

# 15.

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE MAYO DE 2009

### Nulidad de donación de inmueble disimulada mediante escritura de compraventa. Alcance del artículo 633 del Código Civil

Comentario a cargo de:

JOSE RAMÓN MELÉNDEZ SUÁREZ DE LEZO

*Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

#### SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 2009

*Ponente: Excmo. Sr. Don Román García Varela*

**Asunto:** el art. 633 C.civ. exige, como requisito de validez, que la donación de inmuebles se realice en escritura pública. La cuestión planteada es si la escritura pública de compraventa que, en realidad, esconde una donación encubierta, satisface el requisito formal de que tanto la pretendida donación, como su aceptación se realicen en escritura pública.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido siempre unánime en este punto y ha aplicado, con carácter general, dos soluciones radicalmente distintas: (i) hay que hacer una interpretación laxa y no restrictiva del art. 633 C.civ. y basta con que la compraventa simulada (simulación relativa) conste en escritura pública para cumplir el requisito de forma; (ii) cuando el art. 633 C.civ. exige escritura pública para su validez, esta ha de ser, necesariamente de donación, y ha de recoger el “animus donandi” y la aceptación del donatario (aunque esta puede producirse en escritura separada). La consecuencia de la aplicación de la primera de las posturas es que la solución a la cuestión vendría por la vía del art. 1276 C.civ. En cambio la aplicación de la segunda, una vez declarada la nulidad de la compraventa, tiene como consecuencia la declaración de nulidad de la donación, por entender que existe una simulación absoluta por falta de causa.

El Tribunal Supremo opta en esta sentencia, como continuación de la pronunciada el 11 de enero de 2007, aunque en este caso por unanimidad, por la segunda tesis, declarando la nulidad de la compraventa del inmueble.

# **Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009**

## **Nulidad de donación de inmueble disimulada mediante escritura de compraventa. Alcance del artículo 633 del Código Civil**

JOSE RAMÓN MELÉNDEZ SUÁREZ DE LEZO  
*Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

### **Resumen de los hechos**

Don Domingo, doña Rosaura y don Leovigildo, representados por su procurador, promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado nº 2 de Mahón contra doña Lorena. La demanda interesaba la declaración de nulidad por falta de causa de un contrato simulado de compraventa de inmueble, así como la nulidad de unas pólizas de contrato mercantil de compraventa de valores y participaciones sociales. Se solicitaba también la nulidad de todos los asientos practicados en el Registro de la Propiedad y en el Registro Mercantil.

Subsidiariamente, y para el caso de que se entendiera la existencia de una subyacente donación encubierta, se solicitaba su nulidad por no concurrir los requisitos formales propios de la donación y por la ilicitud de la causa.

Finalmente, y cualquiera que fuese la pretensión atendida, se instaba la declaración de que los bienes formaban parte del caudal relicto de don Paulino.

La demanda fue admitida a trámite y la demandada contestó, oponiéndose a la misma y tomando, como argumento principal, la existencia de una “donación remuneratoria” y suplicando se desestimara la demanda en su totalidad y se le impusieran las costas a la parte demandante. No obstante, y, en clara contradicción con el argumento anterior, también sostuvo la existencia de las compraventas objeto de litigio, en virtud de las cuales se pagó parte del precio en dinero y el resto como remuneración por los cuidados y cariño facilitados.

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia fue absoluta, y la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se limitó a modificar el extremo de las costas, confirmando el resto. La sentencia recurrida entiende que hubo simulación relativa por existencia de un negocio disimulado, la donación remunera-

toria, sin declarar la nulidad de las transmisiones, pues si las compraventas no tenían causa, sí la tenían las donaciones encubiertas.

Interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por infracción de los artículos 1274, 1275, 1276, 1261.3 en relación con los artículos 619 y 622 C.civ., y por violación del artículo 633 y del artículo 1253, la sentencia se centra exclusivamente, en la alegada vulneración del art. 633 C.civ.

## COMENTARIO

**Sumario:** 1. **Importancia de la Sentencia comentada. Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007.** 2. **Líneas jurisprudenciales en relación con supuestos similares.** 3. **Opción adoptada por la Sentencia comentada en relación con el artículo 633 del Código Civil.** 4.- **Crítica a la posición de la Sentencia:** 4.1 Interpretación formalista del artículo 633 C.civ. versus interpretación finalista. 4.1.1 *El legislador quiso que la donación de inmuebles hubiera de hacerse en escritura pública.* 4.1.2 *El paso siguiente: como el legislador quiso que la donación de inmuebles hubiera de realizarse en escritura pública, esta ha de ser necesariamente de donación y la de compraventa simulada no es válida por falta de causa.* 4.2 Consecuencias de la aplicación de la tesis “literalista” 4.3 Argumento de la parte recurrida: la donación remuneratoria y la simulación relativa. 4.3.1 *donación remuneratoria.* 4.3.2 *La simulación relativa.* 5. **Conclusión.** 6. **Bibliografía.**

### 1. Importancia de la Sentencia comentada. Breve referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007

El aspecto más relevante de la sentencia que se comenta recae en la aplicación que realiza la Sala del art. 633 C.civ. Si bien es una cuestión que ya se planteó en el primer volumen de esta obra, donde MALUQUER DE MOTES, analizó la sentencia de 11-1-2007, había un motivo que, a juicio del Director de esta colección, justificaba este comentario cual es que, en este caso, la decisión adoptada por la Sala, lo fue por unanimidad sin que por tanto hubieran votos particulares como en el caso anterior.

