Universitat de València – Facultat de Dret

Departament de Dret Civil

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

TESIS DOCTORAL

La donación obligacional. Una contribución al régimen jurídico de las prestaciones gratuitas atípicas en el Derecho español

Doctorando: José María Cardós Elena

Director: Prof. Dr. Jesús Estruch Estruch

Catedrático de Derecho Civil

València, octubre de 2024

A la memoria de mi padre

ÍNDICE

ABREVIATURAS **13**

RESUMEN **15**

CAPÍTULO PRIMERO. INTRODUCCIÓN **18**

1. Antecedentes y estado de la cuestión 18
2. Hipótesis 21
3. Objetivos de la Tesis 22
   - 3.1 Objetivos generales 22
4. Metodología 23
5. Ausencia de normas generales relativas a los negocios gratuitos 24
   - 5.1 Alusiones normativas a la gratuidad en el CC 25
   - 5.2 Reglas comunes para los negocios gratuitos en el CC 27
6. Negocios gratuitos atípicos y realidad social: la importancia de la potenciación del altruismo y de la generosidad 31

CAPÍTULO SEGUNDO. LA EFICACIA TRANSMISIVA DE LA DONACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL **35**

1. La necesaria determinación inicial de la eficacia transmisiva de la donación en el CC 35
2. Argumentos a favor de la donación como contrato obligacional y su crítica 35
   - 2.1 El carácter 'defectuoso' del art. 609 CC 35
   - 2.2 La definición 'omnicomprensiva' del art. 618 CC 40
   - 2.3 El art. 621 CC 42
   - 2.4 La aparente antinomia entre los arts. 623 y 629 CC 46
   - 2.5 El art. 629 CC 50
   - 2.6 El segundo párrafo del art. 632 CC 52
   - 2.7 La donación como supuesto de renuncia de la propiedad 56
   - 2.8 La donación sometida a término o a condición suspensiva 58
3. Argumentos a favor del carácter traslativo de la donación regulada en el CC y su crítica 61
   - 3.1 Argumentos históricos 61
     - 3.1.1 Antecedentes históricos 65
       - a) Derecho romano clásico y posclásico 65
       - b) Derecho justinianeo 66
       - c) Derecho castellano histórico 69

d) Doctrina de la Edad Moderna 72
e) Doctrina del siglo XIX 74
f) Jurisprudencia del siglo XIX 77
g) Comparación entre la regulación del CC y el derecho anterior 80
3.1.2 Antecedentes legislativos 81
a) Anteproyecto de CC de 1882-88 81
b) Ley de bases de 1888 87
c) Debates parlamentarios 89
3.1.3 La trascendencia de la interpretación histórica de la regulación de la donación 93
3.2 La alusión normativa a la naturaleza de la donación 94
3.3 El tratamiento sistemático de la donación en el CC 97
3.3.1 El art. 609 CC 97
3.3.2 La inclusión de la donación en el Libro III del CC 99
3.4 La calificación de la donación como acto 100
3.5 La alusión al poder de disposición 104
3.5.1 La disposición en la definición de la donación 104
3.5.2 La necesaria capacidad de disposición del donante 106
3.6 Las limitaciones objetivas de la donación 108
3.7 La ausencia de obligaciones a cargo del donante 113
3.8 Interpretación lógica e integradora de la regulación de la donación 119
3.9 La utilidad del recurso al Derecho comparado 120
4. Toma de postura: el CC concibe a la donación como un negocio dispositivo 122
5. La incorrecta alusión a la forma de la donación como supuesto respaldo a su carácter dispositivo 123
6. Irrelevancia de la caracterización de la donación como contrato, como modo de adquirir o como "título y modo" para la determinación de su eficacia transmisiva 132
6.1 La donación como contrato obligacional 132
6.2 La donación como modo de adquirir 135
6.3 La donación como "título y modo" 138
6.4 Nuestro punto de vista: el negocio de donación 140

CAPÍTULO TERCERO. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL. DISTINCIÓN CON OTROS NEGOCIOS 146

1. Planteamiento 146
2. Definición de donación obligacional 146
3. Características de la donación obligacional 148

3.1 Contrato atípico 148
3.2 Contrato gratuito 149
3.3 Contrato unilateral 149
3.4 Contrato obligacional 149
3.5 Contrato *inter vivos* 149
3.6 Contrato consensual 151
3.7 Contrato formal 152
3.8 Contrato causal 152
4. Delimitación de la donación obligacional frente a otros negocios 152
4.1 Promesa unilateral de donación sin necesidad de aceptación 153
4.2 Promesa o precontrato de donación 153
4.3 Donación dispositiva no aceptada 156
4.4 Donación dispositiva 159
4.5 Donación dispositiva aplazada o suspensivamente condicionada 160
4.6 Donación dispositiva de un crédito 160
4.7 Obligación natural 163
4.8 Liberalidades de uso 168
4.9 Dotación dineraria sucesiva de fundaciones 172

CAPÍTULO CUARTO. LA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA 176
1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo 176
1.1 Sentencias favorables a la donación como contrato obligacional 176
1.2 Sentencias que aludieron a "promesas de donación" distinguibles de la donación obligacional 189
1.3 Sentencias aparentemente contrarias a la donación obligacional 193
1.4 Sentencias que afirmaron expresamente que la donación transmite la propiedad sin necesidad de entrega o tradición 198
1.5 Sentencias que eludieron pronunciarse sobre la donación obligacional 201
2. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales 203
3. Valoración de la jurisprudencia 215
3.1 Jurisprudencia del Tribunal Supremo 215
3.2 Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales 217

CAPÍTULO QUINTO. FUNDAMENTACIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN EL DERECHO CIVIL COMÚN 219
1. Planteamiento 219
2. Argumentos en contra de la donación obligacional 219

2.1 Etimología de la palabra donación 219
2.2 Alteración de la mecánica transmisiva de la donación elegida por el legislador 221
2.3 El principio *donner et retenir ne vaut* 224
2.4 Creación del crédito en la persona del donante en el momento de perfección del contrato y su subsiguiente cesión al donatario 228
2.5 Ausencia de liberalidad y de gratuidad debido al carácter coercible del contrato 230
2.6 El art. 1901 CC 234
2.7 La prohibición de donación de bienes futuros 236
2.8 El pretendido carácter no formal del contrato 239
2.9 Injusticia e inequidad 241
2.10 Fraude de ley 243
2.11 Planteamiento absurdo 244
3. Argumentos a favor de la donación obligacional 247
3.1 El efecto dispositivo no constituye una característica esencial de la donación 247
3.1.1 Derecho justinianeo 248
3.1.2 Derecho castellano 248
3.1.3 Derecho navarro 248
3.1.4 Dret català 249
3.1.5 Dret tortosí 251
3.1.6 Derecho aragonés 252
3.1.7 Dret valencià 253
3.1.8 Derecho italiano 253
3.1.9 Derecho portugués 254
3.1.10 Recapitulación 254
3.2 La configuración de la donación obligacional como contrato atípico 256
3.2.1 Principio de autonomía de la voluntad 256
3.2.2 No transgresión de los límites a la autonomía de la voluntad 260
a) Ley imperativa 261
b) Moral 262
c) Orden público 262
3.2.3 Las características esenciales de los contratos 263
3.2.4 Las diversas clases de obligaciones 265
3.2.5 La causa liberal 266

3.2.6 Realidades sociológicas no satisfechas por la donación regulada en el CC 267
3.3 Donaciones dispositivas sometidas a plazo y a condición suspensiva 270
3.4 Donación de bienes determinables o genéricos 272
3.5 El art. 1807 CC 278
3.6 Donaciones por razón de matrimonio 285
3.7 Adquisición de obras de arte para oferta de donación 289
3.8 Propuestas normativas de regulación de la donación 290
3.8.1 Propuestas españolas 291
3.8.2 Propuestas europeas 293
a) Principios de Derecho Europeo de los Contratos 293
b) Proyecto de Marco Común de Referencia 294
4. Toma de postura: viabilidad de la donación obligacional 295

