

Adquisición de inmuebles por donación

SUMARIO: I. LA DONACIÓN COMO ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: 1. LA DONACIÓN COMO CONTRATO: 1.1. *Donación obligacional*: a) Derecho romano. b) Derecho común **español**.—1.2. *Donación liberatoria*.—2. LA DONACIÓN COMO ACTO DE DISPOSICIÓN: 2.1. *La situación de pendencia*. 2.2. *El acto dispositivo consensual en el Código Civil*. 2.3. *El requisito de la forma*.—3. DONACIONES “MORTIS CAUSA”.—II. REVOCACIÓN DE DONACIONES.—III. EL DERECHO DEL DONATARIO: 1. FRENTE AL DONANTE Y sus SUCESORES: 1.1. *Protección de los derechos de la persona*. 1.2. *Protección de derechos familiares*. 1.3. *Protección de derechos de sucesión*: a) Inoficiosidad de donaciones. b) Colación.—2. FRENTE A TERCEROS: 2.1. *Acreedores del donante*. 2.2. *Titulares de derechos reales anteriores*. 2.3. *Titulares de derechos emanados del donante*: a) Doble enajenación lucrativa. b) Donatario frente a comprador: 1) El título del comprador es anterior. 2) El título de comprador es posterior.—IV. CONCLUSIONES.

El derecho de propiedad se **manifiesta** como una situación estática en la que el titular ejerce una actividad más o menos directa sobre un objeto. El propietario de la finca la usa y la utiliza, percibe sus frutos y la tiene en el más amplio sentido de la palabra. Su posición es perfectamente estable y los vecinos del dueño lo reconocen como tal.

Cuando el propietario decide transmitir su derecho, ceder la finca a otro, se realiza un cambio en el sujeto activo de la relación que puede ser y es, en muchos casos, **conflictivo**.

La necesidad de clarificar y facilitar este cambio, ha producido un conjunto de normas tendentes a dotar el acto de transmisión de determinadas formalidades, que hagan cierto para las partes el momento en que se efectúa y al mismo tiempo lo divulguen, para que los terceros lo conozcan y la nueva titularidad esté dotada de estabilidad.

El Código Civil regula la transmisión de los derechos reales, según la opinión más generalizada, mediante título y modo, que es, entre los siste-

mas de transmisión, el que persigue una mayor identidad entre la realidad fáctica y la jurídica, al hacer coincidir la adquisición con la puesta en poder y posesión del adquirente. Aunque la verdad es que se pueden abrigar algunas dudas sobre si éste es el sistema realmente establecido.

Una de las aparentes excepciones viene representada por las adquisiciones a título gratuito. Hay distintos procesos para adquirir por acto *inter vivos* cuando la adquisición es onerosa o lucrativa; según que se adquiera dando una contraprestación o no.

I. LA DONACIÓN COMO ADQUISICIÓN DEL DOMINIO

Donación es la palabra que la técnica jurídica utiliza para descubrir el regalo. Regalar es "dar a uno graciosamente una cosa en muestra de afecto o consideración o por otro motivo". Donar, "traspasar uno graciosamente a otro alguna cosa o derecho que sobre ella tiene" (1). En la vida ordinaria se regala dando. En el regalo concurren dos factores: la entrega de mano a mano y la declaración del que entrega, de que lo que da es un regalo. Ambas circunstancias son esenciales y normalmente simultáneas. La promesa ("te voy a regalar una cosa") no obliga a quien la emite ni crea derecho en quien la oye. La entrega sin declaración de voluntad de regalar no transmite la propiedad. El que recibe el objeto tiene la obligación de devolverlo porque no ha pasado a ser suyo. Entrega y declaración de voluntad podrán estar distanciadas en el tiempo ("no me la devuelvas, te la regalo"), pero han de estar conectadas.

Cuando se analiza el regalo en su aspecto jurídico (donación) la esencia no cambia; la cuestión es la misma. Sin embargo, parece que el tema se vuelve mucho más complejo, sobre todo si se trata de donar inmuebles. Como no se pueden entregar de mano a mano, hay necesidad de determinar el momento de la transmisión, prescindiendo del hecho de la entrega, o ampliando su concepto estricto a formalidades simbólicas.

En las transmisiones onerosas *inter vivos* también existen los dos elementos: voluntad y entrega. Pero en el sistema de título y modo la voluntad de transmitir viene predeterminada por una obligación anterior y en la donación parece que no.

El proceso adquisitivo completo podría configurarse del siguiente modo:

"A" = Obligación (título)

"B" = Declaración de voluntad de transmitir.

"C" = Entrega (modo)

(1) Diccionario de la Lengua Española, Real Academia, 1984.

Al examinar el proceso adquisitivo en su conjunto se puede apreciar que el transmitente sólo tiene una voluntad, que se desglosa en los tres momentos que la componen. El vendedor no tiene una voluntad de obligarse a vender, otra voluntad de transmitir y otra de entregar. Tiene una sola voluntad que se encamina a un fin determinado y único: desprenderse del inmueble para que pase a otro. Pero la trascendencia jurídica del proceso no depende únicamente de la voluntad, sino de su manifestación. Teóricamente podría exigirse que la voluntad se declarase en los tres momentos: "A", en la obligación ("me obligo a entregarte"), "B", en el acto dispositivo ("quiero transmitirte el dominio") Y "C", en la entrega ("te entrego la cosa"). Pero sería una exigencia más que redundante. Para qué exigir al vendedor que diga que quiere transmitir la propiedad, si ya se sabe que quiere hacerlo, puesto que formaliza un contrato traslativo. Por eso en el sistema de adquisición por título y modo, se elimina la declaración de voluntad del momento "B", se entiende implícita en el "A" y se considera tácita en el "C" (basta la entrega, no hay declaración de voluntad e incluso puede haber entrega supuesta). Al eliminar el elemento "B" y ligar causalmente los elementos "A" y "C" se configura la teoría de título y modo.

Que esto es así se ve muy claramente en la compraventa. Según el Código Civil, el vendedor no se obliga a transmitir la propiedad. Sólo se obliga a entregar (arts. 1.445 y 1.461) y a mantener al comprador en la posesión de la cosa (art. 1.475). Este es el momento "A". Cuando hace la entrega por razón de la obligación que contrajo (momento "C"), la conjunción de ambos opera la transmisión sin necesidad de que el vendedor declare su voluntad de transmitir el dominio (momento "B"). Así resulta de los artículos 609 y 1.095.

En las transmisiones lucrativas parece que el momento "A" no existe. Sólo los "B" y los "C" ligados causalmente. Se han hecho denodados esfuerzos por intentar demostrar que en la donación el momento "B" es en realidad el "A", o que no existe, e incluso que el inexistente es el "C". Lo que ha conducido a considerar la donación como contrato, como modo de adquirir, o incluso como una simple causa. Las opiniones sobre su naturaleza jurídica son variadas: causa, obligación, contrato, acto dispositivo, modo de adquirir.

La declaración de voluntad de donar aceptada transmite el dominio sin entrega. ¿Por qué? ¿Por qué un comprador que ha pagado el precio no adquiere si no recibe y un donatario que no ha efectuado ningún sacrificio económico, sí? Este es el meridiano del problema.

Quiero prescindir de la razón legal. La respuesta a la pregunta merece una contestación distinta al mero apoyo en la literalidad del artículo 609. La lógica obligaría a dar a ambos casos la misma respuesta, si no la inversa. ¿Cuál es el motivo de tan sorprendente solución?

Conviene en primer lugar plantearse si esto es realmente lo que dice el

artículo 609: "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición".

La separación en el texto de la donación y de ciertos contratos es tan clara que se hace muy difícil negar que la donación opera por sí sola la transmisión sin necesidad de entrega.

La respuesta está probablemente en la acogida que tuvo la corriente doctrinal del pasado siglo, que contempló más el aspecto dispositivo que el contractual en la tradición.

Los intentos de adaptar el sistema de transmisiones lucrativas a la teoría del título y modo han provocado serios debates sobre la naturaleza jurídica de la donación.

1. LA DONACIÓN COMO CONTRATO

Si la donación fuese un contrato, sería título válido para que la entrega opere la adquisición por título y modo. La construcción parece lógica, puesto que en la donación tienen que concurrir las voluntades de donante y donatario. Si el donatario no acepta, no hay donación.

La voluntad de transmitir existe aunque el Derecho no exija su declaración como requisito para la eficacia del proceso. Si preguntásemos a cualquier profano en Derecho qué es la venta, probablemente nos diría que el traspaso a otro de la propiedad de una cosa por un precio. Es la técnica jurídica la que, al no exigir la emisión de la voluntad de transmitir, plantea problemas.

Si se vuelve la vista a las transmisiones lucrativas se comprueba que, lo mismo que en las onerosas, es necesaria una emisión de voluntad por parte del transmitente. La cuestión es en qué fase del proceso se manifiesta esa declaración. Si se considera que la declaración de donar constituye el momento "A", es necesario construir la donación como un contrato. Aceptada esa solución, desaparece el momento "B" y la adquisición por título y modo queda consagrada para las lucrativas.

Los ataques a esta construcción toman generalmente como base los casos en que la emisión de voluntad y la entrega están distanciadas, lo que se pone de manifiesto sobre todo en dos tipos de donaciones: las obligacionales y las liberatorias. En las primeras la declaración de voluntad es previa a la entrega. En las segundas, posterior.

1.1. *Donación obligacional*

Los antecedentes históricos orientan hacia la configuración de la donación como obligación.

a) Derecho romano

En Roma, por la primacía del negocio formal, la donación no era tenida en principio como una forma jurídica autónoma. Era todo lo más una causa del negocio jurídico formal de transmisión (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*). Ni en el Derecho romano clásico, ni en el tardío parece que la donación haya tenido la consideración de acto de disposición.

Para la *res Mancipi* era la *mancipatio* la que transmitía la propiedad. Si se trataba de inmuebles, se solventaba la falta de presencia de la cosa por medio de un símbolo. El negocio era abstracto, aunque basado en una *iusta causa* (en este caso la voluntad de donar). Su ausencia no impedía la adquisición del dominio, pero el *accipiens*, convertido en propietario que ha adquirido sin causa, quedaba obligado a retransmitir la propiedad y, si se negaba, cabía contra él la *conditio*, acción de recuperación del valor. Hasta tal punto se efectuaba la adquisición, a pesar de la inexistencia de la causa, que se consideraba que el adquirente quedaba liberado si la cosa perecía sin dolo de su parte, a menos que hubiese incurrido en mora.

