

RESOLUCIONES COMENTADAS

POR ISABEL DE LA IGLESIA MONJE y MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

DONACION. ANULACION DE CONTRATO.—NO ES INSCRIBIBLE LA ESCRITURA POR LA QUE SE DEJA SIN EFECTO UN CONTRATO DE DONACION QUE LAS PARTES HABIAN CELEBRADO PREVIAMENTE, RECUPERANDO EL ORIGINARIO DONANTE LA PROPIEDAD DE LA FINCA DONADA, DE LA CUAL HACE ENTREGA EN ESTE ACTO LA DONATARIA. ES PRECISO QUE SE FORMALICE UN NUEVO NEGOCIO QUE CUMPLA TODOS LOS REQUISITOS LEGALES PARA SU VALIDEZ Y EFICACIA. (RESOLUCIÓN DE 24 DE MAYO DE 2002. BOE DE 9 DE JULIO DE 2002.)

RESOLUCION de 24 de mayo, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Marbella, don Alvaro E. Rodríguez Espinosa, contra la negativa de la señora Registradora de la Propiedad, número 4, de dicha ciudad, doña Nieves Ozámiz Fortis, a inscribir una escritura de resolución de contrato en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. Por escritura otorgada el 2 de marzo de 1998, ante el Notario de Marbella, don Alvaro E. Rodríguez Espinosa, don Francisco A. F. y doña Carmen G. A. dejan sin efecto la donación formalizada el 10 de abril de 1991, ante el Notario de Estepona, don Manuel Serrano Pérez, referida a la finca registral número 9.857, del Registro de la Propiedad número 4 de Marbella.

En dicha escritura, que se califica como «Resolución de Contrato», en su estipulación primera se establece que: «Los comparecientes dejan sin efecto el contrato de donación, descrito en el expositivo primero de esta escritura. En consecuencia, don Francisco A. F. recupera la propiedad de la finca descrita, de la que le hace entrega en este acto, doña Carmen G. A... Segundo. D. Francisco A. F. entrega a doña Carmen G. A., en concepto de reintegro de todos los gastos ocasionados con motivo de la donación realizada en su día la cantidad de seiscientos mil pesetas».

La cantidad señalada se aplaza en parte y su pago faculta a la donataria para, a su elección, exigir el pago total u obtener resolución de contrato en concepto de cláusula penal.

II. Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 4, de Marbella, fue calificada con la siguiente nota:

«Calificado el precedente documento, que se presentó el día siguiente de este mes, tras examinar los antecedentes del Registro, se deniega la inscripción solicitada por el defecto insubsanable de que la donación no puede “dejarse sin efecto”, por el mero acuerdo de las partes, regulándose esta materia en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, y conforme al principio general que establece el artículo 1.255 del mismo cuerpo legal. Esta nota se extiende al amparo de lo previsto en el artículo 429 del Reglamento Hipotecario, y contra ella puede interponerse los recursos regulados en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y concordantes. Marbella, a 10 de junio de 1999. La Registradora. Fdo.: Nieves Ozámiz Fortis».

III. El Notario autorizante de la escritura, don Alvaro E. Rodríguez Espinosa, interpuso recurso gubernativo contra la anterior nota y alegó: Que la nota de calificación hace referencia a una revocación unilateral de donación,

regulada en los artículos 644 y siguientes del Código Civil, cuando la escritura presentada no contiene una revocación unilateral, sino una resolución de donación de carácter bilateral, constando en la misma el consentimiento del donante y donatario. Que, en cualquier caso, se califique la donación como acto jurídico o contrato, la remisión a las normas de los contratos, contenida en el artículo 621 del Código Civil, es clara. Que las donaciones entre vivos, como todo contrato, son irrevocables, pero no se opone a esta irrevocabilidad la posibilidad de quedar sin efecto por voluntad expresa de las partes (arts. 1.091 y 1.255 del Código Civil). Que en todo caso se trataría de un contrato innominado, atípico, válido, siempre que no atentara a la ley u orden público.