CAPÍTULO SEXTO. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL 298

1. La caracterización de la donación obligacional como contrato atípico y las consecuencias en su régimen jurídico 298
1.1 La aplicación directa de la normativa de la donación dispositiva 298
1.2 La interpretación extensiva de la normativa de la donación dispositiva 300
1.3 La aplicación analógica de la normativa de la donación dispositiva 303
2. Elementos personales 306
2.1 El donante 306
2.1.1 Innecesaria capacidad de disposición 306
2.1.2 Capacidad para donar 307
a) Personas físicas 307
b) Personas jurídicas 309
2.2 El donatario 312
2.2.1 Capacidad para aceptar donaciones 312
a) Personas físicas 312
b) Personas jurídicas 316
2.2.2 Prohibiciones para ser donatario 316
3. Elementos objetivos 318
3.1 El objeto de la donación 318
3.2 Bienes transmisibles a través de la donación dispositiva 318
3.3 Bienes transmisibles a través de la donación obligacional 323

3.3.1 Doctrina que equipara a las donaciones obligacionales con las dispositivas ... 323
3.3.2 Doctrina que distingue a las donaciones obligacionales de las dispositivas ... 327
3.3.3 Toma de postura: ausencia de limitaciones relativas al objeto de las donaciones obligacionales ... 328
3.4 Límites cuantitativos de las donaciones obligacionales ... 335
4. Causa ... 338
4.1 Introducción ... 338
4.2 Causa subjetiva y objetiva del contrato de donación obligacional ... 340
4.3 Irrelevancia de los móviles de la donación ... 344
4.4 Causa de la atribución y causa de la obligación ... 345
4.5 Los requisitos de la causa de la donación obligacional ... 348
4.6 El denominado *animus donandi* ... 350
5. Elementos formales ... 353
5.1 Las formalidades de las donaciones a lo largo de la historia ... 354
5.1.1 Derecho justinianeo ... 354
5.1.2 Derecho castellano ... 354
5.1.3 Derecho navarro ... 356
5.1.4 Dret català ... 357
5.1.5 Derecho aragonés ... 360
5.1.6 Dret valencià ... 362
5.2 La forma de las donaciones en el CC ... 363
5.2.1 La crisis de la insinuación de las donaciones ... 363
5.2.2 La influencia de los Códigos Civiles extranjeros en la forma de las donaciones ... 365
5.2.2 La regulación de la forma de las donaciones en el CC ... 367
5.3 Funciones de la forma de las donaciones ... 373
5.4 La forma en los negocios gratuitos *inter vivos* ... 376
5.5 Planteamientos en relación con la forma de la donación obligacional ... 380
5.5.1 Libertad de forma ... 380
5.5.2 Aplicación de las formas de la donación dispositiva ... 385
a) Aplicación directa de los arts. 632 y 633 CC ... 385
b) Aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC ... 386
5.5.3 Toma de postura: aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC ... 389
5.5.4 Consecuencias del recurso a la analogía ... 392

a) El carácter esencial de la forma de la donación obligacional 392
b) Los requisitos formales en función del carácter mueble o inmueble del bien donado 393
c) Posibles formas alternativas 394
d) Implicaciones de la forma de la donación obligacional inmobiliaria en el efecto transmisivo del contrato 397
6. Perfección de la donación obligacional 400
6.1 La perfección de la donación según el CC 400
6.2 El régimen jurídico de la perfección de la donación obligacional 403
6.3 El carácter bilateral de la donación obligacional y su relevancia en la prestación del consentimiento contractual 407
6.4 La eventual aceptación tácita de las donaciones obligacionales 412
7. Cumplimiento de la donación obligacional 416
7.1 Introducción 416
7.2 La obligación de entrega 416
7.2.1 Funciones de la entrega 419
a) Función real 419
b) Función obligacional 420
7.2.2 Modos de hacer la entrega 421
7.2.3 Tiempo de la entrega 424
a) Entrega a término 424
b) Entrega suspensivamente condicionada 426
7.2.4 Lugar de la entrega 427
7.2.5 Gastos de la entrega 428
7.2.6 La carga de recibir la cosa donada 428
a) Aceptación de la entrega 429
b) Negativa justificada a recibir la entrega 429
c) Negativa injustificada a recibir la entrega 431
7.3 Obligaciones adicionales del donante 435
7.3.1 Conservación de la cosa donada 435
7.3.2 Accesorios de la cosa donada 437
7.4 Frutos 438
7.5 Inscripción de la donación obligacional en el Registro de la Propiedad 440
8. Incumplimiento de la prestación 446
8.1 Planteamiento 446

8.2 Moderación de la responsabilidad del deudor a título gratuito 447
8.2.1 Fundamento 447
8.2.2 Aplicación práctica 451
8.3 Supuestos de incumplimiento y efectos 453
8.3.1 Mora 453
8.3.2 Cumplimiento defectuoso 455
8.3.3 Incumplimiento definitivo 456
a) Término esencial 456
b) Imposibilidad sobrevenida imputable al donante 457
c) Voluntad rebelde al cumplimiento 458
8.4 Remedios frente al incumplimiento 458
8.4.1 Cumplimiento forzoso 458
a) Fundamento 458
b) Bienes determinados 462
c) Bienes indeterminados o genéricos 463
d) Deuda dineraria 463
8.4.2 Cumplimiento por equivalente 464
a) Fundamento 464
b) Supuestos 465
8.4.3 Indemnización de daños y perjuicios 467
a) Fundamento 467
b) Alcance de la indemnización 468
c) Daños y perjuicios en deuda dineraria 470
8.5 Responsabilidad por saneamiento 470
8.5.1 Planteamiento 470
8.5.2 Antecedentes históricos 472
8.5.3 Solución para el Derecho vigente 474
8.6 Supuestos de exoneración 477
8.6.1 Caso fortuito y fuerza mayor 478
8.6.2 Pérdida y destrucción de la cosa donada 480
8.6.3 Beneficio de competencia 482
9. Múltiples donaciones obligacionales de la misma cosa 487
9.1 Planteamiento 487
9.2 Antecedentes históricos 488

9.2.1 Derecho romano ... 488
9.2.2 Derecho navarro ... 489
9.2.3 Dret tortosí ... 489
9.2.4 Proyecto de CC de 1851 ... 490
9.3 Delimitación del supuesto ... 490
9.3.1 Delimitación negativa ... 490
a) Donación dispositiva seguida de donación dispositiva ... 490
b) Donación obligacional seguida de donación dispositiva ... 491
c) Donación dispositiva seguida de donación obligacional ... 491
9.3.2 Delimitación positiva ... 492
9.4 Aplicación analógica del art. 1473 CC ... 493
9.5 Resolución de la problemática suscitada por múltiples donaciones obligacionales ... 497
9.5.1 Bienes muebles ... 497
9.5.2 Bienes inmuebles ... 498
a) En presencia de inscripción registral ... 498
b) En ausencia de inscripción registral ... 499
9.5.3 La exigencia de buena fe del adquirente en todos los supuestos ... 500
9.6 Resolución del conflicto entre donaciones obligacionales y otros títulos onerosos ... 502
9.6.1 Bienes muebles ... 502
9.6.2 Bienes inmuebles ... 502
a) En presencia de inscripción registral ... 503
b) En ausencia de inscripción registral ... 507
10. Terminaciones anómalas de la donación obligacional ... 508
10.1 Introducción ... 508
10.2 Revocación ... 508
10.2.1 Planteamiento ... 508
10.2.2 Supuestos ... 509
10.2.3 Aplicación de la revocación a la donación obligacional ... 510
10.2.4 Práctica de la revocación ... 511
a) Donación obligacional consumada ... 511
b) Donación obligacional no consumada ... 512
10.3 Rescisión ... 516
10.3.1 Planteamiento ... 516

