art. 658) para borrar toda duda de que el precepto transcrito tenga algo que ver con las donaciones *mortis causa*. Éstas no suponen *sucesión* en sentido estricto. [...].

[...] El artículo 667 únicamente contiene una definición –por lo demás poco afortunada del testamento–, sin pretender otra cosa. Su *ratio* sólo es ésta. Luego no es lícito entender sus palabras más allá del fin perseguido por ellas. No consta patentemente que quisiera atribuir al testamento la exclusividad de las disposiciones *mortis causa*, [...].»

Críticas y réplicas están recogidas en VALLET, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 253 y ss.

²⁴ *Estudios sobre la Jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1966, núm. 180, p. 563.

eficacia del título. A su juicio, es necesario señalar una serie de diferencias que impiden confundir la muerte como hecho determinante de la eficacia de un título ya existente, con la muerte como hecho determinante de la existencia del mismo. En primer lugar, es la voluntad y no la muerte la que produce la privación de la titularidad. En segundo término, refieren la eficacia plena del título sin necesidad de la intervención de terceros para consumarla (art. 858) y, finalmente, en tercer lugar, manifiestan que el título existe antes de la muerte del titular, no después de su muerte (diferencia que consideran importante a los efectos del art. 820.1 CC).

Por lo demás, admiten que «participar de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad», como ya ha señalado la doctrina, no significa confusión o identidad con el testamento. La referencia a disposición de última voluntad indica, en su opinión, que se está contemplando la donación desde el punto de vista de negocio jurídico, no de título atributivo de la titularidad de bienes. El artículo 620 viene a decir, pues, a su parecer, que el calificativo de disposición de última voluntad es igualmente aplicable al testamento y a la declaración dispositiva del donante, cuando ésta se realiza por razón de muerte.

En suma, según su criterio, las diferencias son relevantes. Así, la donación sigue siendo un acto dispositivo, en el cual la pérdida de la titularidad resulta de la voluntad del sujeto, mientras que el testamento es un acto de destinación de unas titularidades cuya extinción se funda en la muerte. La donación es negocio con causa gratuita, es decir, presidido por la voluntad liberal del disponente, que justifica el efecto atributivo, mientras que en el testamento el efecto adquisitivo se justifica por el principio fundamental de eliminar la situación de bienes vacantes. La donación es, finalmente, un negocio de naturaleza *inter vivos* en que la muerte si interviene es como elemento accidental que afecta únicamente a la eficacia, pero no al valor negocial, mientras que, en cambio, en el testamento, la muerte es presupuesto del valor negocial del acto, que hasta aquel momento es únicamente una mera declaración de voluntad ²⁵.

También a nuestro juicio, y siendo conscientes de que nos situamos en el bando minoritario, es razonablemente defendible la tesis doctrinal que proclama la existencia de las donaciones a causa de muerte como institución con individualidad propia, debiendo negarse su asimilación a los legados. No desconocemos que no es ésta, tampoco, la opinión mantenida por la doctrina jurisprudencial más generalizada. Veámoslo.

²⁵ Comenariós a la obra de KIPP, «Derecho de sucesiones», *Tratado de Derecho Civil Enneccerus, Kipp, Wolff*, V-1, 2.ª ed., Barcelona, 1976, pp. 720 y ss.

4. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

En las sentencias de la Sala Primera, aunque no se manifieste expresamente que la donación *mortis causa* haya sido suprimida, se afirma, en consonancia con la tesis doctrinal predominante, que a tenor del artículo 620 CC estas donaciones son disposiciones de última voluntad y la sumisión a las reglas de la sucesión testamentaria es total, incluidas las normas relativas a la forma; por consiguiente, sólo puede hacerse una donación *mortis causa* en testamento y no será, en definitiva, más que un legado. Que la donación *mortis causa* requiere para su validez la forma y las solemnidades de los testamentos viene siendo expresado por el Tribunal Supremo desde antaño ²⁶.

Recientemente, ha sido decisiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1986 que, en su fundamento jurídico cuarto, dejó sentada la siguiente doctrina:

«en todo caso, para el supuesto hipotético que efectivamente a medio de la tantas veces aludida escritura pública de 8 de febrero de 1974, con

²⁶ En el último de los considerandos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1905 se manifiesta la necesidad de que la donación *mortis causa* se ajuste a las formalidades legales de la sucesión testamentaria al afirmar que:

«conforme a lo prevenido en el citado art. 620 del Código civil, la donación hecha por doña María de la Concepción Hernández participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y debe regirse por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, y al no haberse observado éstas, es evidente que en este sentido se comete también por la sentencia recurrida las infracciones de las disposiciones legales que se invocan en dichos dos primeros motivos». [En el primero de tales motivos se refiere el artículo 620, y se expresa que «las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria»; y comoquiera que claramente se demuestra por las palabras –fallecida yo, páguese a la orden de doña Micaela de la Llana–, que la voluntad de la finada fue que hasta que ella falleciese no se pagase ni transmitiese la propiedad del depósito a doña Micaela de la Llana, es indiscutible que tal donación tiene carácter de donación *mortis causa*, y como sólo por testamento ha podido realizar la cesión, ese supuesto endoso no tiene fuerza ni eficacia para transferir a doña Micaela de la Llana la propiedad del depósito a que se refiere el resguardo.]

En el mismo sentido, la Sentencia de 8 de febrero del mismo año expresa:

«[...] y como la Sala sentenciadora estima con acierto 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 regula la sucesión testamentaria, según lo exige el artículo 620 del Código Civil [...]»

También en la Sentencia de 4 de noviembre de 1926 puede leerse, en su primer considerando, que:

«[...] como porque en el concepto de donación *mortis causa*, para ser valedera tenía que revestir cuantos requisitos de forma y solemnidades exigen los testamentos, [...]»

Igualmente véanse las Sentencias de 24 de abril de 1909, 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975 y 7 de noviembre de 1979.

su complemento reflejado en el documento privado de 5 de marzo de 1974, 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, ya que el Código Civil, abandonando el sentido tradicional de la distinción entre las donaciones *inter vivos* y las *mortis causa* y ateniéndose, en su tenor literal, a su sentido vulgar, si indudablemente contrapone las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, es decir, en vida del donante, y las que hayan de producirlos por muerte del mismo, sin embargo somete las primeras a lo dispuesto en los artículos 624 y 652 y a las generales de los contratos y obligaciones, según previene el 621, y hace participar a las segundas de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, con el consiguiente sometimiento, según ya queda dicho, a las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, cual establece el artículo 620 y proclaman las Sentencias de esta Sala de 21 de octubre de 1896, 28 de enero de 1898, 27 de julio de 1904, 3 de enero y 8 y 12 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 17 de marzo de 1941, 8 de julio de 1943 y 19 de junio de 1956, pues como en algunas de esas resoluciones se indica lo que caracteriza definitivamente las donaciones con finalidad *mortis causa* es la permanencia en el dominio y libre disposición del donante de 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 se 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 empleada para la expresión de la voluntad si ésta es que solamente con posterioridad a la muerte del donante haga suyo el donatario lo que fue objeto de la donación [...], y por consiguiente son revocables, al no producir efecto sino después de la muerte del causante, es decir *post mortem*, siendo ineficaces si no se justifican por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias.»

La misma doctrina ha sido reiterada en las Sentencias de la Sala Primera de 13 de junio de 1994, 9 de junio de 1995 y 25 de julio de 1996. Fernández-Cid de Temes, ponente de la primera de ellas, después de recordar lo que estableció —con singular acierto, nos dice— la Sentencia de 24 de febrero de 1986, expresa en el segundo de sus fundamentos de Derecho que:

«Había simplemente intención de realizar una donación *mortis causa* que no llegó a plasmar en realidad al no adoptarse la forma de las disposiciones testamentarias, pues es necesario guardar las formas y solemnidades del testamento [...], según previene el artículo 620 del Código Civil.»

Martínez Pardo, ponente de otra sentencia de la misma fecha, en el segundo fundamento jurídico, reiteró la misma doctrina:

«Existe conformidad absoluta en que la donación *mortis causa* de la porción del solar y edificio efectuada por el padre a sus hijos se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria por expresa disposición contenida en el artículo 620 del Código Civil. Y que, por ello se han de aplicar las normas correspondientes a los legados de cosa específica.»

En la Sentencia fechada el 9 de junio de 1995 puede leerse que:

«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 considera 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 o gravamen y en cualquier tiempo respecto de la totalidad o parte de la finca, en cuyo caso quedará revocada la donación; además, el donatario no podrá enajenar ni gravar la finca donada ni parte de la misma durante la vida del donante sin contar con autorización expresa del donante. Dados esos 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 de 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 se 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 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 de 1991, y en otras sentencias anteriores. Y siendo 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.»

Finalmente, en la última Sentencia del Tribunal Supremo recaída sobre este asunto ²⁷, la de 25 de julio de 1996, se ratifica, en el fundamento de Derecho sexto, que:

«Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación *mortis causa*, a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias.»

5. NUESTRA POSTURA

Pensamos que la tesis mayoritaria en la doctrina científica y en la jurisprudencial, a cuyo tenor la donación *mortis causa* requiere para su eficacia forma testamentaria, lo que conduce a su identificación con el legado y, en consecuencia, a su supresión de nuestro ordenamiento jurídico, es poco afortunada.

La donación *mortis causa* no tiene en la realidad los mismos efectos ni cumple la misma función que el legado. No desconocemos las analogías ²⁸, pero existen decisivos argumentos que obligan a distinguir estas dos instituciones: además de la diferente forma de otorgarse, hay otras divergencias importantes, que justifican que los particulares, para satisfacer sus propósitos, recurran a una figura y no a otra, esto es, que quieran donar *mortis causa* y no legar. Así, entre otras, la donación a causa de muerte, a diferencia del legado, no necesita de la tradición o entrega por el heredero; la cosa donada va directamente del donante al donatario; la donación no pro-

²⁷ Más reciente, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 6 de marzo de 1997 reitera en su tercer fundamento de Derecho:

«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.»

²⁸ Así, igual que el legado la donación *mortis causa* sólo permite disposiciones a título singular. El donante al igual que el testador, puede revocar en todo momento y con plena libertad la donación *mortis causa* otorgada y aceptada: bien expresamente, bien de forma tácita, disponiendo del objeto de la donación. Si el donatario premuere al donante, lo mismo que si el legatario premuere al testador, queda sin efecto la donación. También se aplican a las donaciones las mismas reglas que rigen para los legados en relación a las legítimas y a los acreedores de la herencia –inoficiosidad, imputación–. Puede además imponerse al donatario, lo mismo que al legatario, gravámenes.

viene de la herencia del donante; el donatario adquiere la cosa donada en el último momento de la vida del donador, etc.²⁹.

En todo caso, aunque sólo tuviéramos en cuenta la divergencia formal, la sola intervención del presunto beneficiario aporta ya a la donación *mortis causa* ventajas relevantes respecto al legado, en tanto que permite al donatario tener verdadera constancia de la voluntad del donante, quien, además de dejar clara su intención, se asegura de que tras su fallecimiento lo donado será querido por aquél que la aceptó. Todo ello obliga a defender su subsistencia.

Roca Sastre, incluso afirmando previamente que la abolición de la donación *mortis causa* en el Código es absoluta, reconoce las diferencias y ventajas que ofrece esta figura frente a la disposición testamentaria cuando manifiesta que «este tipo de donación, cuando no por la independencia que guarda con el posible testamento del causante ofrece una utilidad evidente, la cual es bastante para justificar la subsistencia de dicha figura»³⁰.

Por lo demás, los propios partidarios de la tesis abolicionista manifiestan que en la letra del artículo 620 cabría esta institución. Así, Fuenmayor Champín llega a preguntarse «¿no estaban admitidas antes del Código las donaciones *mortis causa*? ¿No se asemejaban, a la vez, a los legados y a las donaciones *inter vivos*? Pues podían seguir *participando* de la naturaleza de unos y otras; legados en su régimen y donaciones por su otorgamiento». «Por su letra, el artículo 620 no sería obstáculo a la vida de las donaciones *mortis causa*»³¹.

A nuestro juicio, la donación *mortis causa* debe ser defendida, pues creemos con Roca que «la ley tiene que admitir la mayor variedad de tipos o fórmulas en que manifestarse la voluntad dirigida a conseguir algún efecto jurídico, con lo cual se evita que, mediante combinaciones fiduciarias, llenen los particulares los vacíos normativos que contiene un sistema positivo. Es preferible que el legislador adopte francamente la figura de la donación *mortis causa*, corrigiendo su ordenamiento si es preciso, que no con un criterio ciegamente simplificador, obligue a los particulares a descubrir nuevas fórmulas jurídicas»³².

Estos términos son fiel reflejo de la realidad, pues es apreciable con nitidez cómo la tesis supresora de la donación *mortis causa* tiene dos grandes inconvenientes. En primer lugar, deja irrazonable-

²⁹ ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 576. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Estudios...*, cit., p. 59, deja constancia de las innumerables diferencias que en Derecho histórico español existían entre estas dos instituciones.

³⁰ ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 575.

³¹ *Sobre una revisión...*, cit., p. 1095.

³² *Donación...*, cit., p. 575.

mente sin protección intereses de los particulares, que son normalmente de carácter psicológico y persiguen dejar constancia del agradecimiento y de la intención benefactora –sin que ello suponga perder definitivamente el dominio de la cosa– hacia el destinatario de la donación, normalmente sobrinos, ahijados y sirvientes. No es difícil encontrar en los supuestos de hecho de las sentencias que versan sobre donaciones *mortis causa* expresiones como «en remuneración a las atenciones y cuidados que le prodigaba», «por el amor y cuidados que le profesaba», «llevado por el gran afecto», etc., y no encontramos motivos por lo que estos intereses no sean dignos de tutela. En segundo término, la tesis prohibitiva fomenta la utilización de medios indirectos para conseguir ese efecto jurídico. Esto es, prohibir estas liberalidades se traduce en la realización de diferentes maniobras jurídicas que no persiguen sino lograr el fin práctico que satisfarían, de admitirse, las donaciones *mortis causa*.