De esta forma, la STS de 4-5-2009 da por zanjada una cuestión controvertida que ha sido, sin duda, una de las más debatidas en nuestra jurisprudencia civil y, consigue hacerlo con el voto unánime de todos los integrantes de la Sala. Lo anterior, no cabe duda, supone una mayor seguridad jurídica aunque llame la atención el hecho de que los Sres. Magistrados que emitieron un voto particular en la STS 11-1-2007, en sentido contrario a la tesis adoptada por la Sala en ese momento hayan cambiado de criterio, en aras de esa seguridad jurídica. De hecho el voto particular, que formuló el Magistrado don Jesús Corbal Fernández y al que se adhirieron los Magistrados don Xavier O’Callaghan, don Jose

Antonio Seijas Quintana y el reciente y tristemente fallecido don Vicente Luis Montés Penadés dice textualmente en el punto tercero: “Por último, y no obstante lo que se expuso anteriormente, la principal razón a que obedece este voto particular no es tanto la discrepancia en relación con un tema técnico y polémico respecto del que caben posturas disímiles, y que responden a distintas formas de afrontar una interpretación de la norma legal –literalista o flexible–, sino la inoportunidad del cambio jurisprudencial. La doctrina jurisprudencial se forma con una vocación de estabilidad y permanencia por exigirles la certeza del derecho y, consiguientemente la seguridad jurídica (...)”.

Lo cierto es que, probablemente en aras de esa estabilidad, los Magistrados que suscribieron el citado voto particular, cambiaron de criterio permitiendo que, en este caso, la decisión de la Sala fuera unánime en lo que, parece va a ser, por el momento, la nueva dirección que tome la Sala Primera del Tribunal Supremo en este asunto. Entre ambas resoluciones la Sala, aunque no en Pleno, dictó otras dos sentencias en supuestos de hecho similares que confirman dicha tendencia y que son invocadas por la Sentencia que se comenta y son las SSTS 26-2-2007 y 5-5-2008.

## **2. Líneas jurisprudenciales en relación con supuestos similares**

Distingue MALUQUER DE MOTES en su comentario a la STS de 11-1-2007, ya citado, tres tipos de soluciones adoptadas por la Jurisprudencia de la Sala Primera para supuestos de hecho similares al de la Sentencia aquí comentada:

1) Un grupo de sentencias que niega la validez de la donación de bien inmueble disimulada en una escritura de compraventa, sobre la base de que el artículo 633 C.civ., cuando exige, para su validez, escritura pública, esta ha de ser, necesariamente de donación, donde concurra, expresamente, el “animus donandi” y, en su caso –si no consta en escritura distinta– la aceptación del donatario, no valiendo por tanto, la de compraventa disimulada. El argumento básicamente esgrimido es que la donación es nula por falta de causa. Como ejemplo, aparte de la Sentencia comentada las STS 3-3-1932 (por ser la primera en este sentido), y mas recientes STS 19-11-1987, 9-5-1988, 23-9-1989, 21 enero, 29 marzo, 20 julio y 13 de diciembre 1993, 6-10-1994, 14-3-1995, 28-5-1996, 30-12-1998, 2-11-1999 y 14-12-1999.

2) Otro grupo que afirma que la postura anterior nos lleva a una interpretación excesivamente formalista del art. 633 C.civ., y admite la donación disimulada bajo la forma de escritura de compraventa. El requisito formal de que la donación de inmueble conste en escritura pública se cumple mediante el otorgamiento de la escritura de compraventa y, lo que hay, es una simulación relativa, siéndole de aplicación a la supuesta compraventa –ex art. 1276 C.civ.–

la regulación de la donación. Como representativas de esta corriente jurisprudencial, entre otras las STS 29-1-45 (por ser de las primeras), 31-5-1982, 19-11-1987, 9-5-1988, 19-11-1992, 21-1-1993, 20-7-1993, 14-5-1995, 2-11-1999.

3) Un tercer grupo, de sentencias este algo curioso, que sostiene que habrá que estar al caso concreto. Algunas de las que lo sostienen 19-11-1987, y 30-12-1998. No trataremos esta tercera opción en este comentario puesto que habría que analizar cada supuesto de hecho y no es el objeto de este trabajo.

### **3. Opción adoptada por la Sentencia comentada en relación con el artículo 633 del Código Civil**

Aunque la Sentencia, como ya hemos dicho en el punto primero de este comentario contiene mas pronunciamientos, a estos efectos, nos quedaremos con la interpretación que realiza del art. 633 C.civ.

El fallo de la Sentencia contiene entre otras, la siguiente declaración: "... el contrato de compraventa otorgado ante el Notario de Mahón don José Víctor Lanzarote Llorca en fecha ocho de agosto de de mil novecientos noventa y cuatro, constituye una simulación absoluta por falta de causa y es nulo de pleno derecho,..."