IV. La Registradora, en su informe de defensa de la nota, argumentó lo siguiente: Que, según el artículo 609 del Código Civil, la donación es un modo de adquirir el dominio, y este efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura de donación (art. 633 en relación con el art. 1.426 del Código Civil y con el art. 38 de la Ley Hipotecaria). Que es la ley la que establece los modos de adquirir el dominio, de modo que, las partes que no puedan crear la vía o forma de extinción del derecho de propiedad, y no existe previsión legal que admita la extinción del derecho de propiedad, por quien válidamente lo ha adquirido, por el simple acuerdo retroactivo con quien se lo transmitió, es decir, la donación consumada sólo puede quedar sin efecto mediante la revocación en la forma y casos legalmente previstos. En los demás casos, si el donatario quiere retransmitir al donante habrán de recurrir a alguna de las formas legalmente establecidas para la transmisión del dominio: Donación, sucesión *mortis causa*, etc. Que no cabe discusión alguna sobre la aplicabilidad a las donaciones *intervivos* de la normativa general sobre obligaciones y contratos, pero la libertad de pactos tiene las limitaciones que impone el artículo 1.255 del Código Civil, y el contrato consumado es indisponible para las partes que en él intervinieron. Que es posible llevar a cabo una extinción convenida de la anterior relación contractual, que ha sido válida en todo momento, a través del mutuo disenso, el cual es nuevo contrato, y deberá reunir los requisitos de capacidad, objeto, causa y forma necesarios para la validez del contrato, además fiscalmente, de conformidad con los artículos 60-5 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y 81-5 de su Reglamento, resulta que no sólo da lugar a la devolución del impuesto, sino que se considera como un acto nuevo sujeto a tributación.

V. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla desestimó el recurso interpuesto, confirmando la nota de la Registradora.

VI. El Notario apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones, añadiendo que en nuestro Ordenamiento Jurídico se da un trato permisivo a la resolución de las obligaciones y contratos por mutuo acuerdo de las partes (arts. 480, 1.504, 1.506 y 1.124; Resoluciones de 27 y 29 de diciembre de 1973, entre otras) y, en todo caso, la escritura contiene todos los elementos esenciales para la mutación del dominio.

Fundamentos de Derecho.—Vistos los artículos 609, 1.281, 1.284, 1.285 y 1.295 del Código Civil.

1. Se debate en el presente recurso sobre la inscripción de un negocio por el que los otorgantes «dejan sin efecto un contrato de donación» que habían

celebrado previamente, recuperando el originario donante la propiedad de la finca donada, de la que «le hace entrega en este acto, la en su día, donataria», obligándose aquél «a reintegrar a ésta todos los gastos ocasionados con motivo de la donación realizada en su día», reintegro que se aplaza en parte y cuyo impago faculta a la donataria «para, a su elección, elegir el pago total u obtener la resolución del contrato en concepto de cláusula penal».

El Registrador deniega la inscripción porque «la donación no puede dejarse sin efecto por el previo acuerdo de las partes».

2. Ciertamente lleva razón el Registrador cuando afirma que perfeccionada la donación produciría sus efectos, entre ellos, la transmisión del dominio de la casa donada a favor del donatario (cfr. 609 del Código Civil), y que los otorgantes no pueden después convenir con alcance *erga omnes* que dichos efectos se tengan por no producidos. Mas nada obsta que aquéllos, mediante un nuevo negocio que cumpla todas las exigencias legales para su validez y eficacia (cfr. 1.295, 609 del Código Civil), puedan provocar el restablecimiento de la titularidad preexistente sin perjuicio de las consecuencias jurídicas operadas en la fase intermedia (o, incluso convenir que en el ámbito restringido de las relaciones personales entre ellos se opere como si la donación no hubiera llegado a existir). Y esto es lo que parece ocurrir en el caso debatido, pues al estipular que el donante «recupera la propiedad», que el donatario «entrega en este acto la cosa», que aquél se obliga al reintegro de gastos realizados por éste, etc., están pretendiendo el restablecimiento de la situación anterior, y en este sentido debe entenderse la expresión «dejan sin efecto», sin que su literalidad sea determinante, en detrimento de la voluntad inequívoca reflejada en el total negocio documentado (cfr. art. 1.281 del Código Civil), de la valoración global de sus cláusulas (cfr. 1.285 del Código Civil) y de su inteligencia en el sentido más adecuado para que produzca efectos (cfr. 1.284 del Código Civil).

Fallo.—Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar el auto apelado.

Madrid, 24 de mayo de 2002.—La Directora General, Ana López-Monís Gallego.