La *in iure cessio*, forma de transmisión también utilizable para la *res nec Mancipi*, que consistía en una ficción de proceso en la que el propietario se allanaba ante la reclamación del adquirente, tenía el mismo carácter abstracto y las mismas consecuencias. Este modo se utilizó más bien, dada la especial configuración del acto, para la transmisión de partes indivisas, acciones divisorias y subastas, entre otras.

Exclusivamente para la *res nec Mancipi*, en el derecho clásico se utilizaba la *traditio*, caracterizada por su naturaleza no formal y causal. La inexistencia de causa impedía la transmisión del derecho, aunque hubiese entrega. Pero bastaba con la existencia de una *iusta causa* (en nuestro caso *donationis causa*), sin que fuese necesaria la coincidencia entre las intenciones de *tradens* y *accipiens*. Esto ocurría tanto en los actos onerosos como en los lucrativos. La tradición no se configuraba, aunque ello fuese lo normal, como el cumplimiento de la obligación de dar de un contrato previo.

Abandonados los viejos modos (*mancipatio*, *in iure cessio*), la *traditio* evoluciona para hacerse, en el Derecho justiniano, el modo normal de transmitir *inter vivos*, hasta llegar a la configuración con que hoy se conoce. Para las transmisiones onerosas evolucionó a formas más simplificadas (abandono de formalidades externas por la constancia escrita o acto simbólico), pero no parece lo mismo para la donación, en la que siempre se exigía una tradición real.

La donación como una simple causa que era, no merecía regulación legal en su aspecto obligacional. Bastaba expresar la causa, el deseo de favorecer. Aspecto que sólo adquirió relevancia, como ocurre frecuente-

mente en el mundo del Derecho, cuando se establecieron limitaciones a la voluntad de donar. Las fundamentales reglas restrictivas incidían en un triple aspecto: limitación de cuantía (*Lex Cincia*), prohibición de donaciones entre esposos y revocación. Es ésta la razón por la que el carácter obligacional de la donación sólo aparece indirectamente señalado.

Las Instituta, refiriéndose a los predios establecía que si se entregaban por causa de donación, o dote, o por cualquier otra, quedaban sin duda transferidos (2), y al tratar de las donaciones *inter vivos*, que si las donaciones se hubiesen perfeccionado, no podían ser revocadas sin motivo. Se perfeccionaban si el donante manifestaba, por escrito o no, su voluntad. Una Constitución decidió que, a ejemplo de la venta, tuviesen por sí también necesidad de tradición, de modo que, aun cuando no se entregasen las cosas donadas, tuvieran plenísima y perfecta validez, e incumbiese al donante la necesidad de la tradición (3).

Hay algunos textos del *Digesto* que pueden servir de apoyo. JULIANO (4), CELSO (5) y MODESTINO (6) consideran válida la promesa de donar. ULPIA-

(2) *Instituta* 2.1, § 41: (2) *Instituta* 2.1, § 41: "Sed si *quidem* ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur".

(3) *Instituta* 2.7.2: "Quae si fuerint perfectae, temeré revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam voluntatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit; et ad exemplum, venditionis nostra Constitutio eas etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum et perfectum robur, et traditionis necessitas incumbat donator".

(4) *Digesto* 39.5.2. JULIANO: "Si un hijo de familia que quería donar una cantidad la prometió por orden de su padre, es válida la donación lo mismo que si hubiese sido fiador. Pero si el padre que quería donar una cantidad a Ticio le hubiera mandado a su hijo que se la prometa, podría decirse que importa saber si el hijo era o no deudor de su propio padre; porque si el hijo le debía al padre tanto cuanto prometió, se entiende que es válida la donación, lo mismo que si el padre le hubiese mandado a otro cualquier deudor que prometiese la cantidad". Es, pues, válida la promesa de donar (aquí efectuada por mandatario), que constituye al donatario en acreedor, antes de recibir el importe de la deuda. "JULIANUS, libro LX, *Digestorum*: Si, quum filiusfamilias pecuniam donare vellet, patris iussu eam primis, valet donatio, perinde ac si fideiussorem dedisset. § 1. Si vero pater donatarus Titio pecuniam iusserit filium suum eam promittere, poterit dici, interesse, debitor filius patri suo fuerit, nec ne; nam si tantumdem filius patri debuit, quantum promisit, valere donatio intelligitur, perinde ac si quamlibet alium debitorem pater iussisset pecuniam promittere".

(5) *Digesto* 39.5.21. CELSO: "Para hacer una donación prometiste por delegación mía a un acreedor mío; lo hecho vale, porque él recibe lo suyo". En este caso la promesa de donar el importe de la deuda al acreedor supone una donación para el deudor que es exigible por ser válida. CELSUS, libro XXVIII, *Digestorum*: Ut mihi donares, creditori meo delegante me promisisti; factum valet, ille enim suum recepit".

(6) *Digesto* 39.5.22. Para MODESTINO "es de suma equidad el que por causa de donación prometió una cantidad u otra cualquier cosa, no deba intereses por demora en la entrega del dinero, máxime cuando esta especie de donación no se considera como los contratos de buena fe". Se ve aquí otra aplicación de la donación obligacional. La promesa de donar obliga, pero el donante no debe los intereses. MODESTINUS, libro VIII,

NO (7) opinaba que la toma de posesión es la que transmite, por tradición, la propiedad, ya que una vez tomada, el dueño no puede impedir al donatario el transporte de la cosa. También admitía la posibilidad de demanda contra el que se obligó a donar. HERMOGENIANO (8) consideraba obligado al donante. En sus textos está latente el supuesto de la obligación de donar que no se ha cumplido y que es exigible como tal obligación. No se trata de que el donatario, como propietario de la cosa donada la reivindique, sino de que se cumpla la obligación por el donante.

Y SCAEVOLA (9): "Lucio Ticio donó un fundo a Mevia, y antes de la entrega, pocos días después, le obligó en prenda a Seyo, y dentro de treinta días puso a Mevia en la vacua posesión del mismo; pregunta, si se habrá perfeccionado la donación. Responde que, según lo expuesto, se perfeccio-

Differentiarum: "Eum, qui donationis causa pecuniam, vel quid promisit, de mora solutionis pecuniae usuras non deberé, summae aequitatis ets, máxime quum in bonae contractibus donationis species non **deputetur**".

(7) *Digesto* 39.5.6 y 12. ULPiano: "Quien me eximió de su permiso por causa de donación para que saque piedra de su fundo, no me puede prohibir que la transporte porque la piedra se hizo mía por modo de tradición". Y si "el que se obligó por virtud de una donación es demandado en virtud del rescripto del Divino Pío (queda obligado) por cuanto puede hacer; se habrá de deducir lo que se les debe a sus acreedores, pero no aquello a que uno se obligó por la misma causa". En el primer caso es la toma de posesión de la piedra (tradición) la que confiere el derecho de propiedad, de modo que el dueño del fundo no puede prohibir su transporte porque ya no es suya. Y en el segundo se considera exigible una obligación de donar. ULPiano, libro XLII, *ad Sabinum*: "Qui saxum mihi eximere de suo **permisit** donationis causas; statim, cum **lapis** exemptus est, meus fit, ñeque prohibendo me evehere **efficit**, ut meus esse desinat, quia quodammodo traditione meus factus est". *Idem* libro LXXVI, *ad Edictum*: "Qui ex donatione se obligavit, ex rescripto Divi Pii, in quantum faceré potest, convenitur, sed enim id, quod creditoribus **debetur**, erit detrahendum; haec vero, de quibus ex eadem causa quis obstrictus est, non dedebit **detrahere**".

(8) *Digesto* 39.5.33, § 3. HERMOGENIANO: "Si queriendo Primus hacerte una donación y teniendo tú voluntad de hacer otra donación a Secundus, Primus le hubiera prometido, estipulando, por tu voluntad a Secundus, se perfecciona la donación; y como Primus no le donó nada a Secundus, por quien es demandado, es condenado ciertamente a la totalidad y no a lo que pueda pagar. Y lo mismo se observa también si delegando el que había de recibir la donación le hubiese prometido el donante a su acreedor; porque en este caso el acreedor es gestor de su propio negocio". De nuevo se ve en este texto que la donación obliga sin necesidad de entrega. HERMOGENIANO, libro VI, *Iuris Epitomarum*: "Si, quum Primus tibi donare vellet, et tu donandi Secundo voluntatem haberes, Primus Secundo ex voluntate tua stipulanti primiseri, **perficitur** donatio; et quia nihil Primus Secundo, a quo convenitur, donavit, et quidem in **solidum**, non in id, quod faceré potest, condenatur. **Idque** custoditur, et si delegante eo, qui donationem erat accepturus, creditori eius donator promiserit; et hoc enim casu **creditor suum** negotium gerit".

(9) *Digesto* 39.5.35, § 1. SCAEVOLA, libro XXXI, *Digestorum*: "Lucius Titius fundum Maeviae donavit, et ante traditionem eundem fundum post dies paucos Seio pignori obligavit, et intra dies triginta Maeviam in vacuum possessionem eiusdem fundi induxit; quaero, an donatio perfecta sit. Respondit, secundum ea, quae **proponerentur** perfectam, verum creditorem firmam pignoris obligationem **habere**".

nó, pues el acreedor tenía firme la obligación pignoratícia." Este texto es sumamente clarificador, y además, se refiere a inmuebles. El donatario, antes de la entrega, tenía el derecho obligacional, no el dominio. Constituida la prenda, ésta es preferente a la adquisición del dominio por el donatario, que es posterior a la constitución de la prenda.

En el Código de Justiniano se pueden encontrar textos que suponen la consideración obligacional de la donación. Como cuando se equipara la entrega de los instrumentos de compra a la entrega real (supuesto de tradición instrumental), siendo esta entrega la que consuma la adquisición por donación (10), o se decide la validez de las donaciones entre ausentes, que se cumplen con la entrega de la posesión (11). O al establecer que el donante "sea apremiado por la autoridad de nuestra ley a entregar tanto como donó", o sea "compelido por la fuerza a hacer la entrega" (12).

(10) Código 8.54.1: "Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hecha la donación y también la entrega, y puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donante la acción real". Impp. SEVERUS et ANTONINUS AA. Lucio: "E^mtionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere". PP. V. Kal. Iun. FAUSTINO et RUFINO Conss. [210].