La Sala, en pleno, y por unanimidad opta por la postura que podríamos llamar "literalista", y declara nula la compraventa simulada pero también la nulidad de la donación de inmueble porque califica la simulación como absoluta, por falta de causa. La Sentencia comentada, en su Fundamento Jurídico 4º enuncia las dos soluciones mas recogidas por la Jurisprudencia, admitiendo que la Sala, había creado en el pasado, una línea jurisprudencial, que concluía que la nulidad de la compraventa por simulación de la causa, no priva "per se", de eficacia jurídica a la donación encubierta, en cuanto la auténtica voluntad negocial, disimulada bajo la apariencia de una compraventa sin precio, y encuentra su causa verdadera y lícita en la liberalidad del donante; en definitiva, una simulación relativa a la que sería de aplicación el art. 1276 C.civ.

No obstante la Sentencia termina desechando dicha postura y enuncia que la posición actual de la Sala, ha de ser la recogida en la STS de 11-1-2007 que consideró que si hubiera simulación está ha de ser calificado como simulación absoluta. De hecho, la Sentencia que se analiza copia, literalmente, los argumentos de la STS 11-1-2007. Cabe resaltar que la Sentencia admite que "Aunque se probase que hubo "animus donandi" del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación". Es decir, el argumento de la Sala y de la jurisprudencia que apoya esta postura, no dejar de ser el de "la forma por la forma" ya que, da igual que quede probado durante la sustanciación del procedimiento

la existencia de la causa porque, el único sitio donde pudo producir efectos es en la propia escritura pública que, según la interpretación hecha del art. 633 C.civ. ha de ser, necesariamente, de donación.

Como vemos, esta Sentencia, en los párrafos descritos, hace dos cosas (i) reconoce una doctrina jurisprudencial anterior, para luego abandonarla y (ii) confirma los argumentos de la STS de 11 de enero de 2007, haciéndolos suyos, aunque esta vez por unanimidad de los Magistrados que componen el Pleno de la Sala Primera (recordemos el voto particular ya mencionado de la STS 11-1-07). Finalmente el motivo fue estimado y la Sentencia, casada parcialmente, como hemos dicho, por unanimidad, confirmando el cambio de línea jurisprudencial también mantenido en las STS de 26-2-2007 y 5-5-2008, aunque estas no fueron plenas.

Cabe también resaltar de esta sentencia, y será tratado posteriormente en este análisis, la interpretación que se hace de los arts. 622 y 619 C.civ. en relación con el art.633 del mismo cuerpo legal, ya que la Sala sostiene que “La no aplicación de la forma sustancial a la donación remuneratoria no puede basarse en su tratamiento legal por la normativa de los contratos en la que impera el principio de la libertad de forma.” Adelanto que estoy de acuerdo con el planteamiento de la Sala en cuanto a las donaciones remuneratorias, ello siempre y cuando se diera por buena la interpretación que se hace del art. 633 C.civ. ya que, si no, la discusión sería probablemente estéril ante supuestos de hecho similares o coincidentes.

#### **4. Crítica a la posición de la Sentencia**

##### *4.1. Interpretación formalista del artículo 633 C.civ. versus interpretación finalista*

El voto particular de la STS 11-1-2007 define a la postura que declara la nulidad de la compraventa de inmueble que disimula una donación y, por ende, de la donación misma, como “postura literalista” y, por su parte opta por la que denomina “postura flexible”. Indica el Sr. Magistrado don Jesús Eugenio Corbal Fernández: “...discrepo de la Sentencia en cuanto declara la nulidad de la donación disimulada en escritura pública de compraventa con base en que entiende que no se cumple el requisito de constancia formal de la aceptación de la donación exigida en el art. 633 CC (...) La razón de mi discrepancia es que comparto la tesis de la interpretación flexible del art. 633 CC en el sentido de que la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los contratantes es la de otorgarse una donación, y que la tesis literalista adolece de un exceso de rigor formal.(...) y que, por otra parte, permite (la interpretación flexible), sin quebrantar ningún dogma legal, dar una respuesta satisfactoria a comportamien-

tos sociales, que, por los motivos subjetivos legítimos que sean, no quieren que su voluntad real sea conocida por terceros.”

La llamada “tesis literalista” no admite, por tanto, la donación de inmueble disimulada en escritura de compraventa toda vez que entienden, de la literalidad del precepto que la escritura ha de ser de donación y por tanto no cabe, para este supuesto la simulación relativa del art. 1276 C.civ.

#### 4.1.1. El legislador quiso que la donación de inmuebles hubiera de hacerse en escritura pública

Expone ALBALADEJO [(2006) p. 185 y ss.] algunos motivos que, a su entender (y algunos los recoge la jurisprudencia) llevaron al legislador a exigir una forma solemne para la donación, ya sea o no de inmuebles:

— *Dar certidumbre y publicidad a la donación o constancia segura al objeto o montante.* Si bien la escritura de donación disimulada en una de compraventa no da constancia de la propia donación –en caso contrario no podría ser calificada de simulación–, sí lo da del bien o montante transmitido y, aunque en virtud de compraventa, de la intención de transmitir y recibir.