Por ello, el mejor argumento en defensa de esta donación es la verdadera constatación de su necesidad práctica: socialmente se demanda una institución que permita a los particulares dejar constancia de su voluntad de hacer una atribución para después de la muerte, no desprendiéndose irrevocablemente de su dominio. Esta necesidad es perfectamente apreciable en el análisis de los hechos enjuiciados por el Tribunal Supremo en sus resoluciones sobre liberalidades *mortis causa*, en los que se observa que lo prácticamente querido y buscado por los disponentes es una liberalidad que, permitiéndoles manifestar su *animus donandi*, no les prive de la facultad de disposición sobre sus bienes y, por lo tanto, en su caso, de la facultad de revocación de la donación sin causa. Veámoslo.

El supuesto de hecho de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1956 es un claro ejemplo que constata lo expresado. Que el interés de la protagonista era donar *mortis causa* no admite, a juicio de la Sala Primera, duda alguna, quedando sobradamente demostrado en el relato de los hechos que a continuación se expresan:

En 1939, doña Aurora otorga testamento, legando a los Padres Mercedarios «con cargo de sufragio por su alma y la de los difuntos padres», todas las casas que le pertenezcan en el Pueblo de Verín, cuatro Títulos de la Deuda del Estado Amortizable, así como los prados de su propiedad en el pueblo de la Rosaleda.

En abril de 1941, con el fin de evitar las elevadas cargas fiscales, persuadida por los religiosos –conocedores además de que tan amplio legado podía lesionar los derechos sucesorios de los legítimos– otorgó escritura de compraventa sobre los mismos bienes en favor de los religiosos, sin pago del precio, pues en ninguna de las cuentas de que era titular doña Aurora hay constancia de la entrada de cantidad alguna constitutiva del importe de las ventas a favor de

la Orden. Con posterioridad a la venta, ante el mismo notario, el Padre Daniel (como provincial de la Orden) confiere a favor de doña Aurora un poder «tan amplio como sea necesario» para que en relación a los bienes y derechos que pertenecen a la Orden, por compra a la mandataria, ejercite diferentes y amplias facultades como vender, enajenar o gravar toda clase de bienes. En virtud de este poder, doña Aurora continuó ejerciendo con plenitud las facultades de dominio y, titulándose dueña, ejerció acciones de desahucio contra los inquilinos de una de las casas vendidas anteriormente.

En agosto de 1941, doña Aurora otorga un nuevo testamento en el que instituye herederos de todos sus bienes a sus hijos, suprimiendo el legado a la Orden de la Merced.

En el recurso de casación interpuesto por los hijos de doña Aurora contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de La Coruña, el Tribunal Supremo reconoce el derecho de éstos sobre la totalidad de los bienes de aquélla en virtud de su testamento de 1941 (que revocó el anterior de 1939), declarando el contrato de compraventa simulado y encubridor de una liberalidad con las características propias de una donación *mortis causa*, que por la necesidad de testamento para ser otorgada, no puede ser estimada válida.

Compartimos la acertada opinión del Tribunal de que la compraventa era únicamente un disfraz y no tenemos duda de que doña Aurora no tuvo intención alguna de perder la libre disposición de los bienes que vendió simuladamente. Pero pensamos que su propósito, que no era otro que realizar una liberalidad revocable —justificado por el afecto y la veneración hacia la Orden, y también, como dejan constancia los hechos, quizás por ese concepto señorial y antiguo de la riqueza consistente en dar, aunque real y efectivamente «no se dé nada»— podía, de admitirse, haber sido válidamente satisfecho mediante una donación *mortis causa*, que hubiera conformado el interés digno de tutela de doña Aurora.

En los hechos enjuiciados en la Sentencia de 29 de octubre de 1956 también se aprecia cómo se finge un negocio, un contrato de compraventa, enmascarando el que realmente se quiere realizar que no es sino una atribución para después de la muerte revocable.

Doña Ignacia decide otorgar, en el año 1939, su última voluntad designando heredero a su sobrino Luis Ovando (eclesiástico), al que está unido por importantes relaciones afectuosas. Con tal fin, acompañada de éste compareció ante notario y otorgó testamento abierto. Otorgado el testamento, y asesorados los interesados por el notario, hicieron cábalas sobre la cuota tan elevada que se tendría que pagar por derechos reales, logrando convencer a la testadora para que otorgase escritura de compraventa de todos sus bienes a favor de su sobrino. Así, el mismo día ante el mismo notario le ven-

dió las fincas por un precio que confesó recibido antes del acto, otorgando carta de pago al comprador.

Queda constatado que no hubo intención ni voluntad, ni por parte de la tía ni por el sobrino, de celebrar el contrato de compraventa y, por tanto, ni se prestó consentimiento ni hubo entrega del precio. Doña Ignacia al firmar la escritura creía que lo único que había hecho era ordenar sus bienes para el caso de su fallecimiento, y, por consiguiente, hasta que llegara éste, seguiría siendo exclusiva dueña de las fincas. Nunca doña Ignacia dejó de considerarse propietaria única de las fincas aludidas, es más, le convino vender una de ellas, y aunque su sobrino intervino en la venta, el comprador declara que únicamente trató con doña Ignacia a quien consideraba como única dueña y a quien entregó la totalidad del precio.

Doña Ignacia, siempre en la creencia de tener la libre disposición de sus bienes, por motivo de la extraordinaria revalorización de la propiedad, pretendió otorgar una nueva disposición de última voluntad, pero entonces tropezó con la actitud de su sobrino que se opuso a que se otorgase otra escritura por la que pudieran volver las fincas a la libre disposición de su tía. Por ello surgió en doña Ignacia una gran desconfianza hacia su sobrino y acudió a un letrado pretendiendo, mediante gestiones amistosas, que su sobrino se aviniera a estimar nula la escritura simulada y otorgara otra escritura a su favor, con el fin de que quedaran así inscritas las fincas en el Registro de la Propiedad. Fracasadas las gestiones, se planteó el pleito.

No cabe duda razonable, como así lo entendió la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres y lo ratificó el Tribunal Supremo, que los actos disimulados por dicha escritura de venta eran actos que encubrían un contrato calificado como donación *mortis causa*, pues la intención de doña Ignacia era mantener la libre disposición de los inmuebles. El contrato de compraventa, afirma el Tribunal Supremo, «*tenía como fin realizar el deseo de la testadora, de que su voluntad testamentaria se cumpliera [...], 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*».

A nuestro parecer, de nuevo es evidente que la pretensión de doña Ignacia, que era dejar constancia de su voluntad de beneficiar para después de su muerte a su querido sobrino, sin perder por ello la disposición de los bienes y, por tanto, la revocabilidad de sus intenciones, hubiera sido plenamente satisfecha con una donación a causa de muerte.

El caso decidido en la Sentencia de 24 de febrero de 1986, contempla también, en nuestra opinión, la voluntad de la demandante de realizar una donación *mortis causa*.

Josefa Dolores V. de H., soltera sin hijos, propietaria en desahogada posición económica y entonces en relación de profundo afecto hacia su sobrino carnal y expectante heredero, don Antonio, teniendo intención de beneficiarle, otorgó escritura de venta a éste de una serie de bienes de gran valor, entre ellos la mitad proindiviso de una casa, sin que hubiera constancia del pago de precio ni entrega del dominio.

Con posterioridad, en documento privado, don Antonio confiere a su tía la facultad de disponer de la casa, mientras ella viviese, a su entera libertad, pudiendo vender, alquilar o explotar como mejor le convenga, con la sola consecuencia de que efectuada la venta se indemnizase a dicho pretendido adquirente con un importe igual a los gastos que se ocasionasen, como son notaría, derechos reales, plusvalía, etc., que debía recibir en el momento de la firma del documento de venta, y sin hacer mención alguna a la devolución del precio.

Rotas las buenas relaciones entre la tía y el sobrino, doña Josefina demandó que se declarase la nulidad, como simulada, de la compraventa; pretensión que prosperó en ambas instancias, pues el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santiago de Compostela y la Audiencia Territorial de La Coruña declararon una situación de simulación absoluta. Ello fue ratificado por el Tribunal Supremo, que negó la apreciación de simulación relativa entendiendo que no era admisible apreciar una pretendida donación de naturaleza *post mortem*, «en cuanto le faltaría el esencial requisito de la aceptación que exige el artículo 633 del Código Civil. [...]»; de otra parte, en razón a que, en todo caso, para el supuesto hipotético que, efectivamente, a medio de la tantas veces aludida escritura pública de 8 de febrero de 1974, con su complemento reflejado en el documento privado de 5 de marzo de 1974, se tratase de encubrir una donación de específica naturaleza *mortis causa*, [...] 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».

No dudamos de que, la aceptación de la tesis que afirma que la donación *mortis causa* es una donación que puede celebrarse formalmente como tal, habría facilitado a doña Josefa Dolores, cuya pretensión era no perder la cosa ni su libre disposición y que sólo tuviera efectos su actuación *post mortem*, manifestar su *animus donandi* y, en su caso, como efectivamente sucedió, revocar la liberalidad que, como reiteradamente manifiesta la doctrina jurisprudencial, es esencialmente revocable.

Probablemente, en el caso que nos ocupa, el propio Tribunal Supremo, conocedor de la rigidez de la tesis que exige a la donación *mortis causa*, para su validez, forma testamentaria y siendo cons-

ciente de que tal postura acarrea la desprotección de la verdadera voluntad de la disponente –tesis que trae como consecuencia en este supuesto la apreciación de simulación absoluta, y no relativa–, termina justificando que, de todas formas, incluso admitida como válida la donación *mortis causa*, hubiera procedido igualmente desestimar el recurso interpuesto por don Antonio, «*pues nada más significativo puede entenderse de un acto de revocabilidad de una donación, que es admisible en donación de naturaleza mortis causa, que entablar demanda la pretendida donante instando la ineficacia y consiguiente invalidez del acto jurídico del que tal donación se pretende deducir, al revelar, sin duda alguna, la ausencia de voluntad para que dicho acto pueda producir efecto alguno, y entre ellos por tanto el de donación proyectada a partir del fallecimiento de la tantas veces aludida doña Josefa Dolores V. de H.*».

En el caso planteado en la Sentencia de 13 de junio de 1994 (ponente Fernández-Cid de Temes) el Tribunal Supremo, reiterando lo que fue a su juicio acertadamente establecido por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, mantiene que hubo intención de realizar una donación *mortis causa*, pues no consta que en ningún momento antes de la muerte del donante éste pretendiera quedar vinculado a una transmisión al supuesto donatario, que no se puede apreciar al no adoptarse la necesaria forma y solemnidades del testamento.

Don Efrén M. O., sin hijos, en atención a los reconocidos en la sentencia «continuos y desinteresados desvelos en su atención», y en cumplimiento de la promesa reiterada de recompensa adecuada y generosa, tomó la decisión de ceder a don José Ramón U. todas las acciones de la entidad mercantil «Comercial e Industrial Almeriense, S. A.». En ejecución de su decisión acudió a un corredor de comercio y firmó en blanco los documentos de transmisión de acciones, dejándolos en poder del fedatario con la instrucción de que éste se los entregara rellenos a su favor, después del fallecimiento del donante, entregándole en ese momento las escrituras, póliza y demás documentaciones antes reseñadas. En el documento en el que don Efrén ponía en conocimiento de don José que había dejado firmada en el despacho del Corredor de Comercio colegiado (señor Francisco S.) la orden de venta a su favor de las acciones de la sociedad, manifestaba que con esta donación «te quiero demostrar mi agradecimiento y gratitud, para que en el día de mi muerte me sigas recordando».

Siguiendo la tesis que entiende que el artículo 620 CC exige para la validez de las donaciones *mortis causa* que se cumplan los requisitos formales del testamento, la Sala Primera declaró que la donación era ineficaz.

No desconocemos que, aunque se aceptara la tesis por nosotros defendida, según la cual la donación *mortis causa* puede celebrarse a través de las formas establecidas para la donación, la solución al pleito no podía ser distinta (ineficacia de la donación), porque no existió la necesaria, en virtud del artículo 632 CC, aceptación del donatario. Sin embargo, estamos seguros de que aun cuando tal aceptación hubiera tenido lugar en vida del donante, el Tribunal Supremo hubiera mantenido la misma sentencia, respetando su tesis de que la donación *mortis causa* exige para su validez forma testamentaria. Sólo en este hipotético supuesto podríamos haber afirmado que según los hechos no cabe duda razonable de que la voluntad de don Efrén era permanecer en el dominio y la libre disposición de la cosa donada –no transfiriendo de presente la propiedad–, y destinar *post mortem* los títulos a don José Ramón U., y que la falta de forma testamentaria no debía ser motivo suficiente para no proteger el interés de don Efrén, que claramente, durante toda su vida y hasta el momento de su fallecimiento, pretendió el mantenimiento de la donación, siempre de común acuerdo con don José Ramón de hacerse ejecutiva la cesión sólo después de su muerte. No habríamos tenido duda de que el propósito de don Efrén hubiera debido ser digno de tutela, máxime cuando ello no vulneraba otros intereses, pues don Efrén no tenía hijos y estaba separado legalmente de su esposa.

En suma, los supuestos anteriores evidencian que el vivir cotidiano trae consigo la necesidad de la donación *mortis causa*. El deseo de agradecimiento o, mejor dicho, el deseo de dejar constancia del agradecimiento hacia alguien, limitado por la humana aprensión que se siente hacia un desprendimiento irrevocable, hacen que esta liberalidad sea la mejor fórmula legal para la consecución de este efecto jurídico. Su admisión evitaría el empleo de diversas maniobras jurídicas que pretenden llenar el vacío normativo que el rechazo provoca.

6. DONACIÓN *MORTIS CAUSA* Y PROHIBICIÓN DE PACTOS SUCESORIOS

En el mayoritario rechazo doctrinal de la donación *mortis causa* tiene un peso importante la creencia de que esta liberalidad, por ser hecha en vista del fallecimiento y estar subordinada a la supervivencia del gratificado, tiene claramente por objeto transmitir la sucesión y constituye un prohibido pacto sucesorio a título gratuito que la ley declara nulo³³.