(11) Código 8.54.6: "No se debe dudar que son válidas también las donaciones entre ausentes, principalmente si aquellos a quienes se hizo la donación adquieren la posesión por voluntad de los donantes". Impp. DIOCLECIANUS et MAXIMIANUS AA. ARISTIANAE: "Nec ambigi oportet, donationes etiam inter absentes, maxime si ex voluntate donantium possessionem hi, quibus dinatum, est, nanciscantur, validas esse". PP. III. Id Februar. Mediolani, MÁXIMO II et AQUILINO Conss. [286].

(12) Código 8.54.35: "Si alguien hiciese donación universal, o de dos terceras partes, o de la mitad de sus bienes, o de una tercera parte, o de la cuarta, o de otra porción cualquiera, o aun de todo, si contra ello no reclamase por razón de inoficiosidad de las donaciones, sea apremiado el donante por la autoridad de nuestra ley a entregar tanto cuanto donó; debiéndose requerir de todos modos también en este caso, según lo que ya hemos dispuesto, la observancia de la insinuación. Pero si verdaderamente en todos los casos antes citados el donante hubiese retenido el usufructo, se entiende también realizada por derecho la entrega. Mas si de alguna manera hubiese expresado esto el donante, pero en la donación se hubiese insertado una estipulación, sea compelido por la fuerza de ésta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado y él no retuviese el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar lo que quiso donar a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley y el donante tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o parte de bienes que hubiese designado o todos los bienes. Porque cuando estando al arbitrio de cualquiera hacer lo que determina, es conveniente o que de ningún modo él se precipite o que cuando se hubiese apresurado no falte a su propósito con algunos imaginados artificios y no encubra tanta informalidad con ciertos pretextos como si fueran legales. Y con tanta más razón serán firmes estas disposiciones si la donación hubiera sido hecha para actos piadosos o a personas religiosas (guardándose en estos casos la observancia de la insinuación, según lo que especialmente se ha dicho antes por nosotros para tales casos), a fin de que el donante no sea considerado en las susodichas

Decía SAVIGNY (13) que "en el Derecho justiniano la forma empleada para transferir la propiedad es simplemente la tradición, sin consideración alguna al fin que se propone. La naturaleza positiva de la donación muestra su eficacia aquí, sirviendo a la tradición de justa causa, y operando la transmisión real de la propiedad".

b) Derecho común español

Los antecedentes de nuestra legislación también pueden considerar la donación como un contrato.

El Fuero Juzgo (14) establece la validez de la donación por escrito, ya

causas por virtud de ciertas maquinaciones no solamente indevoto, sino también impío, ya haya de esperar no sólo las penas legales sino también las del cielo. Y en todos los indicados casos serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos". *Imp. IUSTINIANUS A. IULIANO P.P.*, § 4: "Sed et si quis universitatis faciat donationem, sive *bessis*; sive *dimidia* **partis** suae substantiae, sive *tertie*, sive **quartae**, sive quantaecunque, **vel etiam** totius, si non de *inofficiosis* donationibus ratio ad hoc reclamaverit, coarctari donatorem **legis** nostrae auctoritate tantum, quantum donavit, praestare; observatione et hic **monumentorum**, secundum quod **iam** sanximus, omnimodo **requirenda**". §5. "Sed si quidem in omnibus supradictis casibus **ususfructus** fuerit a donatore retentus, et traditionem iure intelligi fieri. Sin **autem** hoc **minime** donator expresserit, si quidem stipulatio donationi inserta sit, ex eius auctoritate traditionem compelli fieri. Sin vero et hoc **praetermissum** sit, et **usumfructum** minime detinuerit, nihilominus ex lege nostra necessitatem ei **imponi** etiam tradere hoc, quod donare existimavit, ut non ex hoc inútiles si donatio, quod res non traditae sunt, nec **confirmetur** ex traditione donatio, sed liberalitatem plenam et secundum **legem** nostram **perfectissimam** constitutam necessarius traditionis **effectus** sequatur, et necessitatem **habeat** donator omnimodo res vel partem substantiae, quam **nominaverit**, vel totam substantiam tradere. **Quum** enim in arbitrio cuiuscunque sit hoc faceré, quod instituit, **oportet eum** vel minime ad hoc prosilire, vel, quum ad hoc venire properaverit, non quibusdam excogitatis artibus suum propositum defraudare, tantumque indevolutionem quibusdam quasi legitimis velamentis protegere, tantoque **magis** haec firma esse, si piis actibus vel religiosis personis donatio deputata sit (monumentorum observatione in his modis, secundum quod specialiter a nobis in **huiusmodi** casibus praedictum est **observanda**), ne in **praefatis** causis ex quibusdam machinationibus non solum indevotus, sed etiam impius donator intelligatur, poenasque non solum legitimas, sed etiam coelestes expectet. Resque danatas in omnibus supradictis casibus non solum eos, **dum** supersunt, sed etiam **eorum** successores reddere compelli, non tantum his, in quos donatio facta est, sed etiam **eorum** heredibus". Dat. XV. Kal April. Constantinop. LAMPADIO et ORESTE VV.CC. Conss. [530].

(13) SAVIGNY, *Sistema del Derecho romano actual*. Vertida al castellano por JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, 2.^a ed., tomo III, pág. 75.

(14) Fuero Juzgo 5.2.6: "De las cosas que son dadas por **escrito**". "... E si avinier por ventura que la cosa que es dada sea luenne, si es dada por escrito, non debe por ende menos valer, que estonz someia la donación perfecta, pues que a ende el escrito daquel que ie la da..." "Mas si aquel que fizo el escrito non dió la cosa, ni el escrito en su vida á aquel a quien fiziera la donación; mas tovióselo consigo, e después mudósele la voluntad, el escrito que fizo después será firme."

que éste vale como la entrega. Y el Fuero Real (15) declara eficaz la donación hecha por carta entre ausentes, bastando con que la carta de donación sea entregada al donatario, sin que sea necesaria la entrega real.

Las Partidas (16) son bastante explícitas cuando, al tratar de la donación por carta o verbal, sin que se haya entregado la cosa donada, determinan que el donante, o sus herederos, están obligados a cumplirla.

El Proyecto de Código Civil de 1851 al acoger la solución francesa de la transmisión del dominio por el otorgamiento del contrato, iguala los sistemas de adquisición onerosa y gratuita. Pero esta reforma no llegó a ser Ley y perduró el sistema de adquisición por título y modo. Al promulgarse la Ley Hipotecaria en 1861, antes de la aprobación del Código Civil, el sentir de los especialistas en la materia era que la tradición es la clave de la adquisición del dominio. La Exposición de Motivos de dicha Ley decía: "Nuestras leyes, siguiendo a las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir y establecieron que el título sólo produjera acción personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa y, por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, sólo nacieran de la tradición, o lo que es lo mismo, de la posesión de las cosas inmuebles". No se alude a los títulos de adquisición, pero es claro que es la entrada en la posesión lo que transfiere el dominio cualquiera que sea la causa de la adquisición. No se ve que haya que hacer una diferenciación en el caso de adquirir gratuitamente. La adquisición gratuita por título sin entrega, crea una distorsión en el sistema, para el que no existe una adecuada justificación.

En el Anteproyecto de Código Civil en el artículo 606, antecedente del 609 decía: "La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por donación, por sucesión testada e intestada, y por efecto de los contratos". Hay dos diferencias que interesa destacar con respecto a la redacción del Código. No existían las palabras "mediante la tradición ni la referencia a "ciertos contratos". Se proponía que la adquisición se produjera como efecto de los contratos. Pero la donación seguía en el texto tan separada de los contratos como está ahora. Probablemente por la dificultad que siempre ha existido para aceptar que la donación sea un contrato. Este

(15) Fuero Real de España 3.12.10: "Como la cosa absente se puede dar, e vale". "Porque acaesce muchas vegadas, quie algún home quiere dar heredad a otri, ó otra cosa que no es en el lugar do están, mandamos que la donación no sea por tal razón desfecha, si le ficiere ende carta, é **gela** diere: é si después aquel que fizo la carta de donación é **gela dió**, dixere que aquella carta no **gela dió**, mas que le fue **furtada**: si la carta fue fecha asi como manda la Ley, si probare aquel que tiene la carta de donación, que **gela dió, vala**: é si no lo probare, que no **vala** la donación."

(16) Partida 5.4.4: "... E quando la donación es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a quien la fazen, tenuto es de complirla aquel que la faz, o sus herederos".

texto del Anteproyecto conducía a pensar que el efecto del contrato que contenía una obligación de dar, era la transmisión de la propiedad. La necesidad de entrega venía establecida en el Anteproyecto, para los contratos onerosos (compraventa) en el artículo 1.122 (antecedente del 1.085) y para los lucrativos (donación) en el 632 que no pasó al texto definitivo del Código Civil, y que decía: "La donación debidamente aceptada es perfecta entre los interesados, y la propiedad se entiende transferida al donatario, mediante la tradición, si la cosa es mueble, o por la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad si fuese inmueble".

Es en el Código Civil, a través de la supresión de los párrafos citados, donde por primera vez se dice expresamente que la donación transmite el dominio. La Ley de Bases (año 1988), no la cita como forma de adquisición. La Base 14 se refiere a la ocupación como uno de los medios de adquirir. Y la Base 20 dice que "los contratos, como fuente de las obligaciones, serán considerados como meros títulos de adquirir en cuanto tengan por objeto la traslación de dominio o de cualquier otro derecho a él semejante, y continuarán sometidos al principio de que la simple coincidencia de voluntades entre los contratantes establece el vínculo, aún en aquellos casos en que se exijan solemnidades para la transmisión de las cosas o el otorgamiento de escritura".

ALBALADEJO (17), al comentar la supresión del artículo del Anteproyecto dice que "no se sigue que el artículo 532 se suprima para eliminar la necesidad de tradición para la donación, sino porque, por lo que toca a la tradición, se estima el artículo innecesario y redundante (ciertamente hace falta la tradición para transmitir por donación, pero no es preciso repetirlo, como hace el artículo 632)".

No creo que sea un argumento sólido considerar que el artículo se suprimió por innecesario. Que no lo era, lo demuestra la aún existente controversia sobre la naturaleza de la donación.