10.3.2 Presupuestos 517
10.3.3 Plazo 519
10.3.4 Efectos 522
11. La transmisión sucesoria de la donación obligacional 523
11.1 La transmisión de las posiciones contractuales 523
11.2 Posibles situaciones en la entrega realizada por los herederos del donante ... 528
11.3 Alcance de la responsabilidad de los herederos del donante 530
11.4 Facultades de los herederos del donatario 533
12. Reducción de la donación obligacional 535
12.1 Planteamiento 535
12.2 Reducción de la donación obligacional por lesión de la legítima 536
12.2.1 Práctica de la reducción de la donación obligacional consumada 541
12.2.2 Práctica de la reducción de la donación obligacional no consumada . 541
12.3 Reducción de la donación obligacional por incumplimiento de la reserva de bienes 544
12.3.1 Práctica de la reducción de la donación obligacional consumada 545
12.3.2 Práctica de la reducción de la donación obligacional no consumada . 545

CONCLUSIONES 547

BIBLIOGRAFÍA 556

FUENTES LEGALES 579

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA 582

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial
AC	Aranzadi Civil
art.	artículo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCom	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio
CE	Constitución española de 27 de diciembre de 1978
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial
CI	*Codex*
CT	*Costums* de Tortosa
cit.	obra citada
D	*Digesto*
DCFR	*Draft Common Frame of Reference* (Proyecto de Marco Común de Referencia)
ed.	edición
f.	folio
Fori	*Fori Regni Valentiae*
infra	posteriormente
JC	Jurisprudencia Civil
JUR	resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de Aranzadi
LC	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal
LCCh	Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LF	Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LJV	Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
LN	Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862

LSA	Ley de Sociedades Anónimas de 1989
Nov	*Novellae*
NovR	Novísima Recopilación de 1805
núm.	número
p./pp.	página/s
P	Partidas
PECL	*Principles of European Contract Law* (Principios de Derecho Europeo de los Contratos)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
RN	Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia de Tribunal Superior de Justicia
supra	anteriormente
t.	tomo
v.	folio vuelto
vol.	volumen
vide	véase

RESUMEN

Esta es la primera Tesis Doctoral que tiene por objeto analizar monográficamente la donación obligacional en el Derecho español. La Tesis se divide en seis Capítulos.

En el Capítulo Primero se enuncian los antecedentes y el estado de la cuestión, así como la hipótesis, los objetivos y la metodología seguida. Además, se pone de relieve la ausencia de regulación de los negocios y contratos gratuitos en el CC, expresando las características distintivas señaladas por la doctrina, y se enmarca la figura de la donación obligacional dentro de la relevante función que desempeñan los contratos gratuitos en la sociedad actual.

El Capítulo Segundo tiene por objeto la determinación de la eficacia transmisiva de la donación en el CC, cuestión de capital importancia, pues si la donación se situase dentro del ámbito de aplicación del sistema del título y el modo, todas las donaciones tendrían carácter obligacional. Se analizan con detenimiento todos los argumentos esgrimidos a favor y en contra del pretendido carácter obligacional de la donación en el CC, prestando una especial atención al criterio de interpretación histórica, tan relevante como por lo general olvidado por la doctrina. Se concluye que en el CC la donación tiene un carácter dispositivo o inmediatamente traslativo, que no es consecuencia de los requisitos formales legalmente exigidos. Finalmente, se pone de relieve que la caracterización de la donación como modo de adquirir, como contrato o como ambas cosas a la vez tiene escasa importancia práctica, siempre que se tenga bien presente su característico efecto transmisivo.

El Capítulo Tercero está dedicado a la definición de la donación obligacional y a la enumeración de sus características. Ello permite distinguirla de otros negocios con los que frecuentemente ha sido confundida: promesas unilaterales de donación, precontratos o promesas de donación, donaciones dispositivas (todavía no aceptadas, ya aceptadas y sometidas a término o a condición suspensiva), donaciones dispositivas de crédito, obligaciones naturales, liberalidades de uso y dotaciones dinerarias sucesivas de fundaciones.

El Capítulo Cuarto analiza exhaustivamente la jurisprudencia que se ha pronunciado de manera explícita e implícita sobre la donación obligacional. El repaso detenido de las resoluciones judiciales permite constatar que el Tribunal Supremo ha admitido

implícitamente la eficacia obligacional de la donación en varias ocasiones, y que cuando aparentemente se ha pronunciado en contra lo ha hecho condicionado por las especiales circunstancias concurrentes, generalmente relacionadas con la ausencia de los requisitos formales. Sin embargo, las Audiencias Provinciales han reconocido la validez y eficacia de la donación obligacional en múltiples Sentencias dictadas durante los últimos treinta años.

El Capítulo Quinto tiene por objeto constatar si es viable una donación obligacional atípica en el Derecho español. Se examinan cuidadosamente los argumentos esgrimidos a favor y en contra. Se concluye que los argumentos desfavorables no son sólidos ni insalvables, y que algunos argumentos favorables son difícilmente rebatibles. En este sentido, se pone énfasis en destacar que cuando la donación tiene por objeto bienes determinables o genéricos debe tener necesariamente carácter obligacional, que el CC contempla expresamente la donación obligacional en el marco de las donaciones por razón de matrimonio y en las rentas vitalicias constituidas a título gratuito, y que la donación obligacional fue expresamente regulada en la normativa fiscal (adquisición de obras de arte para oferta de donación). Asimismo, se destaca que el Derecho histórico, el Derecho comparado y las propuestas normativas a nivel europeo y español constituyen un claro respaldo para concebir una donación obligacional atípica.

El Capítulo Sexto, el más extenso de la Tesis, tiene por objeto determinar pormenorizadamente el régimen jurídico del contrato atípico de donación obligacional. Como punto de partida, se afirma que el fundamento de la donación obligacional descansa en el Libro IV del CC, y que las normas reguladoras de la donación dispositiva, ubicadas en el Título II del libro III del CC, deben ser aplicadas analógicamente siempre que no resulten incompatibles con las características del contrato. Se analizan exhaustivamente los requisitos de los contratantes, el objeto, la forma y la causa de la donación obligacional, así como la perfección, el cumplimiento y el incumplimiento del contrato y sus consecuencias. Además, se estudia el conflicto que surge en una múltiple disposición de un mismo bien, cuando uno de los contratos implicados sea una donación obligacional, las terminaciones anómalas de la donación obligacional, prestando especial atención a la revocación y a la rescisión, la transmisión sucesoria de las posiciones contractuales, y la reducción de las donaciones obligacionales.

La Tesis finaliza con unas conclusiones, en las que se afirma la viabilidad, validez y eficacia de la donación obligacional en el Derecho español, la bibliografía consultada y una relación cronológica de toda la jurisprudencia citada.

CAPÍTULO PRIMERO
INTRODUCCIÓN

1. Antecedentes y estado de la cuestión

Hasta los años cuarenta del siglo XX no aparecieron estudios en los que se abordase en profundidad si a la vista del contenido del Título II del Libro III del CC la donación precisaba de la entrega o tradición de los bienes donados para transmitir la propiedad al donatario. En este ámbito, son destacables las contribuciones de CALVO SORIANO[1] y VALLET DE GOYTOSOLO[2], seguido pocos años después por LALAGUNA DOMÍNGUEZ[3] y por DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS[4]. En estos trabajos, de carácter monográfico, se destacó que la donación es un negocio inmediatamente transmisivo, por lo que la perfección negocial provocaba la transmisión del derecho real al donatario, incluso sin la entrega o tradición de los bienes donados.