— *Poner mayor traba a desprenderse de los propios bienes que si pudiese hacerse de cualquier forma.* Tiene su lógica, que el legislador establezca, para un acto de liberalidad, mayores requisitos que para un acto lucrativo; el tema, de nuevo es si la escritura disimulada no cumple con este fin.

— *Pretender que solo se done con la más madura reflexión ya que supone un acto que conlleva desprendimiento de parte del patrimonio del donante sin contraprestación alguna.* De nuevo ¿no cumple con este requisito quién, de forma consciente, no solo dona sino que, por razones que se mantienen dentro del ámbito subjetivo del donante y del donatario, decide encubrir la donación bajo la forma de una compraventa? y el donatario ¿no cumplirá con el requisito de que su aceptación conste en escritura pública cuando no solo acepta algo a título gratuito sino que está incluso dispuesto a simular la asunción de una obligación de pago?

— *Evitar el perjuicio de terceros, ya sean familiares, legitimarios, etc.* Pero es que, a todos ellos, el ordenamiento ya les da una protección adecuada. Sin animo de exhaustividad, (i) en el caso de los legitimarios que acrediten la simulación, podrán reclamar que la donación sea reducida por inoficiosa por la vía de los art. 636, 654, 655, y 819 y ss. C.civ. y (ii) en el caso de fraude de acreedores, también el C.civ. otorga la posibilidad de la acción rescisoria ex art. 1291.3. El problema, como comentaremos es que estas acciones son, obviamente mas restrictivas en cuanto a la determinación de la legitimación activa, los requisitos de procedibilidad y los plazos de prescripción. La STS 11-1-07 al final de su Fundamento de Derecho 4º recoge “Finalmente, hay que decir que el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia, por si mismo fraude a los acreedores y

legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo, si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)”. Olvida esta sentencia que, en el caso que nos ocupa también se ha de probar la simulación.

De esta manera, el art. 633 C.civ. establece la necesidad de que la donación de inmuebles se realice en escritura pública, mientras que el art. 632 exige, para la donación de bienes muebles, que se realice verbalmente pero con entrega de la cosa o por escrito si no hay entrega del bien donado, debiendo constar la aceptación de igual forma. Nótese que, mientras que para el caso de los bienes inmuebles, la validez de la donación requiere la escritura pública (que, en el caso de la compraventa, es solo una forma de “*ficta traditio*” conforme al art. 1462), en el caso de los bienes muebles no es necesaria ni la entrega para la validez, ya que bastará con que conste la donación y la aceptación correspondiente por escrito. Esto ha llevado a ALBALADEJO [(2006), p. 35 y ss.] a calificar la donación como “un contrato en el que la transmisión de lo donado al donatario se produce simultáneamente a la celebración del acuerdo si lo que se dona es un derecho que no necesita tradición para su traspaso (como si se dona un crédito), o si, aún necesiéndola, se entrega a la vez (como si se dona manualmente una cosa mueble, o una cosa inmueble, donarla en escritura pública, hace ésta de tradición instrumental)”. La discusión no es baladí, ya que la interpretación contraria [VALLET DE GOYTISOLO (1978), p. 288], conjuntamente con el lugar del Código en el que el legislador encuadró la donación –Libro III, Título II– y la interpretación del tenor literal del art. 609, pº 2º C.civ. –con el que inicia dicho Libro–: “La propiedad y demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición” propiamente la idea de que la donación no es un contrato sino un modo de adquirir, de forma tal que el art.633 C.civ., al requerir escritura, no necesariamente requiere escritura de donación sino escritura en cuanto forma de documentar una transmisión que ya tuvo lugar en el momento de la donación, dando entonces por buena, la escritura de compraventa que disimula un donación encubierta de bien inmueble.

- 4.1.2. El paso siguiente: como el legislador quiso que la donación de inmuebles hubiera de realizarse en escritura pública, ésta ha de ser necesariamente de donación, y la de compraventa simulada no es válida por falta de causa.

Es, en mi opinión una interpretación excesivamente rigurosa del art. 633 C.civ. En el ámbito de la contratación no hay sanción más drástica en nuestro sistema jurídico que la de nulidad –veremos posteriormente algún ejemplo de lo desproporcionado que puede llegar a ser el declarar nula la donación de in-

mueble encubierta en una escritura de compraventa– y coincido con la doctrina denominada “flexible” frente a la “literalista” adoptada por la Sala de manera continuada a partir de la Sentencia de 11 de enero de 2007.

Si, como indica ALBALADEJO la donación no es un modo de adquirir, sino un contrato, ¿por qué no le ha de ser de aplicación el artículo 1276 C.civ.? Enuncia la postura “literalista” que la escritura requerida por el artículo 633 C.civ. habrá de ser de donación, pues una escritura de compraventa que disimule una donación será nula por ausencia de causa, esto es, una simulación absoluta. La solución propuesta consiste en decir que, como la escritura no es de donación, no puede hacerse en ella mención de la *causa donandi* que anima el consentimiento de donante y la aceptación del donatario. Es decir, si se expresa una causa falsa en la escritura porque ésta lo es de compraventa, la transmisión se ha hecho sin causa alguna o, mejor dicho, nunca tuvo lugar.