³³ Esta idea aparece ya en PLANIOL, M. & RIPERT, G., *Traité...*, V, cit., núm. 14. Mucius Scaevola, ante la pregunta de si subsisten las *donaciones mortis causa* como institución independiente, con propia autonomía y propio campo jurisdiccional, responde:

En efecto, nuestro Derecho, siguiendo las huellas del patrón napoleónico ³⁴, proscribe los pactos sucesorios, con la excepción relativa a la partición de los bienes, cuando dispone el artículo 1271 del Código Civil que: «sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal común conforme al artículo 1056» ³⁵, en cuyo párrafo primero puede leerse que «cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos» ³⁶.

El Código Civil plasma la tradición romanista prohibitiva ³⁷, en tanto protectora de la libre revocabilidad de la voluntad testamentaria, de los contratos sucesorios, aunque unánimemente se admite que el verdadero origen de la aversión de nuestro legislador contra ellos data de la influencia del legislador francés y de la severidad con que el Código francés de 1804, que mantuvo la regla romana prohibitiva que imperaba en las provincias de Derecho escrito, trató a la sucesión contractual ³⁸.

Son tres las razones, a juicio de la generalidad de los exégetas franceses, por las que el codificador francés insiste en la interdicción romana ³⁹.

«La respuesta debe ser negativa.[...] (Al legislador español) no le merecen, ciertamente, simpatía los pactos sucesorios (Código Civil, XI, Madrid, 1896, p. 412). Entre los autores italianos TORRENTE, A., «Varizioni sul tema della donazione "mortis causa"», *Il foro italiano*, 1959, p. 582, taxativamente afirma que la donación *mortis causa* no es otra cosa que un pacto sucesorio a título gratuito.

³⁴ Mucius Scaevola afirma que «fija en la mente de los civilistas franceses la idea de que los pactos sucesorios eran contrarios a la plena libertad de la propiedad, por cuanto la tornaban incierta; nota individualista profundamente exagerada de la Revolución; pretendieron los legisladores del Código napoleónico borrar todos los pactos sucesorios, y entre ellos, las donaciones *mortis causa*» (Código..., XI, cit., p. 410).

³⁵ La redacción de este párrafo del artículo 1271 se modificó en la segunda y definitiva edición del Código Civil. En la primera de ellas el legislador, en términos más taxativos y, también, más parecidos a los de su precedente el artículo 1130 del Código de Napoleón, expresaba que «se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate» (Código Civil español, *Revista de los Tribunales*, II, Madrid, 1888, p. 797).

Los precedentes de esta disposición son el artículo 1284 del Anteproyecto de 1882-1888 y el artículo 994 del Proyecto de 1851.

³⁶ La doctrina científica y jurisprudencial dominante manifiesta que la partición *inter vivos* exige, para su validez y eficacia, estar respaldada por una disposición testamentaria previa o, cuando menos, posterior a la que dé ejecución (véase DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Comentario del Código Civil, Ministerio de Justicia*, I, Madrid, 1991, p. 2475).

³⁷ Aunque esta posición abolicionista tiene en el mismo Código Civil reconocidas excepciones desde su primera versión (véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Panorama...*, I, cit., p. 1031).

³⁸ MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, XX, 2.ª ed., Madrid, 1958, p. 783; RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (dirigidos por Albaladejo), XVII, 1.º-B, Madrid, 1993, p. 465.

³⁹ Es más, el Código de Napoleón es más severo y agrava la antigua prohibición pues, mientras que en el antiguo Derecho romano estaba permitido hacer un contrato

En primer lugar, el argumento tradicionalmente utilizado en la justificación de la prohibición⁴⁰ es el relativo a la inmoralidad que supone especular sobre la muerte de una persona viva y a la peligrosidad que conlleva, pues hará sin duda nacer en la persona interesada un mayor interés en acelerar la apertura de la sucesión, lo que incluso puede traer consigo, afirman Planiol y Ripert, la idea de un crimen⁴¹.

Tal argumento, sin embargo, ha sido objeto de réplica desde antaño. Más allá de que realmente resulte «indecoroso» hacer demasiados cálculos sobre los futuros fallecimientos, como afirma Demogue⁴², la aplicación sistemática de este criterio llevaría al «sinsentido» de prohibir todos los actos en los que fuera de interés la muerte de la persona: actos en los que el fallecimiento fuera un término o interviniera como condición, por ejemplo. Por tanto, es evidente que esta razón moral no es válida para justificar la hostilidad a estos pactos, existiendo otros contratos, como el seguro de vida, el contrato de renta vitalicia, etc., en los que jugando esta consideración son perfectamente válidos⁴³.

En segundo término, se nos dice que la prohibición pretende evitar otras situaciones calificadas de lesivas. Así, una renuncia por presiones externas a los derechos sucesorios, o la aceptación «alegre» de cargas aún indeterminadas de una sucesión futura, o la enajenación de tales derechos eventuales por necesidad, o por codicia, a un precio insignificante. Se afirma, en este último sentido que «el prudente burgués no quiere que su hijo pródigo “pueda hacer dinero” antes de su sucesión»⁴⁴.

sobre la sucesión futura con el consentimiento de la persona cuya sucesión se regulaba, el artículo 1130, al contrario, anula incluso el pacto aprobado por esta persona. LAURENT, F., *Principes de Droit civil*, XVI, Bruselas-París, 1875, núm. 84; PLANIOL, M., y RIPERT, G., *Traité pratique de Droit Civil français*, IV, *Successions*, col. Maury, J. & Vialleton, H., París, 1928, núm. 19.

⁴⁰ Ya utilizado por los romanos, quienes consideraban «odiosos» estos pactos. Las leyes romanas proscribían estas convenciones por ser inoportunas y contrarias a la honestidad pública y los autores del Código francés, nos dicen BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., han seguido fielmente esta idea romana. (*Trattato teorico pratico di diritto civile*, I, *Delle obbligazioni*, Milán, s. d., núm. 261).

⁴¹ *Traité...*, IV, cit., núm. 19. En el mismo sentido LAURENT, F., *Principes...*, XVI, cit., núm. 83; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato...*, I, cit., núm. 261.

⁴² *Traité des obligations en général*, I-2.º, París, 1923, núm. 849.

⁴³ RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit civil. Les successions et les libéralités*, París, 1983, núm. 277.

⁴⁴ DEMOGUE, R., *Traité...*, I-2.º, cit., núm. 849. Igual LAURENT, F., *Principes...*, XVI, cit., núm. 83; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato...*, I, cit., núm. 261; RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit...*, cit., núm. 277; MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons de Droit civil*, IV-2.º, *Successions, libéralités*, París, 1982, núm. 686.

La réplica a este argumento dice que los peligros indicados no se verifican sino únicamente en algunos pactos prohibidos y, además, hay otros contratos permitidos que no presentan menores inconvenientes. Tampoco debe olvidarse que los contratos abusivos se pueden evitar, en gran medida, con un buen sistema de rescisión.

Al lado de esta última justificación que, como dice Demogue, «*séduit les esprits clairs*» (seduce las mentes huecas) se deja ver el verdadero fundamento de la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura: la concepción social y política de la Revolución francesa que trata de destruir las desigualdades y lucha contra la «idea aristocrática». Los pactos sobre la sucesión futura son un riesgo, porque pretenden atentar, fundamentalmente, a la igualdad de las particiones y pueden ser un medio de mantener las tradiciones en materia sucesoria del Antiguo Régimen, que el legislador revolucionario quiere abolir con la nueva organización del derecho de sucesiones ⁴⁵.

Lo anterior demuestra que los motivos que específicamente inspiraron la insistencia en la prohibición al codificador francés —y así es reconocido por la propia doctrina francesa— son fundamentalmente históricos ⁴⁶ y en la actualidad, o han desaparecido o, cuando menos, han perdido su fuerza ⁴⁷. Por ello, se aprecia que doctrinalmente se tiende a atenuar en alguna medida la rigidez de la prohibición de pactos sobre la sucesión futura ⁴⁸.

Ahora bien, a pesar de que fundadas críticas atenúen la severidad, la prohibición no desaparece porque, respetando el principio básico del Derecho romano en el que encontró su origen, bajo ningún pretexto se puede atentar contra la libertad de testar ⁴⁹. El respeto a la última voluntad, como fundamento último de la prohibición, siempre fue tenido en cuenta por los exégetas. No es difícil, por ejemplo, apreciarlo en las palabras de Demogue cuando expresa que «si la Revolución ha suprimido las desigualdades, al mismo tiempo es preciso, que reine la libertad, pero entendida de una determinada manera, no una libertad amplia que genera desigualdad, sino cierta libertad restringida que limite el poder actual de contratar para reservar la libertad futura» ⁵⁰. Este dogma del

⁴⁵ DEMOGUE, R., *Traité...*, I-2.º, cit., núm. 849. En el mismo sentido BAUDRY-LACANTINERIE, G., y BARDE, L., *Trattato...*, I, cit., núm. 261; RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit...*, cit., núm. 277; Rams Albesa relata cómo el temor radicaba en que se prescindiese del orden sucesorio establecido y al amparo de la libertad de contratación se reintrodujesen de hecho tendencias feudales opuestas a las dominantes en ese momento como las vinculaciones y los mayorazgos, así como la clase social aristocrática. [Véase *Comentarios...*, XVII, 1.º-B, cit., p. 465]. Esta idea ya era mantenida por Mucius Scaevola, quien afirmaba que el pacto sucesorio podía ser el arma del aristocratismo. (*Código...*, XX, cit., p. 784).

⁴⁶ RAYNAUD, P., *Marty y Raynaud, Droit...*, cit., núm. 277.

⁴⁷ Rams Albesa afirma, en este sentido, que la prohibición de la celebración de contratos sucesorios «sólo es explicable» si nos adentramos en el conjunto de los prejuicios sociales y jurídicos que se manifestaron al tiempo de la codificación francesa, junto a los evidentes intereses económicos y políticos (*Comentarios...*, XVII, 1.º-B, cit., p. 465).

⁴⁸ MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, cit., núm. 686.

⁴⁹ MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, cit., núm. 692.

⁵⁰ DEMOGUE, *Traité...*, I-2.º, cit., núm. 849.

Derecho romano –de la protección de la libre revocabilidad de las disposiciones *mortis causa* que no debe ser limitada por razón alguna– que se mantuvo, por así decirlo, «latente» es, en Derecho francés, probablemente, el único argumento de peso que justifica la prohibición.

La interdicción de los pactos sucesorios también fue conservada en la vieja legislación italiana de 1865 (art. 954 CC) y justificada por sus comentaristas con diversas razones. Además del inidóneo argumento de evitar la inmoralidad⁵¹, se afirmaba que dejaban inerte la propiedad, que disminuían el crédito inmobiliario y que alteraban gravemente la economía del sistema hipotecario⁵². De nuevo, frente a estos motivos –tachados de excesivos y, en ocasiones, de infundados– se dejaba ver la verdadera razón de la prohibición, que no era otra que la exigencia de consentir a los sujetos revocar la propia disposición *mortis causa*.

Inspirado en estos precedentes, en Derecho español, nuestro Código Civil plasma la hostilidad contra los pactos sucesorios en el ya citado artículo 1271.2.º CC y nuestra doctrina científica, en la mayoría de las ocasiones reiterando los argumentos –y también las réplicas– de los autores franceses e italianos, también trata de justificar la severidad del legislador de 1889.

No es difícil encontrar nuevamente plasmada en los textos la manida razón de tipo moralista –cuyo sentido, recordemos, es que los pactos sucesorios pueden fomentar el interés en la muerte de una persona y los ataques contra su vida, pues de su muerte depende la efectividad del título⁵³–, así como la réplica de que carece de valor desde el momento en que otras instituciones en las que el mismo riesgo pudiera presentarse, como los contratos aleatorios –entre ellos los de renta vitalicia y seguros, una de cuyas formas más comunes es el seguro de vida–, proliferan prodigiosamente al amparo del desarrollo del capitalismo⁵⁴. Roca Sastre con mucha razón reitera, además, que «no deja de existir el mismo peligro en la sucesión tes-

⁵¹ COVIELLO, N. & L., *Delle successioni*, Nápoles, 1932, p. 78.

⁵² Argumentos sostenidos por Pisanelli en relación al Proyecto de Código de 1865 (véase VIGNALE, M., «Il patto successorio, la “donatio mortis causa” e la conversione dei negozi illeciti», *Diritto e Giurisprudenza*, 1962, p. 305).

⁵³ Argumento que ya había sido utilizado por García Goyena en su comentario al artículo 994 del Proyecto de 1851:

«Esta especie de pactos presentan el espectáculo aflitivo de un pariente desnaturado, hasta consultar con sombría y ansiosa curiosidad el libro oscuro de los destinos, para formar combinaciones vergonzosas sobre los tristes cálculos de una presciencia criminal, y para entreabrir, por decirlo así, la tumba bajo los pies de un pariente, quizás de un bienhechor» (*Concordancias...*, cit., p. 530).

⁵⁴ MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XX, cit., p. 787; MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, VIII-2.º, 6.º ed., Madrid, 1967, p. 605.

tada y en la intestada; y lo mismo ocurre con el nudo propietario respecto del usufructuario [...]»⁵⁵.

Entre nuestros autores se retoman viejos argumentos cuyas críticas evidenciaron que su importancia era muy pequeña y que en absoluto eran suficientes para justificar la repulsa hacia esta institución⁵⁶.

Probablemente, de la misma manera que en Derecho francés, en nuestro Ordenamiento el único motivo que hoy puede justificar la severidad contra la sucesión contractual es la pérdida de la libertad testamentaria que, según la tradición romana, debe permanecer intacta hasta el momento de la muerte.

A tal justificación, por cierto, tampoco le faltan objeciones. Así, Roca Sastre afirma que «este es un argumento de técnica romanista que descansa en la consideración de que la libertad de testar es una ley o medida de orden público, que las convenciones particulares no pueden alterar [...]. Este argumento dista mucho de ser convincente. En nuestro Derecho la libertad de testar no tiene la trascendencia que tenía en Derecho romano, en el que era considerado como principio constitucional o político. Lo que ha de entenderse, modernamente, es que la libertad de testar del *de cuius* no puede ser abdicada en vida, pero sin que por ello sea necesario que la conserve hasta la muerte; puede antes haberla agotado, con lo que, en el fondo, ha dispuesto de ella libremente»⁵⁷.