Pocos años después, algunos autores dieron un paso más, siguiendo un camino tímidamente iniciado por CALVO SORIANO. Dando por bueno que según el CC la donación es un negocio de carácter dispositivo, ¿es posible celebrar una donación con carácter obligacional, situada dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo? La respuesta que ofrecieron SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO[5] y FERRANDIS VILELLA[6] fue afirmativa, pues consideraron que el Título II del Libro III del CC contiene reconocimientos normativos implícitos de la donación obligacional. Además, el estudio de FERRANDIS VILELLA fue muy destacable, en la medida en que perfiló la primera propuesta pormenorizada del régimen jurídico de la donación obligacional en nuestro Derecho.

---

[1] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 3, 1946, pp. 399-472.

[2] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1952, pp. 1205-1328.

[3] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del código civil y la naturaleza de la donación", *Revista de Derecho Privado*, núm. 48, 1964, pp. 275-299; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado*, núm. 57, 1973, pp. 383-419.

[4] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Privado*, núm. 55, 1971, pp. 803-821.

[5] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *Información Jurídica*, núm. 112, 1952, pp. 795-817.

[6] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 8, 1960, pp. 329-365, y núm. 9, 1960, pp. 579-609.

Los argumentos expuestos por todos estos autores fueron reproducidos en líneas generales durante varias décadas. No fue hasta finales del siglo XX cuando se produjeron aportaciones novedosas. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS[7], de un lado, y LACRUZ BERDEJO[8], de otro, afirmaron que en el CC la donación tiene un carácter exclusivamente dispositivo, pero no vieron ningún inconveniente en admitir una donación obligacional de carácter atípico. CARRIÓN OLMOS[9] realizó una detallada síntesis de las posturas expuestas hasta entonces sobre el efecto transmisivo de la donación, aunque sin pronunciarse sobre la viabilidad de una donación obligacional. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO[10] se manifestó decididamente a favor de la donación obligacional, y propuso las líneas maestras de su régimen jurídico, siguiendo en su fundamental los planteamientos previamente esbozados por FERRANDIS VILELLA. En un sentido diametralmente opuesto, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS[11] radicalizó su postura inicial, exhibiendo un rechazo total a la donación obligacional.

En los últimos años, se han publicado algunos estudios que han vuelto a pronunciarse sobre la donación obligacional. ATAZ LÓPEZ realizó una aproximación crítica a la donación obligacional, aunque distinguiéndola correctamente de otros negocios con los que habitualmente ha sido confundida[12]. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO[13] insistió en la posibilidad de celebrar una donación con efectos obligacionales, al margen del esquema transmisivo previsto en el CC, y sintetizó el régimen jurídico del contrato de donación obligacional, reproduciendo en lo esencial su postura previamente esbozada. Por su parte,

---

[7] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 336-337.

[8] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", en *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 124-127.

[9] CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente. Vol. 1* (PRATS ALBENTOSA, LORENZO, coordinador), Servicio de Publicaciones de la Universitat de València, València, 1996, pp. 199-219.

[10] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp. 457-482.

[11] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 46-64.

[12] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 155-191.

[13] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, pp. 569-625.

CASTAÑOS CASTRO[14] escribió el primer libro dedicado específicamente a la donación obligacional, en el que abordó con detenimiento su régimen jurídico, basándose en una interpretación extensiva de la normativa del CC reguladora de la donación dispositiva. La misma autora también publicó un artículo en el que trató de distinguir a la donación obligacional de otros negocios técnicamente distintos, poniendo énfasis en el escaso acierto terminológico mostrado por la jurisprudencia[15].

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, y sin ningún ánimo de desmerecer las contribuciones realizadas hasta la fecha, entendemos que todos los estudios que se han pronunciado sobre la donación obligacional presentan algunas lagunas, que consideramos importantes:

- No enmarcan convenientemente a la donación obligacional dentro de la tradición histórica en materia de donaciones que influyó decididamente en los Derechos de los distintos países ibéricos hasta la época la codificación liberal[16].
- Por lo general, se limitan a fundamentar la validez de la donación obligacional en el principio de autonomía de la voluntad, sin argumentar pormenorizadamente otras razones que justificarían una donación atípica con una mecánica transmisiva diversa a la que, según la doctrina mayoritaria, regula el CC.
- No analizan con detalle la importancia que tienen las donaciones promisorias matrimoniales y la renta vitalicia constituida a título gratuito en la fundamentación de la validez y eficacia de la donación obligacional.
- Tampoco toman en consideración las características generales de los negocios gratuitos *inter vivos*, que aportan interesantes pautas en relación con el régimen jurídico de la donación obligacional[17].

---

[14] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

[15] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: "Donaciones no traslativas", *Revista de Derecho Privado*, núm. 105, 2021, pp. 3-24.

[16] Como notable excepción, ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", en AA.VV.: *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN, y GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR, coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 57-118.

[17] Los estudios sobre las características de los negocios gratuitos *inter vivos* son escasos. En la doctrina española, destacan: DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968, pp. 255-393; TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo II*, València, 2011, pp. 2535-2556.

- No toman en consideración la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, que en el último cuarto de siglo ha reconocido la validez y eficacia de la donación obligacional, aportando interesantes consideraciones.
- Apenas mencionan la circunstancia de que el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1966 han reconocido expresamente la validez y eficacia de las donaciones obligaciones, a pesar de que la regla general en ambos Derechos es que el dominio se transmite consensualmente, con la mera perfección del contrato.
- No profundizan apenas sobre el cumplimiento de la obligación principal y las obligaciones accesorias del donante. Tampoco valoran con detenimiento el incumplimiento del contrato, sus consecuencias para el donante, y los remedios que el ordenamiento jurídico ofrece al donatario para dar satisfacción a su crédito.
- Resulta igualmente perceptible la falta de análisis de la transmisión sucesoria de los derechos y de las obligaciones dimanantes de un contrato de donación obligacional.
- Finalmente, con notables excepciones, los trabajos publicados hasta la fecha han prescindido de las recientes propuestas normativas europeas y españolas, que constituyen un claro respaldo a la donación obligacional, y que ofrecen algunas pautas que resultan de interés para perfilar su régimen jurídico.

Esta Tesis doctoral pretende superar las carencias denunciadas, analizando pormenorizadamente el régimen jurídico de la donación obligacional en el Derecho civil español común, dentro de un contexto más amplio, el de los contratos gratuitos *inter vivos*. A tal fin, analizaremos y someteremos a crítica a la doctrina y a la jurisprudencia que se han pronunciado sobre la donación obligacional. Utilizaremos una metodología basada en la analogía, con la finalidad de concretar de manera exhaustiva el régimen jurídico del contrato.

2. Hipótesis

La hipótesis de esta Tesis es que es el contrato atípico de donación obligacional es viable en el Derecho civil español común. Esta hipótesis se asienta sobre varias premisas:

- La donación regulada en el CC español tiene carácter dispositivo, de tal forma que su perfección comporta la transmisión de la propiedad (o de otro derecho real) sin necesidad de entrega o tradición.

- Sin embargo, la regulación que contiene el CC vigente no impide que los particulares puedan celebrar un contrato atípico de donación obligacional, en virtud del cual el donante asume gratuitamente la obligación de entregar al donatario una cosa con la finalidad de transmitirle un derecho real.
- A pesar de las evidentes diferencias existentes entre una donación dispositiva y una donación obligacional, el CC contempla ciertas precauciones y restricciones para las donaciones dispositivas o inmediatamente traslativas, que son igualmente aplicables a las donaciones obligacionales, a pesar de la distinta mecánica transmisiva de ambos negocios, siempre que los intereses protegidos sean los mismos.