Lo curioso de la argumentación es que la propia sentencia da por acreditado que existió causa, aun cuando la misma no se recogió en la escritura –en el Fundamento de Derecho 2º se refiere al Fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, que da por probado que “...*los negocios jurídicos objeto de este proceso son nulos como compraventas aunque encubren donaciones remuneratorias válidas...*”– y, según expresa la Sentencia, una vez acreditada la simulación y de conformidad con lo solicitado por la parte demandante en su escrito de demanda, dicha simulación es absoluta”. Digo que es curioso porque los pasos son los siguientes: 1º en principio, se transmitió un bien inmueble; 2º el título por el que se preparó la transmisión fue un contrato de compraventa, y el modo de adquirir que la trató de lograr fue la escritura pública; 3º lo que de verdad quiso el “*tradens*” –vendedor– fue donar y lo que quiso el “*accipiens*” fue aceptar la donación; 4º como la escritura de compraventa no refleja el *animus donandi*, es decir el consentimiento expreso del donante de donar y el del donatario de aceptar la donación, ésta es nula.

Lo que subyace en realidad según todo ello no es una cuestión de consentimiento en donar (expresado o no en la escritura), sino de nulidad por falta de causa, ya que la causa verdadera no concurrió en el documento público. No deja de ser llamativo que para declarar que la donación era nula por falta de causa, se dé por acreditado, previamente, que la escritura de compraventa lo fue, en realidad de donación encubierta y que, lo que de verdad quisieron las partes fue donar (en este caso a través de una donación remuneratoria) y aceptar la donación respectivamente, pero que la donación es nula porque no lo dijeron así en la escritura y, por tanto, no se cumplieron los requisitos formales del art. 633 C.civ.

Siguiendo con los argumentos de la Sala, si concluyéramos que en el caso de donación de bien inmueble que se encubre mediante escritura de compraventa, la falta de expresión en ésta del *animus donandi* y de la aceptación invalida también la transmisión gratuita, y habiendo dado por bueno que la donación es un contrato solemne, ¿qué ocurriría si la simulación se hubiera

producido en el marco de un negocio jurídico cuyo objeto fuera un bien mueble? ¿No estaríamos ante el mismo supuesto, o acaso la entrega en mano de la cosa supuestamente vendida validaría la donación encubierta? El problema es que, de seguir los argumentos de la Sala, en el supuesto del bien mueble deberíamos pasar por la misma solución, ya que, si la entrega de la cosa mueble, al amparo de lo establecido en el art. 632, p<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> C.civ. hiciera buena la donación encubierta por un contrato privado de compraventa, ¿no sería esta, precisamente, la función que cumpliría la escritura pública de compraventa que encubría la donación (esto es, transmitir el bien)?

No deja de ser curioso que, como ya hemos comentado, el Código exija en el art. 632, como requisito de validez de la donación de bien mueble, la entrega de la cosa —o, en su defecto, la constancia de la donación en documento privado y la posterior entrega o puesta a disposición— mientras que para el caso del bien inmueble sea necesaria la escritura. Hemos dicho que, uno de las razones por la que el legislador debió querer que la forma fuera imprescindible sea la de que el donante pueda meditar con carácter previo a la donación. Pero ¿alguien puede imaginarse que el legislador quisiera que para donar un pequeño terreno de secano, sin apenas valor, o una casa en ruinas en un pueblo, sea requisito de validez que la escritura por la que se transmite sea la de donación y no otra y, sin embargo si el objeto donado es un cuadro de Velázquez o Picasso, un diamante baste con la entrega? Se me podrá decir que, en el momento de la redacción del Código, cuando el ciudadano de a pie pensaba en un bien mueble, no estaba pensando en joyas ni en cuadros de pintores importantes y, sin embargo, para él, el bien inmueble era una casa que era a lo que la mayoría de los mortales aspiraban. Pero, aun con eso, si lo que el legislador pretendió fue proteger al donante frente a su propio ímpetu desmesuradamente generoso, ¿por qué no obliga el art. 632 C.civ. a que, en cualquier caso la donación de bien mueble, al menos, se documente por escrito o incluso, que hubiera sido requisito de validez el documento privado para la donación de bienes muebles con valor superior a determinada cifra? [ello, al estilo de lo que ocurre, bien es verdad que no como condición o requisito de validez, con esa constancia escrita a que se refiere el art. 1280 C.civ. en su último párrafo cuando la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas].

#### *4.2. Consecuencias de la aplicación de la postura “literalista”*

Como también hemos dicho antes, admitir la postura literalista tiene como consecuencia que el posible cuestionamiento de una compraventa de inmueble que simulara una donación encubierta se hace mucho más sencillo por varios motivos.