Llegados a este punto, parece claro que los intentos doctrinales de justificar la disposición del 1271.2.º CC, más allá de ser continuador de la trayectoria napoleónica, no encuentran demasiados apoyos. Todo lo contrario, se llega a afirmar que la prohibición carece de fundamento y hoy no cubre ningún interés que sea digno de

⁵⁵ ROCA SASTRE, R. M., «La sucesión contractual en el Derecho común y en las legislaciones forales», *Estudios de Derecho Privado*, II, 1948, p. 350.

⁵⁶ Se repite que harían incierta la propiedad, que alterarían el sistema hipotecario, que sancionarían la disposición de los bienes que aún no estuvieran en nuestro patrimonio, etc. En cuanto a las réplicas, en primer lugar, se afirma que no es admisible la objeción de que hacen incierta la propiedad, porque los pactos no transfieren la propiedad inmediatamente, sino que dan margen a un simple derecho de esperanza que se realiza a la muerte del disponente. No alterarían, en segundo término, el actual sistema hipotecario, porque el *de cuius* conserva la libre disposición de sus bienes *inter vivos* y puede gravarlos, enajenarlos, y en nada se perturba el derecho hipotecario, porque al favorecido con una hipoteca le es indiferente que la finca hipotecada pase al heredero forzoso del hipotecante que al heredero contractual. Finalmente, frente a la última objeción se replica que cuando un individuo dispone de sus bienes para después de su muerte no hace más que realizar un acto de su natural libertad; además, no hay que desconocer la importancia del contrato sobre cosas futuras «cuando las necesidades de la vida moderna hacen que con un pequeño o ningún capital, por el uso del crédito, y ofreciendo en cambio beneficios futuros e inciertos, se manejen y empleen millones». MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XX, cit., p. 788; MANRESA, *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 604; PUIG PEÑA, F., *Compendio de Derecho civil español*, VI, 2.ª ed., Pamplona, 1972, p. 885.

⁵⁷ *La sucesión...*, cit., p. 350.

protección legal; más bien, imposibilita el tratamiento racional de las sucesiones, por lo que, quizás, lo más sensato sería proceder a la abolición pura y simple del párrafo segundo del artículo 1271 del Código Civil, por ser incompatible con la realidad social de nuestro tiempo y porque no ha quedado en pie ninguno de los prejuicios e intereses sociales y económicos que el pensamiento inspirador de la Revolución francesa situó detrás de esta prohibición ⁵⁸.

Cierto es, por lo tanto, que en la actualidad la sucesión contractual es vista con simpatía y se propugna su admisión en el Código Civil ⁵⁹. Este criterio admensivo puede constatarse en las opiniones de nuestros juristas. Así puede leerse que «[...] los pactos sucesorios son fórmulas adecuadas para que los ciudadanos satisfagan sus justos deseos y son compatibles con la moralidad, con las buenas costumbres y con los regímenes más jurídicos que imaginarse pueden. [...] las nuevas formas de convivencia social rompen los moldes anacrónicos y sitúan la cuestión en el campo de la sucesión pactada, esto es, de la manifestación de voluntad del interesado en actos de convención que implican la bilateralidad al margen de la fuente primaria y máxima de los derechos, que era el testamento» ⁶⁰.

Cuando menos, se cuestiona «si no sería conveniente en una futura reforma del Código Civil, mitigar el rigor de la prohibición, mediante alguna fórmula a cuyo amparo fueran admisibles, si no todos, al menos algunos pactos especialmente merecedores de amparo. Tanto más cuanto que, en contraste con la hostilidad del

⁵⁸ RAMS ALBESA, J., *Comentarios...*, XVII, 1.º-B, cit., p. 467.

⁵⁹ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., «Notas sobre la sucesión contractual en Derecho español», *ADC*, 1964, p. 371. Como ya afirmara Roca Sastre, «el Derecho no tiene que ser rígido e inflexible, sino dúctil y maleable. Tiene que ofrecer a los particulares el mayor número posible de cauces o fórmulas jurídicas, sin perjuicio de que en su regulación procure por todos los medios evitar los resultados contraproducentes y las combinaciones abusivas. La vida, variable y compleja, no se deja apresar en moldes rígidos y unitarios» (*La sucesión...*, cit., p. 349).

⁶⁰ CONDOMINES VALLS, F., *Formas nuevas de sucesión en la vida jurídica moderna*, Barcelona, 1945, pp. 134 y 145. En el mismo sentido afirma Gas que «las instituciones jurídicas se justifican por el fin que cumplen en razón de su función y los pactos sucesorios cumplen una finalidad jurídica a todas luces eficientes, dan seguridad y permanencia a las relaciones sociales y familiares [...]. Nada serio y digno de consideración se opone al establecimiento y al desarrollo del pacto sucesorio y, en cambio, de su aceptación, se derivan beneficiosos resultados [...]».

Todo hace suponer, pues, que el criterio de admisión del pacto, [...] está llamado a permanecer y prosperar dentro de nuestro derecho positivo español y quizás no sea aventurado deducir que en una futura revisión de nuestro Código Civil los pactos sucesorios en las condiciones de amplio desenvolvimiento que se dan en algunas regiones forales y con más extensión que en ninguna en Cataluña, han de ser llevados al derecho común y a nuestra Ley sustantiva fundamental con una regulación amplia que permita, con las naturales reservas, su desarrollo más completo como se tiende a dar en todos los regímenes europeos, sobre todo, en aquellos de raíz preponderantemente germánica» («Pactos sucesorios», *Revista jurídica de Cataluña*, 1953, p. 323).

Código hacia la sucesión contractual, las legislaciones forales la permiten con amplitud»⁶¹.

De lo escrito hasta ahora podríamos concluir, amparándonos, sobre todo, en la ausencia de motivos actuales que justifique su exclusión de nuestro Código Civil, la conveniencia de propugnar *de lege ferenda* la admisión en el Derecho común del acuerdo sucesorio.

Por lo demás, y pese a no ser ésta la opción tomada por el legislador italiano de 1942⁶², aferrado, como sus predecesores, a la idea romanista de tutelar y asegurar la libertad de revocación de las disposiciones *mortis causa*⁶³, en la doctrina italiana, desde hace tiempo, se alzan voces que afirman que la prohibición en el Código Civil de los pactos sucesorios carece de justificación evidente y está destinada a desaparecer en una futura legislación⁶⁴.

En otro orden de cosas, si la sucesión paccionada va ganando adeptos entre la doctrina, reaccionando contra «el dogma» de que sólo es posible hacer atribuciones para después de la muerte mediante testamento, si tal opinión constituye, sin duda, la dirección doctrinal predominante en este momento, ¿no sería sensato, en consecuencia, hacer una exégesis de nuestro artículo 620 CC que permita *de lege lata* las donaciones *mortis causa*? Si la literalidad de esta disposición, como ya vimos, nos permite admitirlas y, además, ha quedado constatada su necesidad práctica, ¿queda algún argumento razonable para no admitir las donaciones a causa de muerte? Parece que no.

En todo caso, frente a la opinión de quienes se aferren a la letra de la ley defendiendo la nulidad de los pactos sucesorios y crean ver en las donaciones *mortis causa* un pacto nulo, podemos afirmar, en defensa de éstas últimas, que en absoluto constituyen convenciones sucesorias. Sabemos que es característica de las mismas su *irrevocabilidad*⁶⁵ –carácter que, recordemos, permitía en último término justificar su prohibición (por aquello de que hasta el momento de la muerte cada persona debe conservar la libertad de elegir sucesor o

⁶¹ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *Notas...*, cit., p. 372.

⁶² El vigente Código italiano, continuando la tradición del viejo Código del 65, prohíbe los pactos sucesorios en su artículo 458: «*È nulla ogni convenzione con cui taluno dispone della propria successione. È del pari nullo ogni atto con quale taluno dispone dei diritti che gli possono spettare su una successione non ancora aperta, o rinunzia ai medesimi.*»

⁶³ FERRI, L., «Successioni in generale», *Commentario del Codice civile Scialoja & Branca*, Bologna-Roma, 1980, p. 95; PALAZZO, A., «Artículo 458», *Commentario al Codice civile Cendon*, II, Turín, 1991, p. 8; VASCELLARI, M., «Artículo 458», *Commentario al Codice civile Cian & Trabucchi*, 2.ª ed., Padua, 1992, p. 387.

⁶⁴ VIGNALE, M., *Il patto...*, cit., p. 305. En todo caso, afirma Trimarchi, el rigor de la prohibición de pactos sucesorios está ya atenuado por la admisión del contrato a favor de tercero para ejecutarse después de la muerte del estipulante, cuyo ejemplo más importante es el seguro de vida (*Instituzioni di diritto privato*, 7.ª ed., Milán, 1986, p. 903).

⁶⁵ En relación a las características que integran la sucesión contractual, PUIG PEÑA, F., *Compendio...*, VI, cit., p. 876 y ss.

modificar sus decisiones anteriores a este respecto)–, por lo que la donación a causa de muerte, que es *esencialmente revocable*, jamás podrá ser calificada de pacto sucesorio. El defendido, por quienes rechazan la sucesión contractual, dogma de la libertad de testar no corre peligro alguno admitiendo las donaciones a causa de muerte, porque si hay algo que caracteriza definitivamente a estas liberalidades es su carácter eminentemente revocable ⁶⁶.

En efecto, nadie pone en duda el esencial carácter revocable de las donaciones *mortis causa*, muy al contrario, se afirma y reconoce desde antaño ⁶⁷ en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como claro ejemplo, en el primero de los considerandos de la Sentencia de la Sala 1.ª de 12 de febrero de 1909 puede leerse:

«Porque tratándose de una donación *mortis causa*, equiparada, tanto por las leyes romanas 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.»

Más recientemente, en la Sentencia de 7 de enero de 1975, en el sexto de sus considerandos, se expresa:

«Que el motivo sexto que impugna el carácter *inter vivos* de las donaciones denunciando la violación del artículo 620 del Código Civil en relación con el artículo 737 del propio cuerpo legal, que tampoco puede prosperar, pues declarado por el primero de los preceptos, que las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria, 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 efecto sino *post mortem* [...].»

⁶⁶ Que la revocabilidad es uno de los caracteres indiscutibles de la donación *mortis causa* fue afirmado ya por Mucius Scaevola en los siguientes términos: «Tal es [la revocabilidad], en nuestro sentir, la nota o propiedad característica de la materia que estudiamos. Es tan sencilla la demostración que casi estamos tentados de no realizarla. [...] ¿Podrá ponerse en duda su condición legal de esencialmente revocables? La deducción no admite prueba en contrario, y por tan explícita declaración han dejado de tener realidad, siquiera siempre fuera un tanto problemática, aquellas suposiciones de los antiguos prácticos, según los cuales, la donación *mortis causa* podía tornarse irrevocable por la eficacia de una cláusula, en la que el donador se obligase bajo juramento a no revocarla por ninguna clase de instrumento. Fórmula sin subsistencia que, aunque preconizada por Gómez Matienzo, Gutiérrez, Molina, Febrero y otros, no demuestra nada en contrario de la tesis afirmada por nosotros, toda vez que los mismos escritores citados reconocen que con la antedicha cláusula la donación *mortis causa* se eleva a la clase y esfera de la donación *inter vivos* por la virtualidad del juramento que comunicaba firmeza al contrato. Harto se comprende que la hipótesis de una donación *mortis causa* irrevocable no pasaba de la categoría de sutileza sin valor ni sustancia alguna actual» (*Código...*, XI, cit., p. 416).

⁶⁷ Véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1896 y de 13 de junio de 1900.

Por lo tanto, queda claro que el donante, al igual que el testador, puede revocar en todo momento y con plena libertad la donación *mortis causa* otorgada y aceptada –bien expresamente, bien de forma tácita disponiendo en vida del objeto de la donación– y cuanto más se insista en ello más se aleja la crítica de que constituye un pacto sucesorio.

En este sentido, atinadamente, Vallet expresa:

«Menos peso tiene todavía la idea de que las donaciones *mortis causa* entrañaban pactos sucesorios [...]. ¿Qué pacto es ese, que el disponente puede revocar a su arbitrio puesto que en él a nada se obliga?»

Por lo demás, esta idea es compartida por la moderna doctrina italiana, quien no duda en afirmar que el carácter irrevocable esencial del acuerdo sucesorio impide que la donación *mortis causa* pueda ser considerada como tal ⁶⁸.

En conclusión, a nuestro parecer, es evidente que la creencia de que la donación *mortis causa* configura un pacto sucesorio a título gratuito no debe ser admitida. El rechazo de la donación *mortis causa* no puede venir de la prohibición de los pactos sucesorios ⁶⁹.

6.1. DONACIÓN MORTIS CAUSA Y FIGURAS CONTROVERTIDAS

La facultad del donante de disponer libremente del objeto de la donación o, lo que es lo mismo, el carácter revocable de esta liberalidad, es una de sus características fundamentales, que junto a la permanencia en el dominio –que no tiene intención de perder el donante mientras viva– y la necesidad de que el donatario le sobreviva constituyen los elementos esenciales de esta donación, que es denominada por Vallet donación *mortis causa* de tipo suspensivo ⁷⁰.

Esta donación *mortis causa* supone, a juicio de este autor: 1.º una disposición para después de la muerte del donante sometida suspensivamente a su premoriencia, y 2.º carencia de ligamen obli-

⁶⁸ FERRI, L., *Successioni...*, cit., p. 103. Anteriormente Talassano se resistió a incluir a la donación *mortis causa* en los pactos sucesorios («Variazioni sull tema della donazione “mortis causa”», *Giurisprudenza italiana*, 1960, IV, p. 82).

⁶⁹ En este sentido ya Roca Sastre afirmaba que «no cabe tomar en consideración el argumento esgrimido por los detractores de la donación *mortis causa* de que ella constituye un pacto sucesorio, que, como tal, no es admisible, por cuanto, como se ha dicho, en esta donación no hay vinculación contractual en el sentido de atribuir irrevocabilidad a la disposición del donante. La donación *mortis causa* no es un pacto sucesorio (*Donación...*, cit., p. 376).