3. Objetivos de la Tesis

Los objetivos generales y particulares de esta Tesis son enumerados a continuación.

3.1 Objetivos generales

- Justificar que la donación, a la vista de la regulación del CC, es un negocio dispositivo, que transmite la propiedad u otro derecho real sin necesidad de entrega o tradición.
- Argumentar, a pesar de la regulación vigente, que es posible concebir en el Derecho español una donación atípica con eficacia meramente obligacional, en virtud de la cual el donante se compromete frente al donatario a ejecutar una prestación, consistente en entregar la cosa donada.

3.2 Objetivos específicos

- Estudiar la evolución histórica de la eficacia transmisiva de la donación, desde el Derecho romano hasta la actualidad.
- Determinar la eficacia transmisiva de la donación en el CC.
- Definir con precisión qué es una donación obligacional.
- Distinguir la donación obligacional de otros negocios, evitando la habitual confusión terminológica apreciable en la doctrina y en la jurisprudencia.
- Analizar detenida y críticamente la jurisprudencia que se ha pronunciado de manera explícita e implícita sobre la donación obligacional.

- Fundamentar la viabilidad de una donación meramente obligacional como contrato atípico.
- Enumerar y valorar críticamente los argumentos que se han esgrimido a favor y en contra de la donación obligacional.
- Determinar pormenorizadamente el régimen jurídico de la donación obligacional.
- Concretar las normas del CC que regulan la donación dispositiva que son aplicables a la donación obligacional, así como la técnica de aplicación del Derecho que resulta más adecuada a tal fin.

4. Metodología

Esta Tesis utiliza diversos métodos de investigación.

- El método histórico es muy relevante, en la medida en que permite analizar cuál ha sido la eficacia transmisiva de la donación desde el Derecho romano hasta la actualidad. A tal efecto, se analizará la donación en el Derecho romano, en las fuentes legales históricas y su interpretación doctrinal y jurisprudencial. También se prestará especial atención a la doctrina más relevante de la Edad Moderna, así como a la doctrina más destacada y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo del siglo XIX. Este análisis permitirá determinar si el vigente CC contiene la misma eficacia transmisiva de la donación que contemplaba la normativa anterior, o si por el contrario la entrada en vigor del CC comportó una ruptura en relación con la eficacia transmisiva de la donación. La interpretación histórica también ayudará a interpretar correctamente el sentido de las normas reguladoras de la donación en el CC en las que se ha pretendido sustentar su eficacia obligacional o traslativa.
- También se empleará el método exegético. Una de las piedras angulares de la Tesis es determinar si la donación regulada en el CC tiene carácter dispositivo u obligacional. Para despejar esta incógnita, resulta necesario interpretar la normativa vigente y extraer las conclusiones oportunas. La exégesis también resulta de interés para justificar la viabilidad de la donación obligacional en el Derecho vigente, a partir del estudio de la regulación positiva de la donación y de los contratos gratuitos típicos. Evidentemente, el análisis de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo desde la entrada en vigor

del CC será objeto de especial atención, pues permitirá comprobar su seguidismo respecto de la doctrina imperante, así como resaltar su confusión terminológica y conceptual en relación con el propio concepto de donación obligacional y su deslinde con negocios aparentemente semejantes.

- El método comparado también será relevante. Uno de los tópicos que ha repetido buena parte de la doctrina desde la entrada en vigor del CC es que la donación obligacional resultaría absurda o ilógica. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros que abandonaron la teoría del título y el modo y que optaron por el modelo consensual francés de transmisión del dominio, como el italiano y el portugués, han aceptado expresamente en su legislación la donación con eficacia meramente obligacional. Por tanto, el recurso al análisis comparado es imprescindible, en la medida en que permite combatir a la doctrina española que ha negado la posibilidad de configurar una donación con eficacia obligacional, y ofrece pautas para solucionar algunas cuestiones sobre las que el CC no se pronuncia. Las propuestas regulatorias a nivel europeo en materia de obligaciones y contratos también son tomadas en consideración.
- El método hermenéutico o de principios resulta igualmente relevante. En la medida en que la Tesis pretende determinar el régimen jurídico completo de la donación obligacional, es necesario determinar cuáles son los principios básicos de los contratos y negocios gratuitos, tomando en consideración la teoría general de las obligaciones y la regulación de los contratos gratuitos típicos, para concretar su aplicación práctica a la donación obligacional.

5. Ausencia de normas generales relativas a los negocios gratuitos

Sin duda, la donación es el negocio gratuito que está regulado de manera más detallada y extensa en el CC. Por ello, constituye el prototipo de negocio gratuito[18]. Y pesar de que es corriente distinguir la donación de los contratos gratuitos típicos (comodato, préstamo, mandato, depósito), en la doctrina es común la opinión de que a estos últimos deberán ser

[18] GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968, p. 80.

aplicadas las normas de la donación en cada caso singular y por analogía, una vez demostrada la identidad de razón[19].

5.1 Alusiones normativas a la gratuidad en el CC

El CC, a lo largo de su articulado, se refiere puntualmente a los negocios y a los contratos gratuitos, de muy distintas formas[20]:

- En ocasiones, el CC emplea la expresión "gratuito" o "título gratuito". El art. 618 CC define a la donación como "acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta". El art. 151 CC señala que puede transmitirse a título oneroso o gratuito el derecho a demandar las pensiones alimenticias atrasadas. El art. 164.1 CC exceptúa de la administración paterna los bienes adquiridos por los hijos por título gratuito cuando el disponente lo hubiere ordenado de forma expresa. Según el art. 196.II CC, los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento del ausente. El art. 205 CC señala que "el que disponga de bienes a título gratuito en favor de un menor podrá establecer las reglas de administración y disposición de los mismos y designar la persona o personas que hayan de ejercitarlas". El art. 252 CC alude a la disposición de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo, señalando que el disponente podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. El art. 287.3.º CC dispone que el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial, en todo caso, para "disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar". El art. 460.2 CC afirma que el poseedor puede perder la posesión "por cesión hecha a otro por título oneroso o gratuito". El art. 480 CC contempla la posible enajenación del usufructo "aunque sea a título gratuito". El art. 890 CC señala que el legatario de dos legados es libre para aceptar uno y repudiar otro cuando ambos sean onerosos o

[19] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", en *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, *cit.*, p. 128.
[20] TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", *cit.*, pp. 2542-2544; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º* (GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. director; SAPENA DAVÓ, JOAQUÍN, y SAPENA DAVÓ, FRANCISCO, coordinadores), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 507-509.

gratuitos. El art. 908 dice que "el albaceazgo es cargo gratuito". El art. 978.3.º CC, en sede de reserva viudal, ordena que el viudo o viuda, al volver a contraer matrimonio, asegure con hipoteca "la devolución del precio que hubiese recibido por los bienes muebles enajenados o la entrega del valor que tenían al tiempo de la enajenación, si ésta se hubiese hecho a título gratuito". El art. 1000 CC dice que se entiende aceptada la herencia "cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, a beneficio de uno o más de sus coherederos". El art. 1200 CC, al regular la compensación, impide oponer al acreedor los alimentos debidos por título gratuito. El art. 1297 CC establece una presunción de fraude de acreedores en relación con "todos aquellos contratos en virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito". Los arts. 1322.II y 1378 CC sancionan con la nulidad los actos de disposición a título gratuito de los bienes gananciales cuando haya faltado el consentimiento de uno de los cónyuges. El art. 1346.2.º CC dice que son privativos los bienes que adquieran los cónyuges por título gratuito una vez constituida la sociedad conyugal. El art. 1423 CC, al regular el régimen de participación, establece que en el patrimonio final se incluirá el valor de los bienes respecto de los cuales uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento del otro. Según el art. 1433 CC, "si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos". La regla 5.ª del art. 1656 CC, relativa al censo a primeras cepas o *rabassa morta*, afirma que "el cesionario puede transmitir libremente su derecho a título oneroso o gratuito, pero sin que pueda dividirse el uso de la finca, a no consentirlo expresamente su dueño". El art. 1711 CC señala que "a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito". El art. 1740.2 CC caracteriza el comodato como contrato "esencialmente gratuito". El art. 1740.3 CC afirma que el simple préstamo "puede ser gratuito o con pacto de pagar interés". El art. 1760 CC dice que el depósito "es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario". Según el art. 1823 CC, "la fianza puede ser convencional, legal o judicial, gratuita o a título oneroso". Finalmente, el art. 1807 CC alude a la posibilidad de constituir una renta vitalicia a título gratuito.