— En cuanto a la legitimación activa para impugnar la donación (i) si la consecuencia es que la simulación, se pruebe o no que hay una causa lícita y verda-

dera, habrá de ser catalogada como simulación absoluta y la sanción correspondiente es la de nulidad, cualquier persona con un interés legítimo podría invocarla, en contraposición a la limitación del art. 655 C.civ., que establece que solo podrán solicitar la reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos o causahabientes o de lo que sucede con la rescisión por fraude, donde solamente puede intentar provocar la ineficacia del negocio el acreedor defraudado.

— En cuanto a los plazos de prescripción, la acción para invocar la nulidad radical —no la *falsa nulidad* del 1301 C.civ. que, como es admitido por todos y pese a la literalidad de la norma, es en realidad *anulabilidad*— no prescribe en lo que se refiere a la declaración en sí, aunque sí lo hace la pretensión restitutoria. Puede intentarse la declaración en cualquier tiempo, pero la nulidad solamente tendrá consecuencias restitutorias si no han transcurrido los quince años propios de toda acción personal que no tenga plazo específico de prescripción (art. 1964). Así se admite comúnmente, a pesar de que el Código civil español no contenga una norma tan precisa como el italiano cuyo art. 1422 establece que la acción para declarar la nulidad no se encuentra sujeta a prescripción, “salvi gli effetti dell’usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione”.

Pero también esta postura “literalista” puede traer consecuencias no queridas como el ejemplo que plantea YZQUIERDO TOLSADA (p. 194 y ss.) al analizar la usucapión que trae causa de un título nulo: el Tribunal Supremo ha “...declarado con insistencia que cuando en una donación de inmuebles falta el requisito esencial de la forma en documento público, no es invocable tampoco la usucapión treintenar, por faltar la posesión en concepto de dueño”. Esta postura del Tribunal Supremo nos lleva a situaciones tan curiosas como la siguiente: (i) vamos a dar por bueno, como punto de partida, el argumento de la Sentencia comentada de que la donación de inmueble simulada en escritura pública de compraventa, es también nula. En este caso, el Tribunal Supremo ha dicho en no pocas ocasiones que no habría posibilidad de usucapir, ni siquiera transcurrido el plazo para hacerlo por la vía de la usucapión extraordinaria o treintenar, ya que no se habría estado poseyendo en concepto de dueño (por todas, las SSTs de 13-5-1963, 25-6-1966 o 27-9-1989). (ii) ahora pensemos en el caso del llamado “*okupa*”, pero de un *okupa civilizado*, que poseyó en concepto de dueño ese inmueble que entró a poseer subrepticamente, y que lo hizo durante treinta años, pero pagando religiosamente los recibos de comunidad, el IBI, asistiendo a las juntas de propietarios, etc. Resulta que ése sí podría invocar la usucapión extraordinaria. ¿De verdad alguien piensa que el ordenamiento quiso proteger mejor al “*okupa*” que al donatario cuya donación fue encubierta en una escritura de compraventa?

Y todo ello, sin necesidad de entrar en las consecuencias tributarias de la tesis mantenida por el Tribunal Supremo: ¿si la falsa compraventa tributó por la vía del impuesto de transmisiones patrimoniales, habrá que interesar, no ya la tributación por impuesto de donaciones sino una devolución de ingresos indebidos?

#### 4.3. *Argumento de la parte recurrida: la donación remuneratoria y la simulación relativa*

A los efectos que nos ocupan, consideraremos, de manera exclusiva, los argumentos vertidos por la parte recurrida en lo que se refiere al único motivo estimado en el recurso de casación que motiva la sentencia que se analiza.

##### 4.3.1. Donaciones remuneratorias

La parte demandada, en este caso recurrida en casación, sostuvo, a lo largo del proceso, la validez de las compraventas (compraventas, e insisto en el plural, pues como se ha dicho, también se impugnaron el demandante y recurrente ciertas compraventas de acciones y participaciones sociales, algo que no es el objeto de este comentario, ya que como bien dice la sentencia, el art. 633 C.civ. tan solo trata de la donación de bienes inmuebles, y el único motivo de casación estimado es el que se refiere a la infracción de éste), considerando que el precio se correspondía con parte del valor de los bienes (muebles e inmueble) y el resto del valor se dio en concepto de remuneración por servicios prestados.

El art. 622 C.civ. establece: “*Las donaciones con causa onerosa se regirán por las deudas de los contratos, y las remuneratorias por las disposiciones del presente título en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto*”. Por su parte las donaciones remuneratorias, son definidas como tales donaciones en el art. 619 C.civ. Hay quién se apoya en la redacción del art. 622 –incluyendo la propia Sala Tribunal Supremo en otras ocasiones– para sostener que, siéndole de aplicación a estas donaciones las reglas de los contratos, regirá el principio de libertad de forma recogido en el art. 1278 C.civ. Así lo dice la STS de 28-5-1996: “...siendo exacto el contenido de la jurisprudencia citada, que ha permitido en bastantes ocasiones admitir una donación bajo la forma de compraventa, ello ha sido generalmente en supuestos de donaciones remuneratorias, pro en las puras y simples.”