En primer lugar se sustituyó el párrafo "por efecto de los contratos" por la frase "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". La sustitución de "los contratos" por "ciertos contratos" es una precisión terminológica. Existen contratos que aunque contengan la obligación de dar (arrendamiento, por ejemplo) no producen el efecto de transmitir el dominio. También se cambia la palabra "efecto" por "consecuencia". Se quiso probablemente matizar que el efecto del contrato no es siempre la adquisición del dominio. En el sistema del Código puede darse el caso de un contrato de compraventa que se cumple con la entrega de la cosa, en el que

(17) MANUEL ALBALADEJO GARCÍA: "Comentario al artículo 609", en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo VII, págs. 18 y sigs.

el vendedor mantiene la posesión pacífica del comprador, con lo que el contrato está cumplido, pero en el que no hay adquisición del dominio por defecto en el título de propiedad del vendedor. La adquisición no es efecto del contrato. Puede ser consecuencia, pero no efecto, que si lo fuera, siempre se produciría.

El párrafo añadido "mediante la tradición", probablemente con intención aclaratoria, ha producido el efecto contrario. Si el precepto dijera, como el Anteproyecto, que la donación, la sucesión y los contratos transmiten el dominio, la cuestión quedaría reducida a dilucidar si la donación es un contrato o no, pero no a su eficacia transmisoria sin tradición, porque el artículo 632 la requería. Pero la supresión de este artículo y la frase añadida al 609 traen a debate la cuestión.

No cabe coordinar la frase "mediante la tradición" con todos los supuestos antes enumerados en el párrafo, porque hay dos de ellos, la ley y la sucesión, que, sin duda, no la requieren. Aunque la intención de los legisladores fuese otra y aunque para ellos estuviese clara la innecesariedad de incluir en los textos legales la norma que requiera el complemento de la tradición para adquirir por donación, lo cierto es que dejaron escrito lo contrario: que la donación transmite el dominio sin necesidad de entrega.

El Código sitúa la donación fuera de los contratos y obligaciones. La regula en su Libro Tercero ("De los diferentes modos de adquirir la propiedad"). Esta colocación no es innovadora; tiene viejos antecedentes. Los mismos textos romanos la ponían más bien entre los modos de adquirir que entre las obligaciones. Las dudas han existido siempre. Por ejemplo SAVIGNY (18) la sitúa en la parte general del tratado. Pero no por considerar que la donación no es un contrato, sino porque admite la validez de la donación constituida por acto unilateral.

A pesar de la colocación, la terminología que emplea el Código Civil parece estar referida a los contratos. El artículo 621 dice que las donaciones "se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones". Y el 624 que "podrán hacer donaciones todos los que puedan contratar". También se establece que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto sino desde la aceptación" (art. 629), que la donación "verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada" y que "faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación" (art. 632, apartado segundo).

La circunstancia de que el Código Civil no regule una forma contractual no determina necesariamente su naturaleza no contractual. La donación de una actividad e incluso de un no hacer, es un contrato. Por ejemplo: un propietario con derecho de luces y vistas renuncia pura y simplemente

(18) *Ob. cit.*, tomo III, pág. 9.

frente al titular del predio sirviente al ejercicio de su derecho durante un período de tiempo determinado. Este acepta. El derecho de servidumbre no se ha alterado. No hay más que una obligación de no ejercitar el derecho por persona y tiempo determinado. Si el obligado incumple y mira el predio sirviente, el donatario podrá exigirle el cumplimiento de la obligación.

Con base en los preceptos citados, se ha querido demostrar que la donación no es un contrato. VALLET DE GOYTISOLO (19), argumentado contra la posición de BLAS PÉREZ y J. ALGUER, dice: «Creemos que el artículo 632 no es rectamente interpretado por tan doctos autores. El párrafo segundo de dicho artículo, dispone que la donación de una cosa inmueble, si ésta no es entregada simultáneamente, "no surtirá efectos si no se hace por escrito y consta en la misma forma su aceptación". He aquí el caballo de batalla. Pero a nuestro juicio esta donación y aceptación no supone una simple promesa obligatoria, cosa que, además de ir contra el concepto dado en el artículo 618, no encuentra base en que apoyarse en el artículo 632».

El argumento, a mi modo de ver, no es totalmente válido. Es verdad que el precepto dice que la donación no aceptada no crea obligación en el donante. Pero también, en sentido contrario, que la donación de cosa mueble surtirá efecto si se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación (art. 632), y que la donación de inmuebles es válida si consta en la debida forma la aceptación (art. 633).

Creo que no hay realmente diferencia entre la donación y el resto de las obligaciones y contratos, como no sea su carácter lucrativo. El apartado segundo del artículo 1.257 establece que "si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido revocada". La declaración por la que una persona se obliga a favor de otra, no se perfecciona y no es exigible sino hasta que el destinatario la acepta y hacer saber la aceptación al obligado. Hasta ese momento no tiene validez jurídica alguna la declaración de voluntad del futuro obligado, que la puede retirar hasta que conozca la aceptación. Notificada ésta, queda obligado.

Lo mismo establecen los artículos 623 y 633 para la donación. Tan pronto como se conozca la aceptación ("deberá notificarse la aceptación", art. 633) el donante queda obligado (20). No se ve la razón por la que hay que excluir la donación del panorama de los contratos y no admitir que el acuerdo de voluntades de la donación es un contrato que crea una obligación.

(19) VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1987, pág. 287.

(20) Respecto a la contradicción entre preceptos sobre el momento de la perfección de la donación, puede consultarse el trabajo de ENRIQUE RUBIO, "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: apuntes para otra explicación", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1981, págs. 351 y sigs.

La construcción de la donación obligacional es perfectamente posible en el ordenamiento jurídico español. El principio de autonomía de la voluntad que inspira el derecho de obligaciones permite que las partes, donante y donatario, configuren un contrato de donación con traspaso del dominio diferido. La emisión por carta de la declaración de voluntad ("me obligo a donarte") que el donatario acepta, puede ser el supuesto típico de estas donaciones.

La emisión de la voluntad del donante no es obligatoria hasta que conoce la aceptación del donatario (art. 629 en relación con el párrafo segundo del 1.262). En este momento nace la obligación del donante de entregar la finca.

La objeción es la circunstancia de que la aceptación por sí misma produce la transmisión. Si se exige a los contratos el complemento de la tradición para que operen la transmisión del dominio y a la donación no, parece incuestionable que ésta por sí sola determina el cambio de titular.

Sin embargo, el texto legal no debe ser llevado más allá de sus propios términos. Que la donación opera la transmisión no quiere decir que no se pueda configurar un contrato de donación en que el donante se obligue a donar y que la obligación sea exigible por el donatario antes de que se transmita el dominio. Normalmente contrato y transmisión van a coincidir, pero, al menos en un plano teórico, la configuración jurídica separada es posible.

VALLET DE GOYTISOLO dice: "Ciertamente que toda transmisión de la titularidad de una cosa, si no va unida a la entrega efectiva de la misma, supone la obligación de entregarla. Pero este deber no es hijo de la donación ni del negocio en que se constituyó, sino consecuencia de que el donatario ha pasado a ser titular del objeto donado y el donante ha dejado de serlo y se ha convertido en una simple precarista" (21). "La mal llamada obligación de donar —añade más adelante—, aunque parezca paradójico, sólo es obligación cuando ya se ha cumplido" (22).

En mi opinión hay que distinguir entre la obligación de entregar y el efecto de la entrega. La donación, como acuerdo de voluntades que es, obliga al donante, al margen de cualesquiera otros efectos, a la entrega de la cosa donada. Del mismo modo que el vendedor está obligado a entregar la cosa vendida al comprador, con independencia del hecho de que esa entrega le transmita o no el dominio. El donante tiene la obligación de entregar el inmueble al donatario desde que se obligó a ello, aunque ya fuera su propietario antes de la entrega. El cumplimiento de las obligaciones no se altera por la circunstancia de que el objeto a entregar sea de un

(21) *Ob. cit.*, pág. 288.

(22) *Ob. cit.*, pág. 289.

propietario u otro. Se lo tiene que entregar porque se ha obligado a ello. Sería notable que la demanda de cumplimiento de la obligación fracasase porque el donante no tiene obligación de entregar la cosa que ha donado. El donatario, si es ya propietario, tiene dos acciones. La *reivindicatoria* como cualquier propietario y la de cumplimiento como parte contratante.

La mayor parte de la doctrina ha *defendido*, a pesar del contenido del artículo 609, la tesis de que la donación es un contrato.

Para ALBALADEJO "por mucho que algunos lo nieguen, en el sistema del Código Civil, la donación es un contrato" (23).

Según LACRUZ BERDEJO "la donación puede presentarse, ya transmitiendo al perfeccionarse ella misma la titularidad de las cosas donadas, ya creando un derecho de crédito en el donatario y la correspondiente deuda en el donante, y por tanto sirviendo de título a la ulterior transferencia. En ambos casos es *contrato*, es decir, acuerdo de voluntades título que justifica la adquisición del donatario y estatuto que gobierna la suerte ulterior de lo adquirido, pero en el primero es, además, *modo de adquirir*, concepto que no debe oponerse al de *contrato*, pues no es contradictorio con él, y simplemente se refiere a un orden distinto de ideas: el de las transferencias de cosas y derechos frente al de la creación de vínculos justificativos y regulativos de una prestación no exigible todavía o sólo desde la fecha del contrato" (24).

DE LOS Mozos opina que "la donación aparece regulada, en el Código Civil, como un *contrato traslativo de cosas*, en los artículos 618 y sigs., que funciona como *título* para la transmisión de la propiedad y que, para su perfección, requiere juntamente con la *aceptación del donatario*, el cumplimiento de la *formalmente* prescripta como *requisito esencial*" (25).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 1972 reconoce la naturaleza contractual de la donación, y la considera como título apto para consumir la adquisición del donatario a través de la tradición instrumental. Reconoce "la perfecta validez de la '*donación*' por concurrir en el contrato que la genera, los tres requisitos esenciales señalados en el artículo 1.261 del Código Civil, de '*consentimiento de los contratantes*', manifestado en la escritura pública, en la que figura la '*aceptación*'; '*objeto cierto*' de la donación —*bien inmueble con expresión individualizada*—; y '*causa*' o mera liberalidad de la obligación que se establece". Y añade: "la entrega de la escritura de donación a la donataria equivale a una *tradictio-ficta* y opera la transmisión real del inmueble donado".

(23) MANUEL ALBALADEJO, *Derecho civil, II; Derecho de obligaciones*, vol. II; "Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales", 7.^a ed., 1982, pág. 103.

(24) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil, II; "Derecho de obligaciones"*, vol. III; "Contratos y cuasicontratos", ed. de 1986, pág. 127.

(25) JOSÉ LUIS DE LOS Mozos, "La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", en *Revista de Derecho Privado*, septiembre de 1971, pág. 819.