⁷⁰ Frente a la que considera donación *mortis causa* de tipo resolutorio –primitiva especie de donación *mortis causa*– que es aquella otorgada con transmisión inmediata del bien al donatario, que adquiere un derecho condicionado y resoluble *ex tunc*, y que sólo puede resolverse por sobrevivencia del donante al riesgo previsto, pues éste no tiene la libre facultad de revocarla (*Estudios...*, cit., p. 93).

gatorio eficaz para vincular al donante, «y ello, lleva consigo que sea característica natural de las donaciones por causa de muerte, la libre facultad de revocación por parte del donante. Pues quien no se halla vinculado puede naturalmente arrepentirse»⁷¹.

Atendiendo a estos caracteres se intenta determinar cuando estamos ante una donación *mortis causa* —en las que, como dice Albaladejo, «el donante dispone, pero sin quedar vinculado»⁷²— y cuando frente a una liberalidad *inter vivos* para, una vez diferenciadas, dejar a estas últimas al margen de la polémica que las primeras suscitan. Ahora bien, en ocasiones se presentan supuestos no claramente diferenciables porque participan de las características de ambas. Así, a título de ejemplo, no siempre es fácil deslindar la donación *mortis causa* de liberalidades en las que hay un aplazamiento de la entrega del bien objeto de la donación al momento de la muerte del donante (donaciones *post mortem*)⁷³. Por ello, es necesario un análisis individualizado de los supuestos más controvertidos para decidir cuándo la liberalidad es *mortis causa* o *inter vivos* y excluir a éstas, en principio, de la controversia⁷⁴.

En primer lugar, parece que nadie discute que no es donación *mortis causa* la liberalidad que tiene por objeto únicamente la nuda propiedad del bien quedando el usufructo, por vía de retención, bajo la titularidad del disponente, que difiere a su muerte la entrada del donatario en la posesión y goce de los bienes donados⁷⁵. El beneficiario adquiere inmediatamente la nuda propiedad y tras el fallecimiento la propiedad plena⁷⁶.

⁷¹ VALLET, J. B., *Estudios...*, cit., p. 86.

⁷² *Comentarios...*, VII-2.º, cit., p. 63.

⁷³ ROCA SASTRE, R. M., *Donación...*, cit., p. 565, considera que «por la razón de no implicar la donación *mortis causa* pérdida de la propiedad de la cosa donada, no debe considerarse tal, sino donación *inter vivos post mortem*, aquella donación en la cual, la muerte del donante, simplemente, *aplaza la entrega* de la cosa al donatario».

Sobre el tema, recientemente, véase ALBIEZ-DORHMAN, K. J., *Negocios de atribución «post-mortem»*, Barcelona, 1998, pp. 25 y ss.

⁷⁴ ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VII-2.º, cit., p. 61.

⁷⁵ El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de marzo de 1989, no duda en calificar como donación *inter vivos* «unas donaciones realizadas por referida causante a sus dos citadas hijas en escritura pública de 13 de junio de 1977, por virtud de las cuales dona a éstas la nuda propiedad de las fincas que se describen reservándose mientras viva el usufructo de las mismas [...]. Para fijar la naturaleza de referidas donaciones [...] ha de tenerse en cuenta que las mismas se ven afectadas por una condición resolutoria, en cuanto la plena propiedad no se consolida en las donatarias hasta tanto que la donante fallezca, efecto éste que por sí sólo no convierte la *donatio* aquí contemplada en *mortis causa*». (Véase también la Sentencia anterior de 7 de junio de 1960).

⁷⁶ Algunos Ordenamientos prevén expresamente la donación con reserva de usufructo. Así el artículo 796 del vigente Código italiano dispone que *è permesso al donante di riservare l'usufrutto dei beni donati a proprio vantaggio*.

Nuestro legislador, aunque no la regula específicamente, la contempla en el artículo 634 CC y al dispensar legalmente de prestar fianza al donante que se hubiera reservado el usufructo de los bienes donados (art. 492 CC). Por el contrario, sí es objeto de regulación en nuestro Derecho la reserva de usufructo a favor de tercero (art. 640 CC).

Incluso, no parece plantear problema alguno —en cuanto a la referida calificación de donación *inter vivos*— la donación con reserva de usufructo que se sujeta a condición resolutoria de premoriencia. En este caso estaríamos ante un supuesto en el que el donante no sólo se reserva el usufructo de la cosa —por lo que no se despoja jamás de ella durante su vida— sino que, en caso de fallecimiento del titular de la nuda propiedad, ésta revierte al patrimonio del disponente convirtiéndose de nuevo en pleno propietario ⁷⁷.

En segundo término, tampoco se duda de que la donación de usufructo no sea una liberalidad a causa de muerte. Sabemos que la donación es un medio bastante difundido en la práctica para constituir usufructos, pues es frecuente que se quiera atribuir un beneficio a una persona, sin que el disponente quiera privarse definitivamente a sí mismo y, sobre todo, a los propios herederos del bien objeto de la donación ⁷⁸. De esta manera, el donante sólo se despoja del uso y goce de la cosa que corresponderá en adelante al usufructuario ⁷⁹.

De la misma manera, no es considerada donación *mortis causa*, en tercer lugar, la donación bajo condición suspensiva de premoriencia del donante. En esta liberalidad su muerte juega el papel de evento condicionante que requiere su verificación con anterioridad a otro suceso: la muerte del donatario. La economía del negocio querida por las partes —y en ejercicio de su autonomía privada— puede conllevar la subordinación de la donación a la premoriencia del donante y, cuando tal condición se configura como suspensiva, la eficacia de la adquisición del derecho tiene lugar sucesivamente tras el fallecimiento del disponente. El contrato es perfecto e irrevocable *ab initio*, aunque en sus efectos esté subordinado a una condición. El donante dispone actualmente de bienes propios y el dona-

⁷⁷ Balbi afirma que el donatario adquiere bajo condición resolutoria la nuda propiedad y la atribución de la propiedad plena queda condicionada de modo suspensivo. La premoriencia del donatario es el evento que verifica la resolución de aquélla y hace imposible que se verifique ésta (*Saggio sulla donazione*, Turín, 1942, p. 165).

⁷⁸ PUGLIESE, G., «Usufrutto, uso e abitazione», 2.ª ed., *Trattato di diritto civile Vasalli*, IV-5.º, Turín, 1972, p. 181.

⁷⁹ Incluso, en la doctrina italiana, se manifiesta que tampoco presenta dificultad alguna la donación de usufructo «subordinada a la condición suspensiva de premoriencia del donante». Se nos dice que en tales casos estamos ante una donación *inter vivos* por que tal condición de premoriencia no priva a la donación de sus esenciales caracteres de actualidad e irrevocabilidad, aunque el goce de los bienes quede diferido al día del prefallecimiento del donante. Esta liberalidad condicionada, que tiene por objeto un derecho de usufructo, es irrevocable lo mismo que cualquier otra donación bajo condición suspensiva: después de la donación, la voluntad del disponente no puede influir sobre la suerte de la atribución que depende exclusivamente de la verificación del evento. BIONDI, B., «Le donazioni», *Trattato di diritto civile italiano Vasalli*, Turín, 1961, p. 108; GIANNATTASIO, C., «Delle successioni. Divisione-Donazione», *Commentario del Codice civile Utet*, 2.ª ed., Turín, 1980, p. 205.

tario adquiere inmediatamente un derecho condicionado, de manera que podrá disponer de él –aunque bajo la misma condición– y ejercitar eventualmente actos conservatorios en su tutela. Por lo demás, el donante también está obligado a comportarse adecuadamente para mantener íntegras las expectativas de la otra parte.

En el intento de justificar su condición de liberalidad *inter vivos*, y no *mortis causa*, se afirma que, aunque la entrega material de los bienes no se produce hasta la muerte del donante, coincidiendo con la apertura de su sucesión, la atribución irrevocable ya ha tenido lugar en vida de éste y los bienes donados ya no se encuentran en su patrimonio en el momento de su fallecimiento, porque en vida ha dispuesto de ellos. Sucedido el óbito, la cosa donada –en virtud de la retroactividad de los efectos del negocio sometido a condición– se considera adquirida por el donatario *ex tunc*, esto es, *ante mortem* del donante ⁸⁰.

Un supuesto diverso, pero igualmente calificado como liberalidad *inter vivos*, lo constituye, en cuarto lugar, aquella donación cuya ejecución es diferida al momento de la muerte del donante. Se considera que es una donación sujeta a término habida cuenta de que la muerte constituye un evento cierto en su realización, aunque sea indeterminado en el tiempo. El derecho es adquirido por el donatario desde la perfección de la donación, aunque su ejercicio quede diferido hasta el fallecimiento del donante, incierto en el cuándo pero seguro en su acontecer.

Finalmente, se excluye que sea donación *mortis causa* la donación bajo condición resolutoria de premoriencia del donatario, en la que no se suspende la ejecución de la obligación, pero deben, en caso de verificarse el evento, restituirse los bienes donados al patrimonio del donante. Se nos dice que se trata de una liberalidad *inter vivos* en la que válidamente se pacta la reversión del objeto de la donación en favor del donador para el supuesto de premoriencia del donatario ⁸¹.

⁸⁰ Esta liberalidad condicionada ha sido objeto de pormenorizados análisis en la doctrina italiana. Véase VIGNALE, M., *Il patto...*, cit., p. 312; AZZARITI, F. S., MARTÍNEZ, G., y AZZARITI, G., *Successioni per causa di morte e Donazioni*, Padua, 1963, p. 774; CASULLI, V., «Donazione», *Enciclopedia del diritto*, XIII, 1964, p. 1004; BALBI, G., «La donazione», *Trattato di diritto civile Grosso & Santoro-Passarelli*, II-IV, Milán, 1964, p. 84.

⁸¹ Según dispone el artículo 641 del Código Civil, «podrá establecerse válidamente la reversión en favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina este Código para las sustituciones testamentarias.

La reversión estipulada por el donante en favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación».

El pacto de reversión constituye una limitación del acto dispositivo que, por voluntad del disponente, restringe el beneficio del donante. En el Ordenamiento italiano se regula detalladamente esta donación bajo condición resolutoria de premoriencia del donatario, tanto en su contenido como en sus efectos (arts. 791 y 792 del Código Civil de

Individualizados los supuestos principales sobre los que se discute si son liberalidades *inter vivos* o *mortis causa*, y excluida en todos ésta última condición, podemos apreciar que su denominador común es la vinculación actual del disponente y la ausencia de la reserva de la facultad de revocar. El criterio de decisión es la revocabilidad o irrevocabilidad de la donación⁸². La facultad de revocación es considerada como el elemento constitutivo más relevante de la donación *mortis causa* y su ausencia es el principal elemento discriminador de las liberalidades *inter vivos*, llegando, incluso, a utilizarse casi como sinónimos liberalidad revocable y donación *mortis causa*, frente a donación irrevocable y liberalidad *inter vivos*⁸³.

Ahora bien, si es cierto que la predicada irrevocabilidad de estas convenciones impide su consideración como donaciones *mortis causa*, y en consecuencia quedan, como se pretende, fuera de la polémica de éstas, sin embargo, tal irrevocabilidad, unida a la circunstancia —común a todas estas liberalidades— de la muerte del disponente, nos plantea un dilema: ¿no se parecen estas convenciones a los acuerdos sucesorios?, ¿no pretenden las partes mediante estas donaciones disciplinar convencionalmente la sucesión del donante y son, por tanto, contrarias a los pactos sucesorios?

En este sentido, la doctrina italiana, en el análisis de algunas de estas denominadas «figuras controvertidas», más que discutir que sean o no donaciones *mortis causa*, dado su carácter irrevocable, plantea su posible contrariedad al principio de la prohibición de pactos sucesorios⁸⁴.

1942). Sobre el tema véase FERRARA SANTAMARÍA, M., «In tema di reversibilità», *Rivista di diritto Privato*, 1941, pp. 344 y ss.; PIAGGIO, G., «Donazione con patto di reversibilità ed usucapione da parte del terzo, aggiudicatario dei beni "pendente condicione"», *Il foro italiano*, 1945, p. 789 y ss.; TORRENTE, A., «La donazione», *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu & Messineo*, XXII, Milán, 1956, pp. 469 y ss.; AZZARITI, F. S., MARTÍNEZ, G., y AZZARITI, G., *Successioni...*, cit., p. 776; GARDINI CONTURSI-LISI, I., «Delle donazioni», *Commentario del Codice civile Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1976, pp. 341 y ss.; GIANNATTASIO, C., *Delle successioni...*, cit., p. 292.

⁸² Ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1900 se justificaba la naturaleza de donación *inter vivos* atribuida a una liberalidad atendiendo a que el donante se comprometió de forma irrevocable. En su considerando segundo puede leerse que:

«la liberalidad consignada en la escritura de 26 de octubre [...] es una donación *inter vivos* [...] 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 de la donante de comprometerse por modo irrevocable.»

⁸³ MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, XI, cit., p. 411, en un estudio comparativo de las donaciones *mortis causa* en los principales Códigos americanos, estima como dignas de mención las disposiciones del Código chileno, que «divide las donaciones en consideración al carácter que estima más fundamental, o sea al de su revocabilidad. Así es que en el artículo 1136 dice: donación *por causa de muerte*, es lo mismo que donación revocable, y donación *inter vivos* igual que donación irrevocable.»

⁸⁴ Ferri manifiesta que la decisión que se tome pasa por determinar qué valor se le asigna a la muerte y si a través de estos negocios se obtiene como resultado eludir el principio de la revocabilidad del testamento (*Successioni...*, cit., p. 104).

Así, Torrente no duda de que mediante la donación sujeta a término de muerte del donante las partes hayan querido disciplinar convencionalmente la sucesión del disponente y, por lo tanto, tal liberalidad contraría la interdicción de acuerdos sucesorios⁸⁵.

Con mayor motivo, la donación de usufructo en la que el inicio del goce se hace coincidir con la fecha de la muerte del donante, aunque se podría calificar de válida liberalidad *inter vivos* atendiendo a su carácter irrevocable⁸⁶, es considerada un pacto sucesorio⁸⁷.