- Por otro lado, el CC se refiere en algunas ocasiones a la liberalidad. El art. 618 CC define a la donación como "acto de liberalidad". El art. 1274 CC dice que en los

contratos “de pura beneficencia”, se entiende por causa “la mera liberalidad del bienhechor”. Y el art. 1901 CC contempla el “título de liberalidad” como una de las justas causas que justifican una retención patrimonial e impiden la repetición de la cosa entregada.

- El CC también alude en ocasiones al carácter lucrativo de diversos títulos de adquisición. Así, el art. 811 CC, al regular la reserva troncal, establece la obligación del ascendiente de reservar los bienes que hubiese heredado de su descendiente cuando este los hubiese adquirido “por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano”. El art. 878 CC se refiere a la adquisición de la cosa legada “por título lucrativo”. Según el art. 968 CC, son reservables los bienes que el viudo haya adquirido de su difunto consorte “por testamento, por sucesión intestada, por donación u otro cualquier título lucrativo”. El art. 1035 CC dice que son colacionables los bienes o valores que el causante hubiese transmitido en vida a alguno de sus herederos forzosos “por dote, donación u otro título lucrativo”. Y el art. 1617 CC afirma que las fincas acensuadas pueden ser transmitidas por título oneroso o lucrativo.
- Una expresión distinta se encuentra en la regulación del cuasicontrato del cobro de lo indebido: el art. 1894 CC niega la repetición de la prestación de alimentos por un extraño cuando conste que “los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos”.
- Finalmente, cabe apuntar que en la exposición de motivos de la segunda edición del CC[21] se justificó el contenido de la Disposición Transitoria 1ª aludiendo a que “es más digno de respeto el que va a sufrir el daño que el que va a recibir un beneficio gratuito”.

5.2 Reglas comunes para los negocios gratuitos en el CC

A pesar de los múltiples preceptos del CC en los que se alude a la gratuidad de muy diversas maneras, es evidente que el Libro IV del CC español toma como modelo paradigmático el negocio jurídico de carácter oneroso. De hecho, solo el art. 1289 CC contiene una norma específicamente referida al régimen jurídico de los contratos gratuitos[22], señalando lo siguiente:

[21] Real Orden de 29 de julio de 1889, por la que se significa el Real Agrado a los miembros de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación que redactaron las enmiendas y adiciones de la edición reformada del Código Civil, y por la que se dispone la publicación en la Gaceta de Madrid de la "Exposición" en la que se expresan los fundamentos de las mismas.

[22] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: “Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización”, *cit*., p. 83.

> "Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses".

Una norma muy similar contiene el art. 524-7 de la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, titulado "Cláusula de cierre", que constituye la última regla de interpretación de los contratos, cuyo apartado 1 es del siguiente tenor:

> "Cuando sea imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si el contrato es gratuito, estas se resuelven a favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato es oneroso, la duda se resuelve a favor de la mayor reciprocidad de intereses"[23].

Esta redacción es prácticamente idéntica a la del vigente art. 1289 CC, con la única diferencia de que, en el CC, la regla de la menor transmisión de derechos e intereses únicamente opera en los contratos gratuitos cuando la duda interpretativa recaiga sobre circunstancias accidentales del contrato. Sin embargo, en el art. 524-7 de la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, la regla de la menor transmisión de derechos e intereses opera en todo caso, con independencia de que la duda interpretativa afecte a circunstancias accidentales o esenciales del contrato gratuito.

Por otro lado, la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Sección de Derecho Civil de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN de 2009[24], dedicaba los arts. 1278 a 1281 a la interpretación de los contratos, sin que exista ninguna regla hermenéutica relativa a los contratos gratuitos similar a la del vigente art. 1289 CC. Idéntica omisión es apreciable en los arts. 1271 a 1273 de la *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos* de la Sección de Derecho Civil de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN de 2023[25].

[23] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 680.
[24] COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009, pp. 105-106.
[25] COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2023, pp. 118-119.

A pesar de la escasísima atención normativa, la doctrina ha enumerado algunas características comunes de los negocios gratuitos, que los distinguen de los onerosos[26]:

- Moderación de la responsabilidad del deudor gratuito. La responsabilidad por saneamiento se predica, con carácter general, respecto de los negocios onerosos: compraventa (arts. 1461 y 1474 CC), cesión de créditos alzadamente o en globo mediante compraventa (art. 1532 CC), permuta (art. 1540 CC), arrendamiento (art. 1553 CC), enfiteusis (art. 1643 CC) o sociedad (art. 1681 CC).

  Resulta muy evidente la atenuación de la responsabilidad del deudor a título gratuito en el art. 1726 CC, que dice que "el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido".

  Además, la responsabilidad por saneamiento no existe en la donación, salvo si fuese onerosa, en cuyo caso la responsabilidad se limitará "hasta la concurrencia del gravamen" (art. 638 CC). También está obligado al saneamiento por evicción y vicios ocultos el que diere o prometiere por razón de matrimonio si hubiere actuado con mala fe (art. 1340 CC). Sin embargo, el CC prevé responsabilidad por evicción del heredero en los legados de cosa indeterminada señalada solo por género o especie (arts. 860 y 869.3.º CC). En la partición hereditaria, los coherederos están recíprocamente obligados a la evicción y al saneamiento de los bienes adjudicados, aunque dicha responsabilidad es proporcional a su respectivo haber hereditario (art. 1071 CC). Y el art. 1752 CC dice que "el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido".

- Menor firmeza. La regla general es que los negocios onerosos solo pueden ser dejados sin efecto cuando existe acuerdo de las partes contratantes. En cambio, los negocios gratuitos son revocables, entendida esta expresión en término amplio, aunque varían mucho las circunstancias y requisitos para la revocación. La donación es revocable por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento del modo o carga o por

[26] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 263-264; DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *cit*., pp. 259-264; DORAL GARCÍA DE PAZOS, JOSÉ ANTONIO, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982, pp.71-72, 215; TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", *cit*., pp. 2540-2542.

ingratitud del donatario (arts. 644 a 653 CC). También se reconoce el derecho al desistimiento en los contratos de mandato (arts. 1732.2.º y 1736 CC), comodato (art. 1749 CC) y depósito (art. 1775 CC).

- Presunción de fraude. El art. 643.II CC dice que "se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella". Por su parte, el art. 1297 CC señala que "se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito", pudiendo el perjudicado ejercitar la acción revocatoria o pauliana (arts. 1111 *in fine* y 1291.3.º CC).

  Dentro de este apartado cabe referir el art. 227 LC, que presume la existencia de perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, sin admitir prueba en contrario. Idéntica presunción existía en el derogado art. 880 CCom, que reputaba fraudulentos los siguientes contratos celebrados por el quebrado durante los treinta días precedentes a su quiebra: transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito, constituciones de dotes y donaciones *inter vivos* que no tuviesen conocidamente el carácter de remuneratorias.