1.2. Donación liberatoria

En este tipo de donaciones no existe tampoco simultaneidad entre la declaración de voluntad y la entrega. Cuando el donante **manifiesta** su deseo, el objeto donado ya está en poder del donatario. La entrega, si es que ha existido, habrá sido anterior a la declaración de voluntad. El proceso adquisitivo tendría su orden alterado. El primer momento sería el "C", y se manifestaría del siguiente modo:

"C" = Entrega

"A" = Obligación (título)

"B" - Declaración de voluntad de transmitir.

Pero este orden no sería más que aparente, pues la entrega, si existió, no fue a título de donación y no podría ser nunca modo de adquirir. El donatario puede ser poseedor de la cosa sin que el donante se la haya entregado e incluso puede ser poseedor por otro título que no implique la posesión como dueño.

Si el donatario tiene ya el objeto que se va a donar, lo tendrá en precario, o como poseedor, o por cualquier otro título (por ejemplo, el de arrendatario del inmueble). Si el propietario dirige carta al arrendatario obligándose a donarle el inmueble arrendado, la oferta se convertirá en obligacional cuando el arrendatario la acepte y el donante conozca la aceptación. Pero como el objeto se encuentra ya en poder del donatario, parece que la simple declaración de voluntad, una vez aceptada, opera la transmisión del dominio.

Aún así, eso no es ningún argumento en favor de la tesis de la naturaleza no contractual de la donación. Lo mismo ocurre en la compraventa cuando el comprador es ya poseedor del inmueble en el momento del contrato. La entrega es innecesaria y la transmisión del dominio se realiza.

El Código Civil admite y regula la donación liberatoria a través de la condonación. El artículo 1.187, apartado segundo, somete la condonación a las reglas de las donaciones inoficiosas y a la forma de las donaciones. Llama la atención que la considere como un caso de extinción de las obligaciones y no como un acto traslativo o un negocio de disposición. Para el Código Civil, el efecto natural de la condonación es extinguir la obligación (art. 1.156).

Supongamos que en el ejemplo anterior del arrendatario, en lugar de ser donatario, compra el inmueble arrendado. Como no puede haber entrega real, para ser consecuentes con el sistema de adquisición por título y modo, se admite la tradición llamada *brevi manu* en el que se supone que la entrega queda efectuada por el hecho de tener ya el acreedor el poder y posesión de la cosa donada.

La solución está recogida para los bienes muebles en el párrafo final del artículo 1.463 del Código. La entrega se considera efectuada cuando el comprador ya tenía la cosa en su poder por otro motivo. La misma regla vale para los inmuebles, pues no hay razón para lo contrario. Quizá se haya omitido la referencia expresa a los mismos, dado que la solución normal de éstos vendrá a través de cualquiera de las formas de tradición fingida que se regulan en el artículo anterior.

Lo establecido para la compraventa también podría valer para la donación. Nada hay que obligue a considerar que en la compraventa se adquiere por título y *traditio ficta* cuando el bien está en posesión del adquirente, y sólo por el título en la donación.

2. LA DONACIÓN COMO ACTO DE DISPOSICIÓN

La donación transmite el dominio sin entrega. Aún así, la norma no es absoluta. No siempre la declaración del donante opera de inmediato la transmisión. El efecto transmisivo se puede diferir.

2.1. *La situación de pendencia*

El distanciamiento entre la donación aceptada y el traspaso del dominio se puede producir por acuerdo de las partes (plazo, condición), o por la propia naturaleza del acto jurídico (*conditio iuris*). En el período que media entre el acuerdo y la llegada de la fecha o suceso desencadenante de los efectos, se produce una situación de pendencia en la que se cuestiona la naturaleza de los derechos del donante y donatario. Los debates doctrinales sobre este tema son muy amplios. Sin entrar en ellos, voy a exponer a continuación la construcción que me parece más aceptable.

El acuerdo de voluntades produce un vínculo obligacional. La deuda será exigible en el momento en que se produzca el evento que resuelve la situación de pendencia. Hasta ese momento el donante sigue siendo dueño de la cosa donada, pues el traspaso del dominio no se ha efectuado. El donante la tiene, la disfruta y ejerce sobre ella todas las facultades del dominio. Lo único que ha hecho es utilizar una de las que le son inherentes: la de disponer. Ha dispuesto de la cosa con carácter más o menos definitivo. Como esta facultad, la de disponer, es de las que se agotan mediante su ejercicio, el donante, que sigue siendo propietario, lo es sin poder dispositivo, porque en virtud de su convenio lo ha traspasado a otro, al donatario.

El donatario no es titular del dominio y no lo será hasta que el evento conclusivo de la pendencia se produzca. Lo que tiene es lo que el donante

le ha dado hasta ese momento: la disposición. Considero que en la situación de pendencia esta facultad tiene la doble faceta de adquirir y disponer. Podrá ejercitarla para sí o para otro. Puede transmitir el dominio durante la pendencia, en cuyo caso, al producirse el evento, quien lo adquiriría no sería el donatario, sino el cesionario.

Hay, como dice DE CASTRO (26), una concurrencia de derechos sobre la cosa. El cambio de sujeto activo de la relación jurídica que es la propiedad, no se produce en un instante, sino que es un proceso en el que hay al menos dos etapas: traspaso del poder de disposición y transferencia del dominio.

Se ha discutido la naturaleza real u obligacional del poder de adquisición-disposición que tiene el adquirente durante la pendencia. El adquirente, donatario en este caso, tiene el poder de disposición con la extensión con que lo ha recibido: podrá disponer para sí o para otro que adquirirá o no con sujeción al evento. Este derecho es de carácter absoluto o real, pues opera directamente sin necesidad de nueva actividad del donante o transmitente. Es transmisible y oponible a terceros. Pero carece de contenido posesorio.

No es éste el lugar adecuado para entrar en el tema de la posesión de los derechos en nuestro sistema legislativo. Pero aún reconociendo lo discutible en la anterior afirmación, creo que es innecesario acudir al remedio de la posesión del derecho para construir el ejercicio del poder de disposición sin transferencia simultánea de la propiedad. Durante la pendencia, la posesión la tiene el donante. El poder de disposición no requiere contacto físico, ni siquiera la posesión mediata o inmediata, directa o indirecta, sobre la cosa de la que dispone. El donatario tiene el poder de adquisición-disposición y lo ha adquirido sin necesidad de entrega. Esto ocurre tanto en la esfera de los actos gratuitos como en los onerosos. No se transmite el poder de disposición por medio de título y modo porque, al no haber posesión, no hay posibilidad de entrega. La transmisión del poder de adquisición-disposición tiene lugar por simple consenso.

Este modo de enfocar el tema conduce a la conclusión de que en la transmisión onerosa con período de pendencia, se produce una quiebra al sistema de adquisición por título y modo. Si en el momento de contratar una venta sujeta a pendencia, lo que se traspasa sin entrega es el derecho de disponer, y el comprador adquiere el dominio sin entrega por el sólo cumplimiento del evento (art. 1.114 del Código Civil) la consecuencia es que la transmisión se ha producido por simple consenso. No por título y modo.

Prácticamente se llega a un punto crítico de muy difícil solución. La disyuntiva es:

(26) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1984, págs. 611 y sigs.

- Si hay contrato de compraventa y no hay entrega, el comprador no es propietario. Cuando recibe se convierte en propietario por obra de la tradición. Hasta tanto, sólo es un acreedor que puede exigir el cumplimiento de la obligación. No puede transmitir ni disponer del objeto donado hasta que lo reciba. No puede, hasta ese momento, reivindicar.
- En el mismo supuesto, si el comprador y vendedor han acordado el distanciamiento (plazo, condición), el comprador adquiere al menos el poder de disposición, que es eficaz frente a terceros y transmisible. Y, además, adquirirá el dominio por la sola llegada del evento sin necesidad de tradición. Igual ocurre con la donación (arts. 1.114 del Código Civil y 23 de la Ley Hipotecaria).

Las posibilidades de salvar esta contradicción serían las siguientes:

- Considerar que el derecho del comprador o donatario es, durante la pendencia, meramente obligacional. Argumento rechazable porque impediría los efectos reales del acto y la inscripción registral.
- Defender que se trata de una adquisición *a domino* pero *ex lege*, tesis difícil de defender porque aquí el comprador adquiere por la voluntad que tiene el vendedor de transmitirle.
- Aceptar que se trata de una excepción al sistema de título y modo. Con esta explicación se entraría de lleno en la necesidad de admitir la transmisión del dominio por consenso o por acto de disposición.

2.2. *El acto dispositivo consensual en el Código Civil*

La venta con el plazo o condición suspensiva no se puede catalogar como un supuesto de transmisión consensual. El texto del artículo 609 del Código en relación con el 1.462 es demasiado categórico.

No cabe más que suponer que aquí se produce un acuerdo de carácter dispositivo. Pero es absolutamente ilógico mantener que si la obligación es exigible desde luego haga falta la tradición, y que si lo es al cabo de cierto tiempo, no sea necesaria. Se trataría de admitir una forma de tradición de carácter dispositivo mediante acuerdo de voluntades, que sólo puede producirse cuando se aplaza o condiciona la obligación.

En el caso contemplado se adquiere por obra de la voluntad expresada contractualmente que, en este caso, tiene efectos más que obligacionales, transmisivos. No es probable que en la vida cotidiana un vendedor no se proponga transmitir la propiedad. Su voluntad es la misma tanto si aplaza la entrega como si no. Su voluntad se manifiesta igual en uno y otro caso.

Celebra el contrato de compraventa y dice que vende. En ambos casos va a entregar la cosa, o de inmediato o al cabo de cierto tiempo, pero la va a entregar. Es la Ley la que en un caso u otro va a dar distintos efectos a los mismos actos y manifestaciones. La incongruencia no puede ser mayor. Basta con que el vendedor, de acuerdo con el comprador, aplaze un día el efecto del contrato para que la transmisión se consume sin tradición. En este aspecto la compraventa diferida y la donación tienen el mismo efecto. Transmiten por sí mismas el poder de disposición-adquisición.

Hay que intentar buscar los puntos de coincidencia entre ambos "títulos" y la diferenciación que puedan tener con la compraventa con obligación de entrega exigible desde luego. Para más fácil exposición voy a llamar convencionalmente "compraventa" a esta última, y cuando hay diferimiento acordado o *de iure*, "compraventa diferida", aun reconociendo lo impreciso de la terminología.