En este sentido ALBALADEJO GARCÍA (pp. 285 y ss.) sostiene: “Presupuesto que la escritura de venta no sirve de forma a la donación, esta debe ser nula por la parte puramente liberal, porque no guarda la forma, y vale por la parte remuneratoria, no porque se estime, ficticiamente que en la parte remuneratoria si guarda la forma, o que ésta se *suaviza* en esa parte, sino simplemente porque, aun no valiendo la escritura de venta como forma de la donación oculta, sin embargo, en su parte remuneratoria, la donación no necesita forma”.

Sin embargo, la Sala desecha este planteamiento y mantiene que no tendría sentido liberar a aquellas donaciones que tengan el carácter de remuneratorias del requisito de forma –que en caso de que el bien donado sea un bien inmueble es la escritura pública– sobre la base del texto del art. 622 C.civ. El argumento propuesto por la Sala es que la tesis contraria confunde la donación remuneratoria con la donación modal. No es aquella sino ésta la que impone

un gravamen al donatario, mientras que la donación remuneratoria *paga* servicios ya prestados que no representen deudas exigibles. A mayor abundamiento, la Sentencia sostiene acertadamente que el art. 633 C.civ., cuando requiere escritura pública, no distingue entre unas donaciones de un tipo o de otro.

En mi opinión, supuesto que la interpretación que realiza el Tribunal Supremo del art. 633 C.civ. fuera la correcta, acierta la Sentencia al decir que “esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria”. Creo acertados los dos razonamientos expuestos en la sentencia que justifican esta afirmación, pues, por una parte, el art. 633 C.civ. no distingue, pero es que de entenderse lo contrario, se estaría confundiendo la donación modal con la remuneratoria.

#### 4.3.2. La simulación relativa

El otro argumento usado por la parte recurrida –por cierto, como bien dice la Sentencia, contradictorio con el de defender la validez de las compraventas– es el de que, lo que en realidad quiso el vendedor, fue donar a la compradora los bienes “supuestamente vendidos”. Siendo esto así, en la escritura de compraventa no concurrió verdadera causa sino una causa falsa. El Código Civil regula la expresión de una causa falsa en los arts. 1275 y 1276. Si bien el Código habla de “causa falsa”, esto es lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “simulación”. La simulación puede ser “simulación absoluta” o “simulación relativa”. El Tribunal Supremo las ha definido –valga por todas la STS de 29-3-1993 (Fundamento de Derecho 2º–: “...se puede distinguir una dualidad o simulación absoluta, cuando el propósito negocial *inexiste* por completo por carencia de causa –*qur debetur aut qur pactetur*– y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado” \*. El Código, fiel a la teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el mas general y operativo en la práctica, en la que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*) y que configura la llamada simulación absoluta, y el otro, aquel en que la declaración representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet substantiam alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulada o, simplemente, simulación relativa”.

---

\* Debo reconocer que la forma verbal “inexiste” no la había leído nunca. Consultado un Catedrático de latín, me informa de que “*qur*” es un arcaísmo que solamente se encuentra en Plauto, y que es la partícula antecesora de la causal “*cur*”. Luego lo de “*qur debetur aut qur pactetur*”, o en realidad es “*quod debetur aut quod pactetur*” –que sería la manera de decir, con barroco cultismo, que no vale la transmisión, ni la realmente comprometida ni la pactada aparentemente o manifestada–, o es literalmente ininteligible. He descubierto que la fórmula se encuentra solamente en ocho sentencias del Tribunal Supremo, pero las ocho tienen como Ponente al mismo Magistrado: don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

La simulación, cuando afecta al tipo negocial, supone una discrepancia entre el tipo de contrato que las partes quisieron celebrar y el que dijeron querer. En este caso las partes dijeron querer comprar y vender cuando, lo que de verdad quisieron fue donar y aceptar la donación.

La Sentencia considera que, puesto que la escritura lo fue de compraventa y no de donación: “(...) El artículo 633 del Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquellos”

Aunque no la define como tal, de forma expresa, la sentencia califica el negocio jurídico como “totalmente simulado” (o “nuda simulatio”, por falta de causa) por lo que, la consecuencia lógica es la nulidad. La sentencia no permite extraer la donación de la escritura de compraventa. El caso es que, si se hubiese probado a lo largo del procedimiento que se simuló la compraventa para ocultar una donación ¿no tendría mas sentido haber aplicado a dicha compraventa la regulación de la donación y aplicar el art. 1276 C.civ.?

Esta sería la consecuencia de que la simulación hubiese sido calificada como relativa y no como absoluta como entiende la Sentencia. El hecho es que aunque, para que la simulación sea considerada como absoluta, ha de haber ausencia de causa o ser esta ilícita por ser contraria a las leyes o a la moral y, ¿si se hubiese probado el *animus donandi* y la aceptación subyacente a la compraventa simulada? En ese caso, si que existiría causa pero, siguiendo el argumento del Tribunal sería ilícita por contravenir el art. 633 C.civ. ya que no figuraba expresamente en este documento público. Siguiendo a YZQUIERDO TOLSADA (p. 153), “a mí me parece que la donación intervivos es un contrato, pero que no precisa, como la compraventa, de tradición para consumir el efecto atributivo, sino que ella en sí misma es a la vez contrato y tradición. Por ello, si nos fijamos en el aspecto puramente traditorio, la donación inmobiliaria camuflada en escritura pública de compraventa vale como donación”. En este sentido GIMÉNEZ DUART (1988, p. 350, nota 19): “la esencia del negocio jurídico (la transferencia) consta en documento público y es indubitada la voluntad del *tradens* de transmitir y la del *accipiens* de recibir. Que la causa haya sido “mentida” determinará la aplicación de las disposiciones generales de las obligaciones y contratos (art. 621), es decir, la norma general sobre la interpretación no es mas que la prevalencia de la forma por la forma, sin consideración alguna a la *ratio* del artículo 633, que no puede ser otra que evitar la incertidumbre acerca de la realidad de la donación (ya que al no haber mediado un pago es mucho