A nuestro juicio, y aun cuando ha sido calificada de excesiva o demasiado absoluta⁸⁸, no le falta razón a Cicu cuando manifiesta su preocupación de que toda disposición para después de la muerte por contrato perjudica la revocabilidad de la voluntad testamentaria. Esto es, a su parecer, la donación con efectos diferidos al fallecimiento elude la prohibición de la ley pues no es en definitiva sino un modo de hacer irrevocable la última voluntad. No hay, nos dice, razón alguna que justifique su licitud suspendiendo la prohibición de pactos sucesorios⁸⁹.

En suma, en el intento de discriminar las donaciones *inter vivos* de las donaciones a causa de muerte, y excluir a las primeras de la polémica que plantean las segundas, encontramos ciertas liberalidades que, si bien serían válidas como donaciones *inter vivos*, constituyen pactos sucesorios y, por lo tanto, prohibidos. Ante esta situación, podemos reprochar que el que la donación *mortis causa* no entre por la puerta, origina que, en el intento de evitarla, entren los pactos sucesorios por la ventana. ¿No es peor el remedio que la enfermedad? Reiteramos, una vez más, nuestra opinión de que, aunque probablemente lo más sensato *de lege ferenda* sería hacer desaparecer de nuestro Ordenamiento la prohibición de pactos

Así, a título de ejemplo, respecto a la donación bajo condición suspensiva de pre-moriencia del donante, la discusión doctrinal se centra en si las partes han querido configurar la muerte del donante como «condición» o si, en cambio, han pretendido que el acto adquiera consistencia jurídica propia con el hecho de la muerte, esto es, si el fallecimiento es querido como «causa» de atribución, en cuyo caso la pretensión ha sido regular el destino de los bienes para el momento sucesivo a la muerte y como tal es nulo. (Véase CARIOTA FERRARA, L., «Donazione da eseguirsi alla morte del donante. Donatio mortis causa. Patti successorii», *Giurisprudenza comparata di diritto civile*, 1941, p. 24; BIONDI, B., *Le donazioni...*, cit., p. 108; VIGNALE, M., *Il patto...*, cit., p. 313; GIANNATTASIO, C., *Delle successioni...*, cit., p. 204). Se nos dice que la decisión queda, en último caso, a la interpretación judicial.

⁸⁵ «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., p. 313.

⁸⁶ SANTORO-PASSARELLI, F., «Valità della donazione di usufrutto “cum praemoriar”», *Il foro Italiano*, 1950, p. 385.

⁸⁷ BIONDI, B., *Le donazione...*, cit., p. 108; CASULLI, V., «Donazione», *Enciclopedia...*, XIII, cit., p. 1005.

⁸⁸ BALBI, G., *Saggio...*, cit., p. 167.

⁸⁹ CICU, A., Recensión a CARIOTA FERRARA, L., «Donazione da eseguirsi alla morte del donante», *Rivista di Diritto Civile*, 1941, p. 464.

sucesorios, es necesario, cuando menos, hacer una exégesis razonable que permita *de lege lata* las donaciones *mortis causa*. A nuestro juicio, estas figuras controvertidas análogas a los pactos sucesorios sólo son explicables atendiendo a la pretensión de los particulares de disponer para después de la muerte. El rechazo de la donación *mortis causa* y la prohibición de los pactos sucesorios, que imposibilita hacer atribuciones para después de la muerte a través de medios distintos al testamento, provoca en la práctica la aparición de estas liberalidades que no son sino verdaderos vericuetos para evitar la prohibición⁹⁰.

7. DONACIÓN *MORTIS CAUSA* Y REVOCABILIDAD

El carácter revocable de la donación *mortis causa* ha sido el mayor revulsivo que históricamente ha provocado y potenciado su rechazo. La necesaria irrevocabilidad que, se afirmaba, debía ser observada por toda liberalidad se consideraba un obstáculo insalvable para la admisión de la donación a causa de muerte. Así, ya en los comentarios de los exégetas franceses, se pone claramente de manifiesto cómo el argumento de mayor peso en la inadmisibilidad de este género de liberalidades era su esencial carácter revocable⁹¹, carácter que la hacía incompatible con la norma *donner et retenir ne vaut*, máxima consuetudinaria en la que se consagraba la exigencia de la irrevocabilidad de las donaciones que plasmó el artículo 894

⁹⁰ No le falta en absoluto razón a Vallet cuando se pregunta: «¿qué remedio tan inadecuado contra los pactos sucesorios es este que hace brotar en sustitución de las donaciones *mortis causa*, perfectamente revocables, las donaciones *inter vivos* suspensivamente condicionadas a la premoriencia del donante y de carácter irrevocable? ¿Cuál de esas dos figuras es la que se encuentra más próxima de ser un contrato sucesorio? (*Estudios...*, cit., p. 102).

⁹¹ Los exégetas franceses consideraban que el legislador francés de 1804 había hecho desaparecer la donación a causa de muerte porque no respondía a ninguna necesidad: quien quiera disponer de los bienes para después de la muerte reservándose la posibilidad de revocar, se afirmaba, no precisa acudir a la figura de la donación *mortis causa* requiriendo la aceptación del donatario, habida cuenta de que su intervención no da solidez alguna al contrato. El testamento basta para cumplir ese propósito (PLANIOL, M. & RIPERT, G., *Traité...*, V, cit., núm. 14). Se decía también, como motivo añadido, que favorecían las sugerencias y captaciones, no ofreciendo más que una esperanza engañosa, lo que unido al pensamiento de que hacían valer bajo la forma de donaciones liberalidades que no constituían, en realidad, más que disposiciones testamentarias –y que no estaban, por tanto, revestidas de las formas protectoras de las que la ley había querido rodear a los testamentos–, eran razones suficientes para la no admisión de esta institución. LAURENT, F., *Principes de Droit Civil Français*, XI, París, 1878, núm. 98; DEMOLOMBE, C., *Traité des donations entre vifs et des testaments*, I, París, 1885, núm. 39; HUC, T., *Commentaire...*, VI, cit., núm. 1; BAUDRY-LACANTINERIE, G. y COLIN, A., *Traité...*, I, cit., núm. 9.

del *Code*⁹². Se decía que una donación hecha en previsión del fallecimiento para cuando el disponente ya no exista, que no produce efecto en provecho del gratificado hasta ese momento y revocable a la voluntad del donante, quebranta todas las exigencias que encierra el adagio⁹³. Del mismo modo, en la doctrina italiana clásica se mantenía que la donación *mortis causa* era inválida en cuanto que era contraria al principio de la irrevocabilidad de las donaciones⁹⁴ dispuesto en el artículo 1050 del Código Civil de 1865⁹⁵.

En el tiempo, la necesidad del carácter irrevocable de todas las donaciones, cuyos orígenes –como veremos– están en el antiguo Derecho consuetudinario francés, fue inicialmente defendida por los autores franceses, a los que siguieron los italianos, y fue mantenida, también, por García Goyena en atención a lo dispuesto en el artículo 940 del Proyecto de 1851 que establecía que la «donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el cual se transfiere desde luego irrevocablemente al donatario la propiedad de las cosas donadas»⁹⁶.

Sin embargo, como demostraremos en las páginas que siguen, el principio de la irrevocabilidad de las donaciones carece de argumentos suficientes que lo amparen, por lo que difícilmente puede admitirse que justifique el rechazo de las donaciones *mortis causa*. De la idea de que las donaciones han de ser irrevocables se apartó el legislador de 1889, concededor, sin duda, de la debilidad de este principio. En primer lugar, la omisión de tal carácter en la disposición del artículo 618 del Código que define la donación y, en segundo término, la aceptación de las donaciones con facultad de disponer en la disposición del artículo 639 CC, son claros ejemplos que demuestran que la máxima francesa fue abandonada por nuestro codificador, desapareciendo con ella el impedimento fundamental contra las donaciones a causa de muerte. Veámoslo.

Históricamente, es en el adagio francés «donar y retener no vale» –que nacen en el antiguo *Droit Coutumier* francés^{97, 98}– donde,

⁹² Dispone el artículo 894 que «la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte».

⁹³ BEUDANT, Ch., *Cours...*, VI, cit., núm. 25 y ss.; COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, VII, trad. por la RGLJ, anotada por De Buen, Madrid, 1955, p. 626.

⁹⁴ ASCOLI, A., *Trattato...*, cit., p. 167; MANENTI, C., *Sul concetto...*, cit., p. 329.

⁹⁵ Artículo 1050 CC 1865: «la donazione è un atto [...] col quale il donante si spoglia attualmente et irrevocabilmente [...]».

⁹⁶ *Concordancias...*, cit., p. 463.

⁹⁷ Este término designa el Derecho que regía en Francia en los denominados «Países de costumbres», frente a los «Países de Derecho escrito» donde penetró el Derecho romano.

⁹⁸ Véase DESJARDINS, A., «Recherche sur l'origine de la règle donner et retenir ne vaut», *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, 1868, pp. 208 y ss.

con la pretensión de poner freno a las donaciones entre vivos, que eran vistas con desfavor, porque se consideraban contrarias al principio superior de la conservación de los bienes en las familias, encuentra sus orígenes el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Ahora bien, este brocardo no siempre fue sinónimo de irrevocabilidad. En el tiempo, expresó cosas diferentes: inicialmente significó que la donación requería traspaso posesorio y sólo cuando el donante hacía tradición de la cosa donada (*dessaisissement actuel de la chose*) la liberalidad era perfecta. El disponente, en aras de la seguridad del comercio, debía entregar la cosa donada al donatario, no pudiendo quedarse con la posesión hasta el día de su muerte: «no es donar el retener la cosa donada sin hacer la tradición de ella», se afirmaba. En un momento posterior, coincidiendo con el proceso de espiritualización de la tradición y la admisibilidad de las tradiciones «fingidas», hay un cambio de perspectiva y de la idea de traspaso posesorio se pasa a la idea de transmisión en términos jurídicos, esto es, el adagio expresa la necesidad de transmisión definitiva de la propiedad de la cosa; se traduce en la exigencia de que el donatario se convierta en propietario de forma plena y definitiva, no pudiendo en modo alguno el donante revocar la liberalidad. El aforismo se convierte en adelante en sinónimo de irrevocabilidad de la donación, exigencia necesaria que impide al donante retener la facultad de retomar posteriormente, por un nuevo acto de voluntad, lo que previamente había donado. En definitiva, se nos dice que una liberalidad no puede nunca depender de la voluntad futura del donante, que una vez despojado no puede retractarse y alterar el efecto de la donación⁹⁹.

En todo caso, la pretensión última con la que nació el ya muy citado *donner et retenir ne vaut* se mantuvo inalterable: limitar las donaciones entre vivos provocadoras de la salida de los bienes del entorno familiar y adecuadas para despojar a los herederos, que estaban únicamente protegidos por la reserva consuetudinaria contra los actos de liberalidad hechos fuera de testamento. Se pensaba que las disposiciones a título gratuito no debían desviar los bienes de su destino natural que es, tras la muerte de cada uno, ir a sus más próximos parientes. Nótese que obligar al donante a que se despojara inmediata y definitivamente de los bienes, sin tener ninguna posibilidad de volverse atrás en su intención liberal, era dificultar la donación y un medio excelente para hacerle menos propenso a rea-

⁹⁹ Recientemente, en la doctrina española, Barrals Viñals ha estudiado detalladamente la evolución de la máxima *donner et retenir en vaut* como punto de partida necesario en el análisis de la donación con facultad de disponer. *La reserva de la facultad de disponer en la donación (análisis del artículo 639 del CC)*, Barcelona, 1996, pp. 19 y ss.

lizarla, lo que finalmente repercutía en el mantenimiento de su patrimonio y la conservación de los bienes en la familia.

El aforismo sobrevive, y expresando la idea de la irrevocabilidad de las donaciones se mantiene en el Derecho francés vigente, aunque no sea formulado ya en los mismos términos, en el artículo 894 del Código de Napoleón cuando dispone que *la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada*. La actualidad de la donación debe traducirse, a juicio de los exégetas, en la atribución inmediata de un derecho –simple, a término o condicional– al donatario sobre la cosa donada y la irrevocabilidad, reiteran, debe impedir al donante reservarse, directa o indirectamente, la facultad de revocar la donación y retirar el beneficio al donatario.

Este ya tradicional y necesario carácter irrevocable que deben respetar, como regla, todas las liberalidades, se justificaba, a juicio de los comentaristas franceses, con argumentos de distinta índole.

El razonamiento principal en su defensa expresaba la vieja idea de que era una protección útil para los donantes y sus causahabientes, pues la irrevocabilidad era un freno contra el impulso liberal. Sin duda, el cariño natural que se tiene a lo que se posee junto al temor hacia futuras e imprevistas necesidades hacen a la persona más reacia a las privaciones definitivas. En suma, se decía que la irrevocabilidad de las donaciones era un freno útil, sin tocar al uso legítimo, frente a donaciones irreflexivas del donante.

En segundo lugar, se consideraba que protegía igualmente a los donatarios y a sus causahabientes: si el donante no puede reservarse la facultad ni el medio de recobrar la donación, la irrevocabilidad asegura sólidamente la estabilidad del derecho del donatario y de los que de él traigan causa frente a posibles cambios de voluntad del donante que perturbarían sus intereses. Si el legislador de 1804, se decía, hubiese autorizado las cláusulas de revocación, su empleo se habría multiplicado en perjuicio del donatario y de la libre circulación de los bienes. El donatario, puesto que adquiere gratuitamente, aceptaría sin protestar ni reflexionar todas las condiciones que le impusiera la donación –ya que es mejor ser donatario con condiciones que no serlo– con lo que se habría visto multiplicado el dominio revocable. Por lo demás se colocaría al gratificado –temeroso de una revocación– en un estado de sujeción frente al donante que podría incluso comprometer su dignidad.

En último término, pensaban que la consecuencia del carácter irrevocable de las liberalidades era el favorecimiento de la libre circulación de los bienes. La facultad de revocación acordada por el donante tendría el inconveniente grave de retirar de hecho los bie-

nes donados de la circulación, pues ¿quién adquiriría a título oneroso con la duda de ver a continuación la enajenación resuelta por una revocación del donante? ¹⁰⁰.