En la compraventa, la obligación del vendedor tiene distinto carácter según que la obligación recíproca esté cumplida o no. Mientras que el comprador no pague (arts. 1.124, 1.500 y siguientes del Código) la obligación puede resolverse a facultad del vendedor. Una vez que se efectúa el pago (art. 1.500) la obligación de entregar es inexcusable. Esta incertidumbre, que no existe en los contratos lucrativos, puede justificar el distinto tratamiento entre la compraventa y la donación. Lo que racionalmente debe detener el traspaso del dominio es la situación inestable de la obligación hasta que se produce o se garantiza el pago. No parece lógico atribuir ya la propiedad al comprador cuando, si no paga o se aviene a pagar, el vendedor puede optar por no seguir adelante y dejar las cosas como están. Esto no ocurre en la donación, por falta de reciprocidad.

En la compraventa diferida, la obligación de entregar no se produce hasta el evento. Antes se habrá pagado o no, e incluso en el momento del evento podrá no haberse pagado. Pero lo que diferencia este supuesto del anterior es que consta en el mismo título una determinación del momento de traspaso, incluso en los supuestos en que pueda parecer indeterminado, como en la condición, porque, a pesar de la incertidumbre, el evento escapa a la voluntad de las partes y queda determinado e inalterable para ellos y para terceros. Podrá haber incertidumbre en el *quando*, pero en cualquier caso llegará la certidumbre cuando el evento se produzca o se sepa que ya no se va a producir. En la compraventa diferida hay algo que en las demás no existe: la fijación consensual de un evento determinante del efecto.

Lo que diferencia ambas compraventas en el aspecto que aquí señalo, es que en la primera hay indeterminación del momento transitorio, cuya determinación dependerá de las partes, mientras que en la segunda hay determinación o indeterminación no dependientes de ellas.

En la donación diferida se produce la misma situación que en la com-

praventa diferida. En la donación no diferida, por la falta de reciprocidad, no se produce el período previo de la obligación y, por consiguiente, entra dentro del mismo supuesto.

La arquitectura del sistema de transmisiones podría ser la siguiente:

La determinación del efecto transmisivo se efectúa:

A) En el acto gratuito:

- a) No diferido: Por la aceptación de la donación (determinación legal).
- b) Diferido: Por el evento (determinación legal).
- c) Si hay acuerdo dispositivo expreso de las partes, por determinación de las mismas con prioridad a la determinación legal (determinación voluntaria).

B) En el acto oneroso:

- a) No diferido: Por la entrega (determinación legal).
- b) Diferido: Por el evento (determinación legal).
- c) En ambos: Si hay acuerdo dispositivo expreso de las partes, por determinación de las mismas con prioridad a la determinación legal (determinación voluntaria).

Los supuestos c) pueden tener su fundamento en el artículo 1.463, aplicable por extensión a los inmuebles, como antes dije.

Se discute si a la vista de este precepto, el acto dispositivo consensual sólo es posible "si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta". ALBALADEJO (27) interpreta que el espíritu del precepto es que "si cabe la entrega material de la cosa al momento del contrato, no puede ser sustituido por el simple acuerdo traditorio, cuando la cosa esté destinada ya al adquirente desde ahora; pero sí pueda ser sustituida cuando se pretende que la cosa siga, por lo menos por cierto tiempo en manos del transmitente (por ejemplo, como arrendatario, como comodatario, como depositario, etc.), ya que, en otro caso, se obligaría a una inútil entrega material al adquirente, puesto que estando pensando que la cosa siga en manos del transmitente, aquél habrá de entregársela de nuevo a éste".

Por mi parte creo que este precepto se está refiriendo al aspecto obligatorio de la compraventa, a la obligación de dar la cosa. Lo que posibilitaría siempre acordar el traspaso del dominio antes de la entrega. Distinto es que, si no hay acuerdo traslativo, sea la entrega (cumplimiento de la obligación) la que opere el traspaso. La obligación de entregar la posesión

(27) *Derecho civil*, ob. cit., pág. 155.

puede estar desconectada del acuerdo traslativo del dominio, por lo que, aunque se haya acordado el traspaso del dominio sin entrega, sigue subsistiendo la obligación de entregar. Por ejemplo, si el propietario que cultiva directamente la finca la vende, puede acordar válidamente que el comprador la adquiera desde el momento del contrato, pero que se la entregue cierto tiempo después. Este acuerdo transmite el dominio y no va contra el artículo 1.463, porque no ha habido entrega. Al cumplirse el plazo tiene que entregar físicamente porque si no hay incumplimiento. Si en el momento las partes se reunieran y suscribieran un documento en que se dijese que mediante el mismo se efectúa la entrega, pero el vendedor siguiese teniendo la finca sin otro título, en realidad la entrega no se habría efectuado y seguiría obligado a entregar.

En definitiva, los casos anteriores quedarían resumidos del siguiente modo:

A) Acuerdo traslativo expreso.

Siempre debería ser posible el acuerdo traslativo expreso de las partes. Tanto en los actos onerosos como gratuitos. Producida la declaración expresa de voluntad de transmitir, la transmisión queda efectuada sin necesidad de entrega. Si en ese momento no se ha entregado, subsiste la obligación de entregar.

La fijación de una condición o plazo suspensivo equivale a estos efectos a un acuerdo expreso de transferencia al cumplirse el evento.

B) Acuerdo traslativo tácito.

En los actos onerosos se presume su existencia en el otorgamiento de contrato traslativo y la transmisión en el momento de la entrega.

En los actos gratuitos se presume su existencia en el momento del otorgamiento del título y la transmisión en el mismo instante.

2.3. *El requisito de la forma*

El artículo 1.280 del Código establece que "deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles". Y el 1.279 que "si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez".

Se acepta unánimemente que el efecto traslativo en los contratos onerosos relativos a inmuebles (compraventa), se produce por la conjunción de contrato y entrega, sin que sea necesario que consten en escritura pública. No obstante, las partes podrán compelerse a otorgarla, lo que será conveniente a efectos de prueba, e incluso necesario para lograr la inscripción en el Registro de la Propiedad y la plena eficacia frente a terceros.

Hay dos aspectos a tener en cuenta: el simplemente contractual y obligatorio, entre partes (art. 1.279), y el real. En el primer aspecto la exigencia de la forma escritura pública es poco relevante. Las partes vendrán obligadas entre sí a cumplir el contrato. Si acaso la forma pública reforzará la prueba de los pactos entre partes, si una se niega a admitirlos. Pero nada más.

Es en la esfera de los derechos reales donde se pone de manifiesto la importancia de la forma escrita y pública. El artículo 1.227 permite que, si no concurren las circunstancias del mismo, el tercero no interviniente en el contrato lo ignore o no le perjudique su fecha. Pero lo que verdaderamente atribuye el derecho no es la forma pública del título, sino la prioridad en la posesión o la inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 1.473 para los casos de conflicto). Ello no quiere decir que la forma pública carezca de importancia a estos efectos. Un ejemplo puede aclarar este punto. Secundus vende un inmueble a Primus en documento privado y no se lo entrega. Posteriormente lo vende también en escritura pública a Tertius al que se lo entrega. Según el artículo 1.473 Tertius, aun admitiendo la validez y fecha del contrato de Primus, adquiere. Pero si el título de Tertius, en lugar de ser público, fuese un documento privado, Primus podría desconocerlo y, aun admitiendo la posesión de Tertius, intentar considerarlo como un mero poseedor sin título.

De esto se infiere que, en la esfera externa, frente a terceros, es donde se manifiesta la importancia de la forma pública, hasta tal punto que, incluso en casos de no inscripción registral, la adquisición onerosa con título privado puede no mantenerse frente a tercero y ser resuelta.

Para las donaciones, el Código Civil es mucho más exigente. El artículo 633 establece que "para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública". La literalidad del texto induce a considerar que la falta de forma afecta a la validez incluso entre partes. Pero si se admite la validez de la obligación de donar, el artículo quedaría circunscrito a la donación en cuanto negocio traslativo. Los requisitos a que se está refiriendo el artículo 1.279 son los de la validez de los contratos: consentimiento, objeto y causa. La validez a que se refiere el artículo 633 es la de la donación como acto traslativo del dominio, como medio de adquirir la propiedad. Basta observar la colocación de uno y otro en el Código. El 633 en el Libro Tercero, "De los diferentes modos de adquirir la propiedad". El 1.279 en el Libro Cuarto, "De las obligaciones y contratos".

La donación efectuada en documento privado y aceptada del mismo modo, sólo supondría la constitución válida de una obligación de transmitir por donación. El donatario podría exigir al donante el cumplimiento de su obligación. El contrato no sería oponible a terceros. Si se eleva a escritura pública, su otorgamiento equivaldría a la transmisión del dominio, de un lado porque la donación como acto traslativo transmite la propiedad (art. 609) y además la escritura podría considerarse como una forma de tradición instrumental (analogía con el artículo 1.462).

Una aplicación de este criterio se encuentra prácticamente contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1989, que el tratar de las excepciones a la libertad de forma contractual, dice que "una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código Civil, precepto que, de manera *pacífica*, reiterada y uniforme, ha venido interpretando esta Sala... en plena coincidencia, por otro lado, con el criterio de la doctrina *científica*, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen validez, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se *refieren* (que es el aspecto que aquí nos interesa) si no aparecen instrumentadas en escritura pública".

3. DONACIONES "MORTIS CAUSA"

Interesan sólo aquí las donaciones *mortis causa* que suspenden el efecto hasta la muerte del donante (suspensivas). La muerte es el evento desencadenante de la transmisión sin entrega de la posesión. Como dice VALLET DE GOYTISOLO (28) "en lo que los autores están de acuerdo es en que el dominio de la cosa que se donó sin previa tradición pasa automáticamente en el momento de fallecer el donante a ser propiedad del donatario". En este tipo de donaciones (sigue VALLET) (29) "no hay más que una disposición para el futuro, sin vinculación actual, pues el donante a nada se obliga —sólo dispone para *mañana*— y ni siquiera puede obligarse. Uno se puede obligar a realizar ciertas prestaciones, pero nunca a *verificar* una donación. Pues las donaciones son actos gratuitos y su causa es el *animus donandi*; y, por lo tanto, no podrán considerarse como tales las transmisiones *verificadas* en cumplimiento de una obligación contraída anteriormente. La conjunción de los términos 'obligarse a donar' así enlazados resulta un absurdo inaceptable".

(28) *Ob. cit.*, pág. 53.