Excmo. Señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

COMENTARIO

La doctrina de la Resolución objeto de comentario se centra en que «aunque una vez perfeccionada la donación produciría sus efectos, entre ellos, la transmisión del dominio de la casa donada a favor del donatario y aunque los otorgantes no pueden después convenir con alcance *erga omnes* que dichos efectos se tengan por no producidos, nada obsta que las partes, mediante un nuevo negocio que cumpla todas las exigencias legales para su validez y eficacia puedan provocar el restablecimiento de la titularidad preexistente, sin perjuicio de las consecuencias jurídicas operadas en la fase intermedia (o, incluso convenir que en el ámbito restringido de las relaciones personales entre ellos, se opere como si la donación no hubiera llegado a existir)».

Así pues, de la presente Resolución consideramos que son objeto de interesante y justificado análisis, los siguientes puntos:

- I. Naturaleza de la donación.
- II. Carácter traslativo de la donación y consumación o perfeccionamiento de la misma. Efectos de la donación.
- III. ¿Estamos ante una revocación de la donación o una resolución de carácter bilateral?

Antes de entrar a examinar la primera cuestión **apuntada**, cabe recordar que la *donación* no aparece regulada en el Libro IV del Código Civil, sino en el Título II del Libro III, que trata «de los diferentes modos de adquirir la propiedad», lo cual es coherente con lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, precepto que afirma que la propiedad y demás derechos reales se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición (*).

En cuanto a la naturaleza de la donación cabe señalar que, en principio, se produce un distanciamiento entre la donación y los demás contratos, que también se reitera en el artículo 618 del Código Civil, el cual nos pone de manifiesto el *concepto de donación*:

La donación es un acto (no un contrato) de liberalidad (que implica empobrecimiento del donante, cualquiera que sea el motivo determinante de la misma) por el cual una persona dispone gratuitamente (sin contraprestación) de una cosa a favor de otra que la acepta (pues nadie está obligado a enriquecerse recibiendo de su patrimonio bienes que no quiera).

Distancia que se acorta en los supuestos de donación *inter vivos*, si se tienen en cuenta las palabras del artículo 621 del Código Civil, que afirma que las donaciones que hayan de producir efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este capítulo. En la misma línea el artículo 1.274, hablando de la causa de los contratos, distingue entre contratos onerosos, remuneratorios y de pura beneficencia.

En cuanto al segundo de los aspectos objeto de examen:

La donación es traslativa, acto o negocio de disposición en el que la declaración de voluntad del donante es inseparable de la *datio* como hecho, modo de adquirir, y con perfiles propios.

El artículo 629 del Código Civil establece que la donación no obliga al donante ni produce efecto, sino desde la aceptación. Aunque previamente el artículo 623 había dicho que la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del destinatario. La doctrina entiende que ambos preceptos contemplan supuestos distintos, el 629 está pensado para la donación entre presentes, con aceptación inmediatamente hecha y conocida al tiempo por el destinatario, mientras que el artículo 623 del Código Civil está pensado para la donación entre ausentes en la que medie un intervalo entre la emisión de la aceptación y su conocimiento por el donante.

(*) LASARTE ALVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, T. III. Contratos, Trivium, Madrid; DIEZ PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho Civil*, T. 1, vol. 2.º Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Tecnos, Madrid, y ROGEL, C., *Derecho Civil III*, Madrid, 2001.

Así en ambos casos, *la donación se perfecciona, obliga al donante y produce efectos desde que éste conoce la aceptación del donatario.*

En todo caso, artículo 630, el donatario *debe aceptar*, so pena de nulidad, la donación por sí o por medio de persona autorizada con poder especial o con poder general y bastante.

El efecto normal de la donación sea la adquisición por el donatario de la *propiedad* o derecho transmitido.

En cuanto al tercer punto objeto de análisis:

No olvidemos la posibilidad de que la donación *inter vivos* perfecta es revocable por una serie de causas tasadas: supervivencia o superviniencia de hijos, incumplimiento de cargas impuestas al donatario, ingratitud del donatario.

En cuanto a la resolución del contrato, sólo añadir que éste supone el acuerdo de voluntades, por el cual dos partes se vinculan, obligándose a conservar determinado comportamiento y atribuyéndose el derecho de exigirse la observancia de determinada conducta.

El sustrato elemental del contrato se encuentra en la voluntad de obligarse manifestada por los contratantes. De ahí precisamente que aunque el Código Civil no lo mencione, los contratantes pueden realizar un nuevo contrato encaminado a privar de efectos al primeramente realizado. Este nuevo contrato se conoce por *mutuo disenso*. Denominado así porque los contratantes están de acuerdo con el contrato inicialmente existente, esto es, están de acuerdo en romper el consenso inicialmente consentido.