- Menor protección registral. El art. 34.I LH dice que "el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro". El posible carácter irreivindicable de los bienes inmuebles registrados a título oneroso no se extiende a los adquirentes a título gratuito, ya que el art. 34.III LH dispone que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

- Necesidad de colación y de computación para la fijación de la legítima. El art. 1035 CC establece la obligación de colacionar los bienes o valores que el causante haya transmitido en vida a los herederos forzosos en virtud de cualquier título gratuito. Además, del juego combinado de los arts. 818 y 1035 CC se desprende que todas las liberalidades recibidas por los herederos forzosos deberán ser computadas a efectos de la determinación de las legítimas. Ninguna obligación equivalente existe en relación con los bienes adquiridos a título oneroso.

- Diferente tratamiento constante la sociedad de gananciales. Los bienes que se adquieran a título gratuito tras la constitución de la sociedad de gananciales tienen carácter privativo (art. 1346.2.º CC). En cambio, los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común son bienes gananciales (art. 1347.3.º CC).
- Mayor dificultad para la transmisión. El art. 624 CC exige que el donante tenga capacidad para contratar y para disponer, aunque dicha norma no es extrapolable a los contratos gratuitos regulados en el Libro IV del CC. Además, la disposición a título gratuito de los bienes gananciales debe ser consentida por ambos cónyuges, so pena de nulidad (arts. 1322.II y 1378 CC). En cambio, la disposición unilateral de bienes gananciales a título oneroso no constituye un acto nulo, sino meramente anulable (art. 1322.I CC).

6. Negocios gratuitos atípicos y realidad social: la importancia de la potenciación del altruismo y de la generosidad

La experiencia demuestra que los particulares recurren habitualmente a compromisos o negocios gratuitos que no terminan de encajar dentro de los moldes de la regulación de la donación en el CC, y que también se sitúan extramuros de los contratos gratuitos típicos. Singularmente, en muchas ocasiones, los particulares desean comprometerse de presente a transmitir en el futuro la propiedad de un bien. Estos negocios no constituyen obligaciones morales o de mera cortesía, cuya exigibilidad resulta inviable en términos jurídicos, sino contratos libremente asumidos, plenamente vinculantes y exigibles por el beneficiario.

Es habitual, y hasta cierto punto prudente, adoptar una postura cauta y recelosa ante esta clase de compromisos. Los negocios gratuitos *inter vivos* han sido considerados anómalos desde bien antiguo, debido a dos consideraciones fundamentales: quien se compromete a algo sin recibir nada a cambio puede prestar su consentimiento de manera excesivamente generosa, quedando en una posición comprometida; y esta clase de negocios puede constituir un medio para defraudar los intereses de los acreedores y de los legitimarios.

Sin embargo, a nuestro entender, una aproximación en términos estrictamente negativos a los contratos y negocios gratuitos debería ser superada.

De un lado, la voluntad puede ser igualmente prestada de manera capciosa en toda clase de negocios, también en los onerosos. De hecho, un somero repaso a los supuestos en

los que los Tribunales han estimado la anulación de un contrato por vicios en el consentimiento, permite advertir de inmediato en la práctica totalidad de supuestos están relacionados con contratos onerosos. En todo caso, la generalización de la enseñanza primaria obligatoria ha elevado el nivel formativo de la población, disminuyendo el riesgo de que el analfabetismo o la escasa formación puedan ser utilizados y aprovechados por sujetos sin escrúpulos.

De otro lado, es perfectamente posible que una persona se arruine a pesar de haber celebrado un negocio oneroso. Y ello, no solo en el supuesto de incumplimiento del deudor insolvente: desde el momento en que el CC no contempla la rescisión por lesión en el contrato de compraventa, puesto que no se exige que el precio sea justo, sino cierto[27], cualquier persona puede desprenderse de sus bienes de manera irracional en términos económicos, a pesar de existir una teórica reciprocidad de prestaciones.

Por último, cabe apuntar que los eventuales fraudes, en perjuicio de los legítimos intereses de terceros, no es algo que ataña en exclusiva a los negocios gratuitos. Cualquier persona que se haya dedicado durante algunos años a la práctica profesional del Derecho tendrá conocimiento de negocios onerosos que se pergeñan con finalidades claramente fraudulentas. Las posibilidades son tan amplias como permite la picaresca y el ingenio humano. No obstante, para todos estos supuestos, vehiculizados a través de negocios gratuitos y onerosos, cabe recurrir a los remedios represivos que prevé el ordenamiento jurídico: el fraude de ley, la nulidad o la rescisión.

Así las cosas, a nuestro entender resulta injustificado abordar los negocios jurídicos gratuitos atípicos desde un prisma exclusivamente negativo. Y ello, no solo porque las defraudaciones también puedan ser ejecutadas a través de negocios onerosos. A menudo se pierde de vista que los negocios gratuitos sirven para mejorar la situación económica y patrimonial de las personas y de los núcleos familiares. Con todo acierto, GARCÍA GARCÍA puso de manifiesto que "la donación cumple una finalidad fundamental como medio de

[27] La STS de 16 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5145, RJ 2010\8004; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) afirma al respecto lo siguiente: "El Código Civil español, rompiendo con la tradición que venía del Derecho romano y que se mantiene en Derecho catalán y en Derecho navarro, no exige que el precio en la compraventa sea justo; el precio es el que han pactado las partes al amparo del principio de autonomía de la voluntad, siempre que no medie un vicio del consentimiento y así se ha declarado jurisprudencialmente".

distribución de riqueza, como manifestación del ánimo de liberalidad y como medio de crear nueva riqueza donde antes no existía"[28].

A pesar de que el estado social (art. 1.1 CE) ha permitido mejorar notoriamente el nivel adquisitivo medio y los recursos económicos familiares de los españoles, no es posible negar que continúa existiendo un elevado porcentaje de la población que depende de la generosidad y del altruismo de familiares y amigos, e incluso, de las ayudas de las Administraciones Públicas, para poder mantener unas condiciones de vida dignas. La concatenación de sucesivas crisis económicas, con sus innegables implicaciones en el ámbito laboral y crediticio, han afianzado decididamente el papel de los progenitores y demás ascendientes como último recurso al que se ven obligadas a recurrir las familias con menor poder adquisitivo para garantizar su sustento o para poder afrontar los costes de adquisición de la vivienda familiar.

La normativa fiscal no es ajena a este proceso. Adviértase que muchas Comunidades Autónomas han implantado una relevante bonificación de la cuota tributaria de las donaciones realizadas entre parientes cercanos, y que esas mismas disposiciones patrimoniales, instrumentalizadas *mortis causa*, comportarían el pago de mayor cuota tributaria. Así las cosas, es innegable que la regulación fiscal concibe a las donaciones y a los demás actos gratuitos como un mecanismo de transmisión y redistribución de la riqueza[29]. Siendo esto así, resulta anómalo que se continúen analizando los negocios gratuitos desde una posición refractaria y alejada de la realidad social.

Desde nuestro punto de vista, sería absurdo que el Derecho patrimonial se limite a contemplar los negocios gratuitos con recelo, siempre desde un punto de vista negativo, cuando juegan en papel muy relevante para la redistribución de la riqueza y la mejora del bienestar general. Ello no implica, evidentemente, que en esta Tesis pretendamos defender

[28] GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1998, p. 273.