(29) *Ob. cit.*, pág. 83.

Una de las diferencias que la doctrina ha venido señalando entre las donaciones *inter vivos* y *mortis causa* es la naturaleza revocable de las últimas. GALINDO y ESCOSURA (30) lo expresaban así al referirse a las reglas de Derecho civil a que han de ajustarse para su validez las donaciones: "Son éstas de dos clases: donaciones *inter vivos* y donaciones *mortis causa*. La diferencia capital de unas a otras consiste en que por las primeras lo que hoy se da y en la forma que se da es irrevocable, mientras que en las segundas es siempre revocable". La jurisprudencia también ha expresado la naturaleza revocable de este tipo de donaciones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de enero de 1975 dice: "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* y son ineficaces si no se justifican por ninguno de los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias".

Si se aplica este criterio a las donaciones *mortis causa* con efecto suspensivo, hasta la muerte del donante (si premuere) no hay transmisión del dominio. Pero creo que se olvida que la donación no es un acto unilateral, como el legado, sino bilateral, y que la intervención del donatario añade algo que impide aplicar el mismo criterio de revocabilidad que a las disposiciones sucesorias (unilaterales).

Por este motivo difiero de la opinión generalizada. Si el donante no se obliga, no hay consecuencia jurídica. Las condiciones producen el efecto de suspender la eficacia jurídica de una obligación, relación o negocio. Pero si jurídicamente no hay nada, nada queda suspendido. Creo que la emisión de voluntad del donante es una declaración de voluntad que tiende a producir un efecto jurídico. Mientras el destinatario no la conoce y acepta, no hay nada. La declaración pende a la espera de su aceptación, pero ningún efecto está suspendido y el donante puede arrepentirse porque la obligación no ha nacido. Aceptada por el donatario, el donante queda obligado y ya no puede arrepentirse. Es entonces cuando comienza la suspensión del efecto. El donatario no adquirirá el dominio hasta que el donante muera, si es que le premuere. Defender otro punto de vista es negar la posibilidad de existencia de las obligaciones sin contraprestación. O lo que es igual, considerar que la obligación unilateral no existe.

Hay una cuestión importante en las donaciones *mortis causa*: es si el donatario debe y puede aceptar antes de la muerte del donante. Pienso que puede y debe aceptar antes. La donación *mortis causa* tiene, aunque parece

(30) LEÓN GALINDO Y DE VERA y RAFAEL DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*, tomo I, Madrid, 1880, pág. 348.

un contrasentido, naturaleza de acto *inter vivos*. Por consiguiente, la exigencia de aceptación está en el artículo 630.

Si se lleva esta opinión a sus consecuencias lógicas, no cabe la aceptación después de la muerte del donante, puesto que hasta que se acepta no hay obligación y el causante, a su sucesión, no transmite más que sus derechos y obligaciones (arts. 634 y sigs.). De no ser así el negocio no sería una donación *mortis causa*, sino una disposición sucesoria. En la donación *mortis causa* la muerte no es la causa del efecto transmisorio como lo es en la sucesión, sino el evento que produce el levantamiento de la suspensión de los efectos.

II. REVOCACIÓN DE LAS DONACIONES

Durante el estado de pendencia (emisión de voluntad no aceptada) no puede hablarse en sentido propio de revocación, puesto que la obligación no ha nacido. El donante, del mismo modo que ha lanzado su oferta, la puede retirar.

Cuando la donación se acepta, nace la obligación, que no puede ser resuelta unilateralmente. Podrá resolverse por las causas de resolución de las obligaciones y, por supuesto, será también resoluble por las causas de revocación.

El artículo 37 de la Ley Hipotecaria establece que las acciones revocatorias "no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley". De aceptar la tesis que mantengo de la irrevocabilidad de la donación aceptada, la norma no requiere comentario. Si el donatario está a salvo, mucho más lo estará el tercer adquirente. Y lo mismo ocurrirá si consta inscrita la renuncia del donante a revocar. Pero si se considera que la donación es naturalmente revocable, el precepto salvaguarda la adquisición del tercero que adquirió del donatario e inscribió su adquisición.

Sobre los requisitos que ha de reunir este tercero para estar protegido contra la acción de revocación, parece suficiente con la inscripción de su título, que es la única exigencia del artículo 37. No es necesario que el donatario que le transmite el derecho lo tenga inscrito. Aquí es eficaz el asiento de inmatriculación (sin perjuicio de sus limitaciones temporales) y no es necesaria la buena fe. Quien compra a un donatario sabe siempre (de admitirse la tesis de la revocabilidad) que el donante puede revocar. Este conocimiento no le convierte en un adquirente de mala fe. Sólo en el caso de que la acción de revocación hubiese sido interpuesta antes de que el donatario transmita al tercero y la anotación de demanda sea posterior, cabría plantearse la cuestión de la buena fe (desconocimiento de la acción

interpuesta). Pero creo que, aún en este caso, la mala fe no frena la protección, ya que el artículo 37 no la exige y no se está vulnerando el derecho del donante que, cuando donó, ya sabía que el donatario podría transmitir a un tercero y dejar ineficaz su posible decisión futura de revocar.

El citado artículo 37 de la Ley Hipotecaria deja también a salvo el tercero de "las acciones de revocación de donaciones, en el caso de que no cumpla el donatario las condiciones inscritas en el Registro". La norma es clara y debe referirse no sólo a la donación condicional, sino incluso a la modal.

III. EL DERECHO DEL DONATARIO

La posición del donatario como dueño de la cosa donada es más frágil que la de cualquier adquirente a título oneroso. Puede examinarse su situación en relación con el donante y con los titulares que le hayan precedido en la cadena de la titularidad, o tengan derechos emanados del mismo.

1. FRENTE AL DONANTE Y SUS SUCESOSES

En la elección entre la adquisición lucrativa del donatario y determinados intereses personales, familiares o sucesorios del donante, la ley prefiere estos últimos. Son los supuestos de revocación de donaciones en sentido estricto. A diferencia de la revocación de que antes he tratado (facultad del donante de arrepentirse), aquí se trata de donaciones que obligan al donante o que ya han sido consumadas.

Las causas de revocación reguladas en la Ley pueden ser clasificadas en función de los intereses a proteger, del siguiente modo:

1.1. *Protección de los derechos de la persona*

Revocación por ingratitud (art. 648). Es posible en los casos en que donatario cometiere algún delito contra la persona, honra o bienes del donante, o le imputase un delito de los que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su mujer o los hijos constituidos bajo su autoridad, o si le niega indebidamente los alimentos.

Los hechos anteriores no determinan de por sí la revocación de la donación, sino que otorgan al donante la facultad de revocar. La acción de revocación del donante por causa de ingratitud no es renunciante anticipa-

damente, prescribe al año a partir del momento en que tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción (art. 652), y no se transmite a sus herederos, si el donante, pudiendo, no la hubiese ejercitado (art. 653).

Los efectos de esta revocación son los siguientes: si la donación se ha consumado, se restituye el dominio al donante, o lo que es igual, el donante lo adquiere de nuevo. No se trata de una anulación del título de adquisición del donatario, ya que este adquirió con todos los requisitos legales, sino de una adquisición que se resuelve forzosamente para el donatario por el ejercicio de la acción de revocación por causa de ingratitud. De ahí que la devolución de los frutos de la cosa sólo afecta a los producidos desde la interposición de la demanda (art. 651).

La acción de revocación por ingratitud no afecta a los herederos del donatario, a no ser que a la muerte de éste se hallase interpuesta la demanda.

Protección de los terceros. Los terceros adquirentes del dominio o derechos reales sobre la cosa donada con anterioridad a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad, están protegidos frente a la acción de revocación (art. 649). Será el donatario o sus herederos, en su caso, quienes respondan con el resto de su patrimonio del valor de los bienes enajenados (art. 650). No es necesario acudir a la protección registral (art. 37 de la Ley Hipotecaria).

En este aspecto, el donatario, en la esfera externa, es un titular del mismo grado que cualquier adquirente a título oneroso. Los posibles terceros que quieran contratar con él la adquisición de la cosa donada o constituir un derecho real limitado sobre la misma, no deben estar preocupados por la conducta futura del donatario, pues sus posibles ingratitudes con el donante no les afectan.

1.2. *Protección de derechos familiares*

Se trata de la sobreveniencia o supervivencia de hijos.

Cuando el donante al efectuar la donación no tiene hijos y los tiene después de donar o aparece vivo el que tenía por fallecido, puede revocar la donación en el plazo de cinco años. La acción es **irrenunciable** y se transmite a sus descendientes (31).

Los terceros están protegidos, igual que en el caso anterior. El artículo 645 del Código establece que "rescindida la donación por la supervivencia

(31) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1989 reconoce la constitucionalidad del artículo 644 del Código Civil que establece esta causa de revocación.

de hijos se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiese vendido. Si se hallaren hipotecados podrá el donante liberar la hipoteca pagando la cantidad que garantice, con derecho a reclamarla del donatario. Cuando los bienes no pudieren ser restituidos se apreciarán por lo que valían al tiempo de hacer la donación".

1.3. *Protección de los derechos de sucesión*

a) *Inoficiosidad de las donaciones*

El artículo 636 del Código Civil establece que "ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento". Y el artículo 654, que "las donaciones que con arreglo al artículo 636 sean inoficiosas computando el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte deberán ser reducidas en cuanto al exceso; pero esta reducción no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos. Para la reducción de estas donaciones se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código".

"Sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima o a una parte alícuota de la herencia y sus herederos o causahabientes. Los comprendidos en el párrafo anterior no podrán renunciar a su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa ni prestando el consentimiento a la donación. Los donatarios, los legatarios que no lo sean de parte alícuota y los acreedores del difunto no podrán pedir la reducción ni aprovecharse de ella" (art. 655).

"Si siendo dos o más las donaciones no cupieren todas en la parte disponible, se suprimirán o reducirán en cuanto al exceso las de fecha más reciente" (art. 656).

Los artículos 820 y 821 establecen las reglas de la reducción, que en resumen son:

- El derecho del legitimario se protege antes que el del donatario.
- El del donatario antes que el del legatario.
- El donatario más antiguo es preferido al más moderno (art. 656).
- Se admite el orden de preferencia establecido por el donante.