Por tratarse de un nuevo contrato han de darse los requisitos necesarios para privar de eficacia a una relación obligatoria preexistente, y además contar con los necesarios de la relación inicial como puede ser la forma.

Puede ocurrir que el mutuo disenso no se plasme en un contrato cuya finalidad sea la de extinguir la relación preexistente, sino que vaya implícito en un nuevo contrato entre las partes que establezca una nueva relación entre ellas y que resulte incompatible con la vinculación anterior, y esto es lo que parece que ocurre en la Resolución objeto de comentario.

Son susceptibles de extinguirse por mutuo disenso cualquier relación ya se haya comenzado o no, sea duradera o instantánea. Los efectos del mutuo disenso serán los pactados. Pero si el disenso afecta a una relación obligatoria instantánea aún no ejecutada, sus efectos se limitarán a suponer la mera extinción de las obligaciones generadas por el contrato inicial. Si el disenso afecta a una relación duradera que ha venido siendo cumplida por las partes, se plantearán los oportunos problemas para determinar si la desvinculación tiene efectos retroactivos, si han de efectuarse reintegros liquidatorios, si nacen obligaciones de restitución...

En cada caso el alcance y las consecuencias del mutuo disenso habrán de precisarse a la vista de lo pactado.

Artículo 1.255 y Resolución:

El artículo 1.255 del Código Civil establece que el sujeto tiene autonomía de voluntad, es decir, puede celebrarlo o no, y también al celebrarlo puede regular sus relaciones jurídicas como desee. «*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*».

Una vez respetados los límites institucionales de la autonomía privada, el contenido de los contratos depende en exclusiva de la propia voluntad de las partes, quienes pueden dotar al entramado de derechos y obligaciones generados por el contrato el alcance deseado.

La autonomía privada no puede ser contemplada al margen del ordenamiento jurídico que, por cierto, le protege y ampara, sino que, a su vez, se le *limita*, siendo imposible atentar contra las normas imperativas existentes en él, las cuales dimanarían del orden público, la moral y la buena fe. Sin embargo, la generalidad de las normas legales referentes al contrato tienen carácter *dispositivo*, y, por consiguiente, son disponibles y sustituibles por las partes.

Por otro lado, la autonomía de la voluntad no se sustenta únicamente en el acuerdo de la voluntad de las partes, sino que no hay que olvidar el *sustrato* económico del contrato y en particular la nota de *patrimonialidad*.

La eficacia del contrato y su relatividad:

En base al artículo 1.258 del Código Civil, los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a todas las consecuencias según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Esto implica que, en principio, debe respetarse y observarse el contrato. Pero sobre todo, al ser el contrato un acto que genera una relación jurídica entre las partes, esto es, un conjunto de derecho y obligaciones que deben ser cumplidos y que determinan la eficacia del contrato.

En base al juego de autonomía privada y del artículo 1.257-1.º del Código Civil, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en el caso de aquellos derechos y obligaciones que no sean transmisibles, por su naturaleza, por pacto expreso, o por la ley.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

HIPOTECA. DIVISION Y MODIFICACION DE CREDITO HIPOTECARIO.— POSIBILIDAD DE DIVISION DE LA HIPOTECA QUE LO GARANTIZA POR ACUERDO ENTRE ACREEDOR Y DEUDOR, CON BASE EN LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES. (RESOLUCIÓN DE 8 DE ABRIL DE 2002. BOE DE 30 DE MAYO DE 2002.)

RESOLUCION de 8 de abril de 2002, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Barcelona, don Rafael Herrero de las Heras, contra la negativa del Registrador de la Propiedad de Mollet del Vallés, don Javier Madurga Rivera, a inscribir una escritura de división y modificación de préstamo con garantía hipotecaria en virtud de apelación del recurrente.

Hechos.—I. En escritura otorgada el 30 de enero de 1996, los cónyuges don Amador R. M. y doña María S. A., constituyeron a favor de la entidad «Banca Catalana, Sociedad Anónima», y sobre un inmueble de su propiedad, una hipoteca en garantía de préstamo de 6.300.000 pesetas, quedando respondiendo la finca hipotecada de dicha cantidad, de tres anualidades de intereses remuneratorios hasta un máximo de 1.587.600 pesetas y de 630.000 pesetas