mas problemático probar si ya se ha donado o no) y, sobre todo obligar al donante a una decisión mas meditada en torno al empobrecimiento que su patrimonio va a sufrir.”

En la línea de los dos autores citados, creo que los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo y la nueva línea jurisprudencial que la Sala en pleno ha generado en estas últimas sentencias no son los más convincentes, y que debería haber mantenido la línea anterior, en el sentido de que, caso de que se pruebe la simulación de la donación, ésta debería ser calificada como simulación relativa y por tanto la transmisión debería ser considerada válida en su modalidad gratuita y con todas las consecuencias propias de la misma.

## 5. Conclusión

La sentencia comentada opta por la tesis denominada “literalista”. La Sala, reunida en sesión plenaria y por unanimidad, decide con los mismos argumentos que los ya usados en la Sentencia de 11-1-2007. En esta ocasión no existe un voto particular como existió en la citada sentencia, lo que, sin duda inspira una mayor seguridad al justiciable, aunque sorprende el giro dado por aquellos Magistrados (como ya hemos dicho no todos) que firmaron el voto particular y que ahora han decidido cambiar de criterio.

En virtud de la tesis adoptada por la Sala, la escritura de compraventa de bien inmueble que simula una donación es nula, tanto por lo que se refiere a la compraventa aparente como por lo que se refiere a la donación encubierta y disimulada. Para la validez de la donación de inmueble, el art. 633 Cciv. exige que la misma se realice en escritura pública y ésta ha de ser, necesariamente de donación, so pena de que, no constando el consentimiento de donante y donatario ni el *animus donandi* y la intención de aceptar la donación, ésta, a pesar de que se acredite que era el negocio jurídico subyacente, ha de ser declarada nula por no concurrir la causa donde debía hacerlo, en la escritura. Se manifiestan los sentimientos propios de una inexistente compraventa, en fin, pero una vez retirado el velo que la cubría, tampoco hay debajo nada que merezca atención para el Derecho, ya sea porque se acude a la simulación absoluta, ya porque se pone el énfasis en la inexistencia de causa, o ya porque se ha de exigir que la *causa donandi* se exprese en una forma concreta. Se escoja el camino que se escoja, el punto de llegada será siempre, a juicio del Tribunal Supremo, la nulidad radical. Gráfico el símil de DÍAZ ALABART (1980, p.p. 1108 y 1109): “admitir la validez de una tal donación oculta porque haya una forma en la que se encierra otro contrato, sería como considerar que cumple su deber de ir de uniforme quién, debiendo llevarlo puesto, se presentó de paisano con un maniquí uniformado”.

En mi opinión, de acreditarse que existe simulación, ésta ha de ser considerada como simulación relativa. O lo que es lo mismo, debería ser válida la do-

nación porque (i) el requisito de la escritura lo cumple la escritura de compra-venta; (ii) nuestro ordenamiento ya establece otros mecanismos para regular las consecuencias de la simulación relativa, y medios de protección para acreedores (acción de rescisión) y legitimarios (acción de reducción de donaciones inoficiosas), (iii) considerar lo contrario hace caer en una interpretación sostenida en el principio de “forma por la forma”, en lugar de en el principio de conservación del negocio jurídico que, sin duda, garantiza una mayor seguridad jurídica. Lo cierto es que, a mi modo de ver, la sanción impuesta por la tesis literalista, de nulidad de ambos negocios jurídicos casi nos hace pensar si no será, una vez más consecuencia del paternalismo con el que se continúan cuidando las legítimas en nuestro Derecho. Parece curioso que una parte importante de los asuntos que llegan al Supremo, así sucede, desde luego, con los que he analizado para este trabajo, tengan su origen en demandas iniciadas por herederos legitimarios de quién dijo vender pero que en realidad quería donar.

## 6. Bibliografía

- ALBALADEJO GARCÍA M., *La donación*, Fundación Registral, Colegio de Registradores y Mercantiles de España, Madrid, 2006.
- DÍAZ ALABART, S., “La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública”, en *Revista de Derecho Privado*, 1980, pp. 1101 y ss.
- GIMÉNEZ DUART T., “La adquisición y disposición de gananciales por un solo cónyuge”, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. 28, 1988, pp. 233-364.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, C. J., “Exigencias formales en la donación disimulada”, en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil) (Volumen I 2005-2007)*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2008.
- VALLET DE GOYTISOLO J. B. *Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Estudios sobre donaciones*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1978.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 1997.