Los anteriores razonamientos constituían el apoyo necesario para tachar de nulidad una serie de convenciones en las que, como nos dice Joserrand ¹⁰¹, el disponente pretendería reservarse la posibilidad de dejar sin efecto su rasgo generoso «tomando con una mano lo que daba con la otra». Se afirma que toda manera de volver sobre la donación por un acto dependiente de la voluntad del donante convierte a la liberalidad en nula ¹⁰². Consecuentemente, son donaciones prohibidas por la regla de la irrevocabilidad que dispone el artículo 894 del *Code*, entre otras, la donación de bienes futuros regulada en el artículo 943 CC –«*la donation entre vifs en pourra comprendre que les biens présents du donateur; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard*»– mediante la cual, se afirmaba, el donante podría siempre hacer ilusoria la liberalidad no adquiriendo los bienes. También, del mismo modo, se afirmaba la nulidad de la donación con reserva del derecho de disposición, regulada en el artículo 946 CC –«*en cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixé sur les biens donnés, s'il meurt sans avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires*»– pues desconoce, se nos dice, la irrevocabilidad al reservar al donante un medio indirecto de aniquilar la liberalidad.

Como fiel reflejo del Código de Napoleón, también el Código civil italiano de 1865 sancionó la regla de la irrevocabilidad en varios de sus preceptos, que fueron prácticamente copiados del Código francés ¹⁰³. Esta exigencia del despojo irrevocable dispuesta en el artículo 1050 CC se tradujo en la nulidad de la donación de bienes futuros ¹⁰⁴ y, de igual manera a su antecesor francés, también,

¹⁰⁰ Véase DEMOLOMBE, C., *Traité...*, I, cit., núms. 24 y ss.; BAUDRY-LACANTINERIE, G., y COLIN, A., *Traité...*, I, cit., núms. 27 y ss.; BEUDANT, Ch., *Cours...*, VI, cit., núms. 29 y ss.; COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso...*, VII, cit., pp. 605 y ss.; MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, cit., núm. 1498.

¹⁰¹ *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1351.

¹⁰² BEUDANT, Ch., *Cours...*, VI, cit., núms. 26 y ss.

¹⁰³ Los argumentos, en la misma línea que los expresados por los exégetas franceses, por los que se aconsejaba mantener la irrevocabilidad de las donaciones eran el mandado servilismo hacia el donante que genera la donación revocable a su arbitrio, el perjuicio que supone para el donatario, pues le empobrece, y para el que la donación revocable, se dice, es un hecho injurioso, poner freno al donante que al conocer que perderá definitivamente los bienes medita más la oportunidad de la donación, etc.

¹⁰⁴ Disponía el artículo 1064 CC: «*La donazione non può comprendere che i beni presentii del donante; se comprendere beni futuri, è nulla riguardo a questi*».

en la consideración como nula de la donación con reserva de la facultad de disponer por parte del donante ¹⁰⁵.

Ya en Derecho español, también el Proyecto Isabelino expresaba en su artículo 940 que *donación entre vivos es un acto de espontánea liberalidad por el que se transfiere, desde luego irrevocablemente, al donatario la propiedad de las cosas donadas*, reiterando García Goyena, en su comentario al artículo 942 del Proyecto, que *dar y retener no vale* ¹⁰⁶. Se mantiene igualmente la prohibición de que la donación comprenda bienes futuros ¹⁰⁷; pero se admite de forma innovadora, aun cuando fuera tachada de excepción al principio de la irrevocabilidad ¹⁰⁸, la donación con reserva de la facultad de disponer en el artículo 957 del Proyecto ¹⁰⁹.

Es nuestro codificador quien omite, por primera vez, la tradicional regla de la irrevocabilidad de las liberalidades (lo que, recordemos, era el mayor obstáculo en la aceptación de la donación *mortis causa*) cuando expresa en el artículo 618 del Código que *la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*. Esta omisión constituye el primer paso en la superación del modelo francés que, por lo demás, será continuada por el codificador italiano de 1942 ¹¹⁰.

La decisión de nuestro legislador de 1889, ratificada posteriormente por el legislador italiano, no carecía de motivos. Ciertamente, en contra de los viejos argumentos expresados para justificar la irrevocabilidad de las donaciones, las réplicas concitadas habían evidenciado claramente que el valor de este principio era más que discutible ¹¹¹ y, por ello, optó sensatamente por apartarse de él.

¹⁰⁵ Disponía el artículo 1069 CC: «*Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto o una tale somma appartiene agli eredi del donante, nonostante qualunque clausola o stipulazione in contrario*».

¹⁰⁶ *Concordancias...*, cit., p. 464.

¹⁰⁷ Artículo 953: «*la donación puede comprender todos los bienes presentes del donador o parte de ellos, con tal que éste se reserve en plena propiedad, o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias*». La donación no puede comprender bienes futuros.

¹⁰⁸ GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, cit., p. 472.

¹⁰⁹ Artículo 957: «*Podrá reservarse el donador la facultad de disponer de alguno de los bienes donados, o de alguna cantidad sobre ellos; pero, si muriese sin haber dispuesto, pertenecerán al donatario los bienes y cantidad reservados*».

¹¹⁰ La regla de la irrevocabilidad tampoco encuentra lugar en el vigente artículo 769 del Código civil italiano de 1942. Este precepto dispone que «*la donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa una obbligazione*».

¹¹¹ La tesis que considera que no es sensato justificar la irrevocabilidad de las donaciones ha recobrado un definitivo auge en tiempos recientes, pero ya fue mantenida antiguamente en Francia por GLASSON, E., «*Les donations a cause de mort*», *Revue pratique de Droit français*, París, 1874, núm. 104. Actualmente JOSSERAND, L., *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1350; MAZEAUD, H. e I. & MAZEAUD, J., *Leçons...*, IV-2.º, núm. 1498.

Así, con buen criterio, a nuestro juicio, respecto a aquel manido razonamiento que consideraba que la irrevocabilidad protegía los intereses del donante, se dio crédito a que éstos ya estaban salvaguardados por el carácter solemne de la donación. Pensemos que el hecho de que esta liberalidad esté sometida a formas particulares prescritas bajo pena de nulidad debe llamar la atención sobre la gravedad del acto que realiza el disponente, por lo demás sujeto mayor y dueño de sus derechos, capaz y sano mental que debe actuar libremente. Mantener el principio de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos era, por el contrario, practicar deliberadamente la política de lo peor, la política del todo o nada, era cerrar la puerta a todo arrepentimiento y a toda esperanza de retorno. Es cierto que la irrevocabilidad podía hacer dudar al donante, pero cuando había decidido donar no había ningún medio para volver sobre la donación por la que se lamentaba. Por tanto, al contrario de lo que se había venido afirmando, la regla de la irrevocabilidad iba contra el interés del donante y de su familia, pues la liberalidad podía haberse realizado por imprudencia y su carácter irrevocable convertía al donante en su víctima, y «no es plausible hacer el daño definitivo por intentar evitarlo». Por lo demás, la posibilidad de revocación siempre garantizará al donante el respeto del donatario ¹¹².

En relación al donatario, no tenía sentido hablar de servilismo, sólo predicable en caso de personas de poco carácter, como tampoco podía afirmarse que la revocación fuera para él un hecho injurioso, pues ninguna duda cabe de que ha sido convenida y por él aceptada. Igualmente debía rechazarse la idea de que la revocabilidad le perjudicaba porque le empobrecía, pues él ya sabía y podía prever que los bienes podían serle retirados en un momento dado. Todo lo contrario, el principio de la revocabilidad de las donaciones ofrece también ventajas al donatario: le permite el goce actual de los bienes, que de otra forma no tendría. Pensemos que un donante que teme la falta de reconocimiento no hará una donación –si ésta es irrevocable– sino un testamento –revocable–, lo que supondrá la pérdida del goce actual para el donatario. Este goce es una gran ventaja aunque esté gravado con la revocabilidad ¹¹³.

Estos motivos ponen, a nuestro parecer, sobradamente de manifiesto la falta de sentido de la exigencia de la irrevocabilidad y justifican que el codificador español, separándose del habitual modelo

¹¹² TORRENTE, A., «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., pp. 308 y ss.; BALBI, G., *Saggio...*, cit., p. 162.

¹¹³ Ya en este sentido, GLASSON, E., *Les donations...*, cit., núm. 104; JOSSELAND, L., *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1350; TORRENTE, «La donazione...», *Trattato...*, XXII, cit., pp. 308 y ss.; BALBI, *Saggio...*, cit., p. 162; MAZEAUD, H. e I. & Mazeaud, J., *Leçons...*, IV-2.º, núm. 1498.

francés, optara por suprimir la irrevocabilidad como requisito específico de las donaciones, supresión innovadora y, en nuestra opinión, plausible, como lo demuestra el hecho de que fuera mantenida por el legislador italiano de 1942, apartándose también de este modo de la definición de donación contemplada en el artículo 1050 de su precedente Código de 1865 ¹¹⁴.

No sólo ya, como ha quedado demostrado, porque no defiende ningún interés que merezca tutela, sino porque, además, el pretendido necesario carácter irrevocable es contrario a principios fundamentales como la libertad de acuerdos, y no hay razones sensatas para prohibir a las partes convenir la posibilidad de resolver o limitar en el tiempo los efectos de la donación acordada ¹¹⁵.

Ahora bien, que la consuetudinaria máxima del *Droit Coutumier*, «*donner et retenir ne vaut*», no está en nuestro Código Civil lo demuestra, no sólo el hecho de que el ya citado artículo 618 suprimiese del concepto de donación el carácter irrevocable ¹¹⁶, también la aceptación de instituciones que tradicionalmente fueron rechazadas en Derecho francés (CC 1804) e italiano (CC 1865) por su contrariedad al principio de la irrevocabilidad manifiesta la separación de nuestro Derecho de sus habituales antecesores. Nos referimos, fundamentalmente, a la donación con facultad de disponer, que es admitida en el artículo 639 CC cuando expresa que «*podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriese sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado*» ¹¹⁷.

Esta liberalidad, tachada en los precedentes de liberalidad nula por desconocer la irrevocabilidad ¹¹⁸, se admite en cambio en nues-

¹¹⁴ Este cambio legislativo (supresión del texto del art. 769 del Código de 1942 de las anteriores exigencias de actualidad e irrevocabilidad del art. 1050 del Código de 1865) tuvo lugar ya, afirma Cariota Ferrara, en el Proyecto de Código Civil de la Comisión Real (art. 390), en el que podía leerse que eran abandonados los requisitos de actualidad y de irrevocabilidad, restos del derecho consuetudinario francés, que ya no respondían a ninguna exigencia práctica ni dogmática (*Donazione...*, cit., p. 23). En el mismo sentido, TORRENTE, A., *La donazione...*, cit., p. 308; BIONDI, B., *Le Donazione...*, cit., p. 66.

¹¹⁵ TORRENTE, *La donazione...*, cit., pp. 308 y ss.

¹¹⁶ Es en el Anteproyecto de 1882-1888, en artículo 615, donde por primera vez la donación se define sólo por la gratuidad, sin el carácter de irrevocable. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, p. 176.

¹¹⁷ Ya vimos que esta disposición aparece así formulada por primera vez en el artículo 957 del Proyecto de 1851, y fue considerada por García Goyena una excepción al principio de la irrevocabilidad.

¹¹⁸ Esta liberalidad que regula el artículo 946 del Código de Napoleón es considerada por los exégetas contraria al preciso carácter irrevocable de la donación y deber ser, en consecuencia, considerada nula. Por ello, si se ha donado con reserva de disponer y no se ha dispuesto, el destino de los bienes al fallecimiento del disponente es el patrimonio de los herederos, esto es, comprenderán parte de la sucesión del disponente.

tro Derecho y permite a los donantes reservarse la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos, e, incluso, como afirman Díez-Picazo y Gullón, no hay razones para negarle la posibilidad de que se reserve el total ¹¹⁹.

No desconocemos la polémica doctrinal que se suscitó acerca de si la facultad de disponer podía abarcar o no la totalidad de lo donado ¹²⁰; pero, en nuestra opinión, tal controversia debe considerarse cerrada tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1993.

La Sala 1.^a, en la réplica al segundo de los motivos de casación—infracción del artículo 639 CC, en relación con la doctrina sentada en la Sentencia de 7 de julio de 1978 ¹²¹—, admite la teoría doctrinal alegada por el recurrente al afirmar que «también es defendible la tesis de posibilitar esa reserva dispositiva del *tantum* donado, ya que no por ello sería vana o resultaría vacía la donación así concertada por el goce que de los bienes estuviese disfrutando el donatario, mientras no se ejerza esa reserva, además de que puede no llevarse a efecto ese ejercicio; a lo que se añade que, como acto esencialmente gratuito, pueda el donante acomodar o delimitar su intención de liberalidad y aceptarse como tal por el donatario en uso de su libertad contractual (art. 1255)».

te. La pertenencia de los bienes a los herederos del donante, se nos dice, pone de manifiesto que la donación es nula, pues si fuera válida no sería a ellos sino al donatario al que pertenecerían. BEUDANT, *Cours...*, VI., cit., núm. 37; JOSSERAND, *Derecho...*, III-3.º, cit., núm. 1364.

Artículo 946: «*En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixé sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires*».

El artículo 1069 del Código civil italiano de 1865 reitera los mismos términos del artículo 946 del Código francés.

«*Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, un tale oggetto o una tale somma appartiene agli eredi del donante, nonostante qualunque clausola o stipulazione in contrario*».

¹¹⁹ Argumentan su opinión con la afirmación de que nuestro Código Civil se aparta del modelo francés en el que rige desde su Derecho antiguo la regla *donner et retenir ne vaut*, *Sistema de Derecho Civil*, II, 7.ª edición, 1995, p. 354.

¹²⁰ En sentido afirmativo, ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VII-2.º, cit., p. 258; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Comentario a la sentencia de 7 de julio de 1978», *RCDI*, 1980, p. 1223. IRURZUN GOICOA, D., *La donación con reserva de la facultad de disponer. (Algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Valencia, 1967, p. 18, en cambio, manifiesta que la reserva del total no es admisible.