El efecto que se produce es el deber de restitución del valor que falta para cubrir íntegramente las legítimas. No es que el donatario no haya adquirido la propiedad de lo donado, sino que establecida una pugna de intereses cede la adquisición lucrativa del donatario. Los supuestos son:

- Si hay que reducir íntegramente la donación, el donatario viene obligado a reintegrar la finca (art. 821).
- Si la reducción es en parte y no admite cómoda división, lo donado quedará a favor del donatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, abonando la diferencia en dinero.

b) Colación

El artículo 819 establece: "Las donaciones hechas a los hijos que no tengan el concepto de mejoras se imputarán a su legítima. Las donaciones hechas a extraños se imputarán en la parte libre que el testador hubiese podido disponer por su última voluntad. En cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la parte disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes". Ver artículos 820 y 821, antes citados.

Los terceros adquirentes del donatario también quedan a salvo, como en los supuestos anteriores.

FRENTE A TERCEROS

El derecho del donatario puede venir afectado por ataques que procedan de terceros, bien sean acreedores del donante o titulares de derechos reales que le preceden en la cadena de titularidades o que traigan causa de él.

2.1. *Acreedores del donante*

Se trata de titulares de créditos contra el donante. Frente a ellos prevalece el derecho real adquirido por el donatario (art. 643). Pero si la donación fue efectuada en fraude de acreedores (art. 1.291.3.º) prosperará la acción pauliana y la adquisición del donatario podrá ser rescindida.

En este punto hay una desventaja para el donatario, ya que "se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos en virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito" (art. 1.297, apartado 1). El donatario está obligado a probar que no adquirió en fraude, mientras que el comprador no lo está.

El Registro de la Propiedad no protegerá al donatario en este caso, pues las rescisiones de enajenaciones en fraude de acreedores perjudicarán a tercero "cuando hubiese adquirido por título gratuito" [art. 37.4.º.a) LH].

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1991 hace una aplicación de esta regla al dar preferencia a una anotación de embargo por

créditos vencidos antes de una donación (venta simulada) inscrita antes de la anotación.

2.2. Titulares de derechos reales anteriores

Si se trata de propietarios que anteceden al donante en la cadena de la titularidad, de aquellos de los que directa o indirectamente emana su derecho, será la existencia de algún defecto en el título de adquisición del donante o sus causahabientes lo que le haya impedido consumir su adquisición. El donatario vendrá afectado por la posible resolución del derecho del donante que se declare después de la inscripción de la adquisición por donación. Su adquisición podrá verse resuelta por tal causa, lo mismo que lo sería si fuese un adquirente a título oneroso. Pero a diferencia de éste, vendrá afectado por la resolución aun en el caso de haber adquirido de un titular registral, haber inscrito su título y ser de buena fe, ya que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o **transferente**" (art. 34, apartado 3.º, LH).

2.3. Titulares de derechos emanados del donante

La regla a aplicar debería ser *prior tempore, potior iure*, sin distinguos entre adquirentes a título gratuito u oneroso. Sin embargo, el tema es complejo y requiere alguna precisión. El supuesto tipo es la doble enajenación del donante, bien se trate de dos enajenaciones a título lucrativo (dos donaciones) o una a título lucrativo y otra a título oneroso (donación y compraventa).

El Código Civil ha regulado la doble venta (art. 1.473), pero no los conflictos con adquirentes por donación. Quizá porque se piense que la adquisición lucrativa debe ceder siempre ante el adquirente a título oneroso.

a) Doble enajenación lucrativa

El supuesto parece claro: el primer donatario adquiere. Cuando el donante efectúe la siguiente donación ya no será propietario, lo que impide la adquisición del segundo. Además, si quiere hacer una segunda donación por creer que la primera no es válida o no ha transmitido el dominio (por ejemplo, el inmueble donado sigue en su poder), lo normal sería que intente previamente una revocación de la primera. Pero si no es así las dos donaciones se producen y la entrega la realiza el donante al segundo donatario; el primero dispondrá frente a él de la acción reivindicatoria.

Si ambas donaciones constan en escritura pública y el segundo donatario llega antes al Registro e inscribe su título, debe plantearse si hay posibilidad de protección registral y si se produce una adquisición *a non domino* a favor del segundo donatario. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria no es de aplicación, pues se refiere a anulaciones o resoluciones del derecho del otorgante (donante) que se produzca después de la inscripción del tercero (donatario). No debe plantearse la inaplicación de este precepto por el hecho de que el donatario sea a título gratuito (que lo es), sino porque en este caso ni se anula ni se resuelve el derecho del donante, sino que se trata de un título emanado del mismo, el del primer donatario, que pugna con el del titular inscrito (el segundo donatario). Pero en cambio se puede aplicar el artículo 32. Creo que se trata de un caso claro de aplicación de este precepto. La no oponibilidad del título del primer donatario al del segundo que ha inscrito consuma una adquisición *a non domino* a favor de éste que no sólo podrá oponer su inscripción a los ataques del primer donatario, sino que podrá obtener la posesión reivindicando.

b) Donatario frente a comprador

1) El título del comprador es anterior

Si no ha habido tradición a favor del comprador, el título del donatario, a pesar de ser posterior, lo hace propietario aun sin entregas. Si el comprador, que incluso puede haber pagado el precio, se siente lesionado, podrá acudir a las acciones pertinentes. Pero no por eso el donatario habrá dejado de adquirir. El comprador tendrá contra el vendedor las acciones de incumplimiento y resolución del contrato (art. 1.124), pero no podrá obtener la de cumplimiento *in natura* como no haya logrado una rescisión de la adquisición del donatario por fraude que se presume que existe en las transmisiones gratuitas. Pero si el donatario prueba la inexistencia de fraude (la existencia de otros bienes para responder), la adquisición del donatario no se rescinde y se mantiene. Y también se mantendría si se ha producido la prescripción para el ejercicio de la acción por el transcurso de cuatro años. Si el donatario logra además inscribir su título por llegar antes al Registro de la Propiedad, el artículo 37 de la Ley Hipotecaria conduce al mismo resultado.

Si hay entrega al comprador con título anterior, éste adquiere. Cuando el vendedor dona después el donatario no adquiere, puesto que al efectuarse la donación ya no era propietario. Pero si el título de donación accede al Registro y se inscribe antes que la venta, de admitirse la tesis dualista el

donatario podría consumir una adquisición *a non domino* por la vía del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, dejando a salvo los efectos de la acción rescisoria. La objeción fundamental es que, según los partidarios de la tesis unitarista de la eficacia ofensiva de la inscripción, el donatario es un adquirente al que le falta uno de los requisitos hipotecarios para la protección registral: la onerosidad. El último párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria antes transcrito establece que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviese su causante o transferente". Este artículo bien interpretado no es aplicable a este supuesto, porque aquí el donante no va a sufrir ningún ataque a su derecho ni a su título, que no se va a resolver ni anular. Si se resolviera o anulara sería por la existencia de nulidad, anulabilidad o causa de resolución en su título de adquisición, y este efecto alcanzaría al donatario, que aunque reuniera los demás requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria no estaría protegido. Pero en el caso examinado se trata de un ataque que recibe la adquisición del donatario, no la del donante, de un derechohabiente de éste. Debe observarse además que el donatario está protegido civilmente excepto cuando hay una enajenación en fraude. Y sería un contrasentido admitir que si civilmente lo está, no lo esté registralmente.

2) El título de comprador es posterior

En estos casos siempre adquiere el donatario. Cuando el donante vende a un tercero el inmueble donado, el comprador no adquiere por falta de título en el donante. En la esfera *extrarregistral* el título del comprador no puede nada contra el derecho del donatario. No cabe ni la acción de rescisión por fraude, ya que el donatario tiene título anterior. Pero si el comprador, por llegar al Registro, inscribe, consumará una adquisición *a non domino* con apoyo del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, aun sin reunir los restantes requisitos del artículo 34 según la tesis dualista.

IV. CONCLUSIONES

a) Debe admitirse la posibilidad de que las partes interesadas en una donación formalicen la obligación de donar, que será plenamente válida y exigible por el donatario una vez que la haya aceptado.

b) La transmisión del dominio al donatario se lleva a cabo:

1) Por determinación expresa de las partes, que tienen libertad de pactar sin necesidad de entrega el momento en que ha de efectuarse la

transmisión de dominio. Este acuerdo dispositivo consensual por causa de donación produce la transmisión del dominio entre partes aun sin cumplimentar la forma de escritura pública. Pero la transmisión podrá ser ignorada por terceros a quienes no afecta la fecha ni el contenido del documento privado.

2) En defecto de pacto expreso, el otorgamiento de la escritura pública de donación transmite el dominio al donatario sin necesidad de entrega material por obra del artículo 609 del Código. Se produce el mismo efecto que con el otorgamiento de escritura pública de compraventa (tradición instrumental del art. 1.462). Un mismo acto material, la escritura pública, produce los mismos efectos, la transmisión del dominio, aunque con distintos fundamentos legales, según que se trate de transmisión onerosa o lucrativa.

3) La adquisición del donatario en los dos casos anteriores se produce, aunque el donante no tenga la posesión del inmueble donado, por poseerlo un tercero a título de dueño.

4) La entrega material de la posesión al donatario con base a una donación no instrumentada públicamente produce el mismo efecto que el acuerdo consensual sobre el momento de transmitir tiene validez entre las partes, pero no puede ser ignorada por los terceros.

No existen razones históricas ni esenciales para separar las adquisiciones por donación del sistema general de adquisición por título y modo. Pero mientras subsista el artículo 609 del Código Civil en su redacción actual hay que aceptar que la donación de inmuebles efectuada en escritura pública transmite el dominio sin entrega y que la efectuada en documento privado obliga al donante frente al donatario.

El donatario adquirente del dominio goza de una menor protección jurídica que el adquirente a título oneroso, puesto que:

- La adquisición del donatario no se mantiene cuando se produce revocación por el donante en los supuestos establecidos en la Ley.
- Se presume que la adquisición del donatario es en fraude de acreedores, por lo que se puede rescindir si el donatario no logra probar la inexistencia del fraude. Si la adquisición es a título oneroso será el acreedor el que tendrá que probar su existencia.
- El donatario que inscribe su título en el Registro de la Propiedad no puede consumir una adquisición *a non domino* con base en la eficacia ofensiva de la inscripción si posteriormente se anula o resuelve el derecho del donante por causas que no constan inscritas. Pero puede consumirla frente a titulares de pretendidos derechos que no hayan accedido antes al Registro de la Propiedad.

c) El adquirente a título oneroso de un donatario goza prácticamente de la misma protección de quien, a su vez, lo hizo a título oneroso.

JUAN MONTERO LEÓN
Abogado