¹²¹ GARCÍA GARCÍA, J. M., en su comentario a esta resolución manifiesta que «la sentencia parece reconocer que la regla *donner et retenir ne vaut*, del Derecho francés, no es aplicable al Derecho español, pues a propósito de la argumentación del recurrente en tal sentido, el Tribunal Supremo advierte que dicha regla fue indudablemente empleada por la sentencia recurrida *obiter dictum*, con lo cual, aunque no entre en el fondo, no cabe duda de que el Tribunal Supremo descarta la aplicación de tal regla en el Derecho español, ya que en otro caso hubiera intentado apoyarse en la misma para fundar la nulidad de la reserva total de la facultad de disponer a favor del donante (*Comentario...*, cit., p. 1220).

El Tribunal Supremo admite que en el Código Civil no rige el modelo francés basado en la regla «*donner et retenir ne vaut*» y que, por lo tanto, no hay razones en nuestro Derecho para negar la posibilidad de una reserva total, ya que la irrevocabilidad nunca tuvo vigencia en nuestro Ordenamiento.

Lo cierto es que la posición que adopta nuestra jurisprudencia no es novedosa; ya una autorizada doctrina italiana mantuvo que la reserva de disponer podía comprender la totalidad de lo donado¹²². Por lo demás, Torrente no duda de que el abandono del requisito de la irrevocabilidad en el Código Civil de 1942 es el origen de la modificación del artículo 1069 del viejo Código de 1865 que, en el caso de reserva de la facultad de disponer y ante la muerte del donante sin haber dispuesto, atribuía los bienes a los herederos del donante, mientras que el vigente artículo 790 CC¹²³ atribuye los bienes al donatario excluyendo que la facultad pueda ser ejercida por los herederos del disponente¹²⁴.

No se piense que nos olvidamos de la donación de bienes futuros que, recordemos, era sancionada de nulidad en el Código francés de 1804 (art. 943) y en el italiano de 1865 (art. 1064), por su incompatibilidad con el «*donner et retenir ne vaut*», afirmándose que el donante podría siempre hacer ilusoria la liberalidad no adquiriendo los bienes. Aunque en nuestro Código se mantiene formalmente la prohibición de que la donación comprenda bienes futuros en el artículo 635 CC, tal prohibición encontraría su fundamento en otro motivo bien diverso: «en la naturaleza de negocio de disposición que el Código Civil atribuye a la donación; negocio que no crea obligaciones, sino que transmite directamente los bienes del donante al donatario, por lo que no es posible, por la naturaleza misma de las cosas disponer *in acto*, de presente, de cosas futuras»¹²⁵. Reiterando esta idea, Albaladejo manifiesta que «en cuanto a la *razón* de que no puedan donarse, se hallaría en el que siendo la donación transmisión *actual* del bien, es decir, donación *real* o transmisión *al donarlo*, no es posible si no puede transmitirse entonces»¹²⁶; aunque, como afirma este autor, esta válida explicación lo es para las donaciones *reales*, pero no para las donaciones obligacionales¹²⁷. En todo caso, a su jui-

¹²² TORRENTE, A., «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., p. 465.

¹²³ Artículo 790: «*Quando il donante si è riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione o di una determinata somma sui beni donati, e muore senza averne disposto, tale facoltà non può essere esercitata dagli eredi*».

¹²⁴ «La donazione», *Trattato...*, XXII, cit., p. 309.

¹²⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Donación con reserva de facultad de disponer», *AAMN*, XVI, 1966, p. 442.

¹²⁶ *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 216.

¹²⁷ Se afirma que «no es de esencia que mediante la donación se transfiera ya lo donado, sino que de esto puede el donante quedar simplemente obligado a traspasar su titularidad al donatario» (ALBALADEJO, M., *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 10).

cio, «el 635 no prohíbe donar bienes futuros singularmente considerados, pero sí todos los futuros *además* de los presentes, es decir, donar todo el patrimonio presente y todo el futuro, porque eso es dejar ya al donatario la herencia futura»¹²⁸.

Por tanto, aunque el artículo 635, siguiendo el modelo de sus precedentes, diga que la donación no podrá comprender bienes futuros, la prohibición no responde al antiguo fundamento de la contrariedad, que tal donación supondría, al principio de la irrevocabilidad. Y, en todo caso, doctrinalmente se interpreta que no cabe excluir que puedan ser donados singulares bienes futuros¹²⁹.

En conclusión: todo lo anterior permite sin dificultad alguna afirmar que nuestro Código Civil rechazó la regla del antiguo *Droit Coutumier* según la cual *donner et retenir ne vaut*, superando así el concepto de donación irrevocable¹³⁰. Nuestro legislador introdujo de este modo el criterio de donación revocable –posición innovadora frente a sus precedentes el Código francés de 1804 y el italiano de 1865– que, además, ha sido consolidado en Ordenamientos posteriores como el italiano de 1942.

Retomando, tras los quizá excesivos razonamientos demostrativos de que nuestro Código Civil no mantiene la exigencia de la irrevocabilidad de las donaciones, el tema objeto de estudio de las donaciones *mortis causa*, podemos concluir que en Derecho español no es sensato rechazar, por su carácter revocable, las liberalidades a causa de muerte. Desaparece así el, calificado como insalvable, principal argumento en su contra.

¹²⁸ *Comentarios...*, VIII-2.º, cit., p. 218.

¹²⁹ También el artículo 771 del Código italiano de 1942, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1064 del Código civil de 1865, dispone que *la donazione non può comprendere che beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi, salvo que si tratti di frutti non ancora separati*.

La moderna doctrina italiana, superado el principio *donner et retenir ne vaut* que justificó esta prohibición en el viejo Código, observa que la razón de esta disposición es la intención del legislador de frenar las liberalidades (véase TORRENTE, A., «La donazione...», *Trattato...*, XXII, cit., p. 406). Es de otra opinión Biondi, quien afirma que la ley no pretende obstaculizar ni favorecer las donaciones. A su juicio, este precepto encuentra su razón de ser en la prohibición de pactos sucesorios. Por ello, la norma se refiere sólo a la hipótesis en las que se donan todos los bienes presentes y futuros –eludiendo así prácticamente la prohibición– consintiendo, en cambio, la donación de bienes singulares y determinados (*Le donazioni...*, cit., p. 338).

¹³⁰ Afirmación que ya fue hecha, tiempo ha, por Rodríguez Agrados, para quien «ni siquiera el Proyecto de 1851 puede decirse que acogiera el “*donner et retenir en vaut*”, porque si bien es cierto que incluye la nota de irrevocabilidad en su definición de donación, regula la donación con reserva de la facultad de disponer de manera contradictoria con una irrevocabilidad especial de las donaciones» (*Donación...*, cit., p. 442).

8. «EN PRO» DE LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA*

En los epígrafes que preceden hemos dejado ver nuestra opinión que comparte la de aquellos que consideran que las donaciones *mortis causa* son una institución con individualidad propia, por lo que debe negarse su asimilación a los legados, en relación a los que presentan ventajas perfectamente visibles.

En primer lugar, el mecanismo convencional de la donación *mortis causa* y, por consiguiente, la necesaria aceptación del donatario antes del fallecimiento del donante constituye una garantía de futuro para éste: le asegura que tras su muerte el objeto de la donación será querido y adquirido por aquel que en el momento del otorgamiento de la liberalidad manifestó su consentimiento. La ventaja es evidente: el legatario, normalmente desconocedor de la intención del causante hasta su fallecimiento, puede renunciar al legado (art. 888 CC), actitud, por el contrario, poco probable si su condición es la de donatario, pues carece de sentido renunciar a lo que previamente se ha aceptado.

En segundo término, el donatario, conocedor del carácter revocable de la liberalidad, «por la cuenta que le tiene», tratará de observar un adecuado comportamiento hacia el donante, que no es otro que el mismo que hasta ese momento ha mantenido y el que ha dado lugar, sin duda, al nacimiento de la liberalidad.

Puede leerse en los comentarios de la doctrina italiana un claro ejemplo que permite constatar, en los anteriores sentidos, la funcionalidad de la donación a causa de muerte. Balbi relata cómo esta institución es el medio único, y más idóneo, para satisfacer la pretensión de un coleccionista: una persona que pretende dejar su colección, después de su muerte, a una persona que le dé garantías de continuidad, conservación, custodia e, incluso, incremento de la misma, con el mismo mimo con el que él lo hace. En estos términos pacta con alguien de confianza, atribuyéndole gratuitamente, desde el momento de su muerte, la colección, reservándose la facultad de resolver a su arbitrio. Por su parte, aquel con el que pacta acepta la atribución. Como claramente se observa, esta liberalidad permite al donante conservar la disponibilidad del objeto durante su vida, al mismo tiempo que le asegura que en el momento de su muerte, siempre que no haya dispuesto de otro modo (lo que dependerá en último término del comportamiento observado por el donatario), alguien de su confianza adquirirá la colección. Estas garantías de futuro de las que goza el coleccionista no podrían ser obtenidas mediante un, probablemente desconocido para el beneficiario, legado, desde el momento en que no se puede estar seguro *a priori* de su aceptación ¹³¹.

¹³¹ *Saggio...*, cit., p. 163. En el mismo sentido, TORRENTE, A., *La donazione...*, cit., p. 313; TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, Padua, 1990, p. 838.

En tercer lugar, este tipo de donación tiene, como ya ha escrito Roca Sastre ¹³², otra ventaja que aconseja y justifica su empleo: la cosa donada va directamente al donatario. El donante se asegura que el donatario adquiere definitivamente en el mismo momento de su muerte, pues el objeto de la donación no proviene de la herencia, ha quedado fuera de ella. Desde el otorgamiento de la liberalidad, los bienes donados constituyen un patrimonio independiente del sucesorio y no hay necesidad, como diferencia relevante respecto al legado, de que el heredero entregue la cosa.

Debe acentuarse, además, que a efectos registrales esta diferencia es muy importante pues permite al donatario inscribir su derecho directa e inmediatamente tras el fallecimiento, en tanto que el legatario sólo puede pedir anotación preventiva (42.7 LH).

No olvidamos, en cuarto lugar, la ventajas que derivan de su independencia respecto del testamento: la donación *mortis causa*, que tiene autonomía propia, a diferencia del legado es eficaz aunque el testamento no lo sea por cualquier causa. En este sentido, manifiesta Roca Sastre, actúa con más fuerza, incluso, que el propio legado *per vindicationem* ¹³³.

Finalmente, debemos destacar que tal independencia permite al donante satisfacer su (casi habitual) propósito de agradecimiento de los servicios o atenciones prestadas sin verse obligado para ello a hacer testamento. La no admisibilidad de la donación *mortis causa* obligaría a la persona a testar para poder legar. Es lícito y digno de tutela el que una persona quiera la atribución intestada de sus bienes y el rechazo de esta institución, único medio para la satisfacción de sus intereses, se lo impide.

En otro orden de cosas, la admisión de la donación *mortis causa*, que permite una atribución gratuita a un tercero para que tenga eficacia a la muerte del que la hace a través de un negocio *inter vivos*, sin sujetarse al rigor de las disposiciones por causa de muerte, no debe llevar al error de considerar que se debilita la protección de los acreedores y de los interesados en la herencia. No hay per-

¹³² *La donación...*, cit., p. 576.

¹³³ *La donación...*, cit., p. 576.

Recuerdesé que el legado con efectos reales (*legatum per vindicationem* romano) consiste en la atribución al legatario de un derecho real que existía ya en el patrimonio del causante, frente al legado con efecto obligacional (*legatum per damnationem* romano) que consiste en la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, atribuyendo al legatario el derecho a que se realice por el obligado aquello previsto por el testador. En el primer caso, el legado tiene eficacia inmediata y el legatario adquiere el derecho real en el momento de la apertura de la sucesión (lo que no evita que tenga que pedir la entrega del bien al heredero o albacea), en tanto que el segundo tiene una eficacia obligacional: el legatario deviene acreedor del bien frente al gravado con el legado (véase ROCA TRÍAS, E., en CAPILLA, LÓPEZ, ROCA, VALPUESTA y MONTES, coord., *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, pp. 235 y ss.).

juicio para los acreedores y legitimarios que no verán disminuido el patrimonio garante ni la masa de cálculo y atribución. La rescindibilidad de los actos gratuitos en caso de impago de acreedores es institucional (arts. 643.2 y 1297.1 CC). Respecto de los legitimarios, sus garantías quedan intactas: computación de los actos gratuitos a la masa contable (art. 818.2 CC) y la consiguiente reducción o rescisión de donaciones para el caso de que los bienes relictos sean insuficientes para el pago de la legítima (art. 819.3 CC) ¹³⁴.

En fin, frente a la tesis que afirma la supresión de esta institución del Ordenamiento, pensamos que su mantenimiento como institución autónoma debe ser defendido. Demostrada la debilidad de los argumentos en su contra, acreditadas las utilidades y ventajas que presta y salvados los temores de falta de protección y perjuicios que erróneamente se le hayan podido atribuir, no hay razón sensata para el rechazo de la donación *mortis causa*.

Pero, no se olvide que el principal motivo que nos conduce a su defensa ha sido la constatación de la necesidad de las donaciones *a causa de muerte* en la práctica. La finalidad «psicológica», y digna de tutela, que persiguen quienes pretenden realizar estas liberalidades sólo es alcanzable a través de ellas. La persona que acude a una donación *mortis causa* pretende el reconocimiento de las atenciones que se le han prestado, intentando asegurarse en el futuro un comportamiento similar y es esta liberalidad revocable el medio idóneo para alcanzar sus propósitos.

Por ello, en absoluto creemos que sea una institución «inútil». Los supuestos de hecho enjuiciados por el Tribunal Supremo demuestran que los particulares quieren «donar *mortis causa*», por lo que es la realidad la que decide en este caso la utilidad de una institución que, por lo demás, no hay motivos razonables para suprimir.

¹³⁴ PUIG FERRIOL, L., y BADOSA COLL, F., *Comentarios a la obra de KIPP, Derecho...*, V-I, cit., p. 721.