[29] Y ello, sin necesidad de terciar en este momento sobre la espinosa cuestión relativa al papel que puede desempeñar la donación como medio de transmisión del patrimonio familiar en vida, a modo de anticipo de la herencia futura. Precisamente debido al recurso a la donación como fórmula de distribución de la riqueza en el ámbito familiar, no es de extrañar que para intentar resolver la difícil interpretación combinada de los arts. 1271 y 1056.II CC algunos autores hayan sostenido que ambos preceptos se refieren a la donación-partición, esto es, una disposición en vida de los bienes presentes a los descendientes, al estilo del Código Civil francés (MARÍN LÁZARO, RAFAEL: "La partición de la herencia hecha por actos "inter vivos"", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 176, 1944, pp. 213-238; RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO: "Efectos de la partición "inter vivos" que regula el artículo 1056 del Código Civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 191, 1952, pp. 307-347). En contra de este planteamiento se pronunció la STS de 6 marzo de 1945 (ECLI:ES:TS:1945:87, RJ 1945\272; ponente José Castán Tobeñas).

el perfeccionamiento de negocios gratuitos de cualquier manera, sin cumplir ninguna clase de requisitos formales, y sin la necesaria adopción de las debidas prevenciones y cautelas para evitar liberalidades excesivas y evitar perjudicar los legítimos intereses de acreedores y legitimarios. Todos los intereses (los del obligado, los del beneficiario, y los de los acreedores y legitimarios del obligado) pueden ser respetados. En definitiva, la cuestión no se centra en negar la posibilidad de suscribir negocios gratuitos atípicos, ni tampoco en promover indiscriminadamente su perfección: se trata de determinar una serie de normas y principios jurídicos que resulten aplicables a las donaciones obligacionales, en virtud de las cuales una persona se compromete a entregar una cosa sin recibir nada a cambio.

Tal es el planteamiento de esta Tesis: incardinar las prestaciones gratuitas atípicas consistentes en un *dare* en la donación obligacional, contribuyendo al establecimiento de un régimen jurídico que confiera seguridad jurídica a todos los intereses implicados. Con ello, se potenciarían el altruismo y la generosidad, con los beneficiosos efectos sociales que tales atributos generan, y disminuiría la incertidumbre y los relativamente frecuentes litigios con que terminan muchas de las "promesas" gratuitas pactadas entre los particulares. Nuestro planteamiento es coherente con la postura expuesta por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, quien señaló que "encaminado el Derecho a posibilitar y facilitar la vida social favoreciendo el intercambio de bienes y servicios y armonizando intereses contrapuestos, con más razón no debe desentenderse del móvil de generosidad de los particulares, iniciativa que debe proteger y fomentar, sin más restricciones que las impuestas por la ley precisamente para preservar legítimos intereses de otros afectados"[30].

[30] CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS HUMBERTO: "Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos", en *Contratos gratuitos* (PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., coordinador), Reus, Madrid, 2020, pp. 22-23.

CAPÍTULO SEGUNDO
LA EFICACIA TRANSMISIVA DE LA DONACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

1. La necesaria determinación inicial de la eficacia transmisiva de la donación en el CC

Para abordar el estudio de la donación obligacional, resulta imprescindible dilucidar, con carácter previo, la manera en que se produce la transmisión de la propiedad en la donación regulada en el Título II del Libro III del CC.

La razón de este primer paso resulta de todo punto lógica. Si la donación, según el CC, tuviese carácter obligacional (o lo que es lo mismo, exigiese la entrega o tradición de las cosas donadas para transmitir el dominio, como ocurre con la compraventa o con la permuta), la discusión sobre la eficacia transmisiva de la donación estaría fuera de lugar, dado que todas las donaciones, con arreglo al CC, serían negocios obligacionales. Pero si según el CC la donación tuviese una eficacia dispositiva (esto es, operase la transmisión dominical con la mera perfección negocial, sin necesidad de entrega o tradición), habría que concluir que la donación obligacional sería una figura ajena al CC, lo que obligaría a dilucidar otra cuestión: si sería posible configurar un contrato atípico de donación no traslativa.

Desde la entrada en vigor del CC, la doctrina ha ofrecido múltiples argumentos a favor y en contra de la donación como negocio obligacional y como negocio dispositivo. A continuación, se analizarán críticamente los argumentos expuestos en relación con ambas posturas.

2. Argumentos a favor de la donación como contrato obligacional y su crítica

2.1 El carácter ‘defectuoso’ del art. 609 CC

Un importante sector doctrinal ha sostenido durante muchos años que la donación precisa la tradición de los bienes donados para operar la transmisión del dominio porque la donación es un contrato, y como tal, entra dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo.

Resultan ilustrativas las palabras de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, para quien que "el sistema previsto en nuestro Código civil para la adquisición de la propiedad por transferencia es el mismo que el sistema romano de la época clásica y justinianea. (…) Dada la redacción de los arts. 609 y 1.095 del Código civil, no ofrece duda de que la tradición no es en sí y por sí un modo de adquirir la propiedad, sino un elemento del sistema positivo español de adquisición traslativa de la propiedad por acto "inter vivos""[31].

Este planteamiento es igualmente palpable en GITRAMA GONZÁLEZ[32], para quien todo contrato traslativo de dominio (sea oneroso o gratuito, incluida la donación) se disecciona en una fase de formación de la relación de crédito y obligación (título) y en una fase de ejecución por el deudor de su obligación de transferir el bien prometido, mediante entrega material o simbólica (modo)[33]. En la misma línea, PUIG PEÑA dijo: "sabido es que en nuestro Derecho -a diferencia del francés- no se gana el dominio por el mero consentimiento, sino que junto a la causa (donación) se precisa la entrega de la cosa. El donante, pues, deberá entregar al donatario la cosa objeto de la donación en el tiempo, modo y forma estipulado en el contrato. Se trata, en definitiva, de una obligación de dar, que seguirá las reglas generales de [las] mentadas obligaciones"[34]. MARÍN PÉREZ fue muy ilustrativo al afirmar que "compraventa, permuta, donación o préstamo mutuo + entrega = transmisión de la propiedad"[35].

Más modernamente, se ha insistido en que la necesidad de que la donación vaya acompañada de la tradición para transferir el dominio es consecuencia derivada de su carácter contractual. LETE DEL RÍO, partiendo de que la donación es un contrato, manifestó que "como es sabido, los contratos sólo son títulos que han de ir acompañados del requisito de la tradición para que se pueda producir la transferencia de la propiedad o adquisición del derecho real"[36]. Y OSSORIO SERRANO ha argumentado lo siguiente:

[31] BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 51, 1967, pp. 103-104.
[32] GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *Curso de Derecho Civil*, Anubar, València, 1968, pp. 296, 311, 321.
[33] GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *Curso de Derecho Civil*, *cit*., p. 321.
[34] PUIG PEÑA, FEDERICO: *Tratado de Derecho Civil español. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1946, p. 179.
[35] MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Derecho Civil. Volumen II. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 106.
[36] LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 60.

> "Parece necesario atribuir en todo caso carácter contractual a la donación, aún en aquellos supuestos en los que tenga lugar la entrega simultánea de la cosa donada (como necesariamente ha de suceder en la donación verbal de bienes muebles, como más adelante comprobaremos. Vid. art. 632 C.c.), pues requiere siempre el concurso de dos voluntades: la del donante, que ofrece la donación, y la del donatario, que ha de aceptarla (Cfr. arts. 632, 625, 626, 627, 629, etc.), además de que por su virtud *queda obligado* el donante a transferir la titularidad al donatario; título traslativo de donación que precisa del modo (tradición) para que efectivamente tenga lugar la adquisición, por parte de éste, del derecho del que se trate; adquisición que efectivamente tendrá lugar al perfeccionarse la donación si, como ya hemos indicado, lo donado verbalmente ha sido un bien mueble (art. 632 C.c.). Mas tal adquisición, incluso en este caso, no se ha debido exclusivamente al hecho de la donación, sino a que simultáneamente la cosa ha sido entregada"[37].

Evidentemente, para todos estos autores, cuando el art. 609 CC alude a "ciertos contratos mediante la tradición" se está refiriendo a cualquier transmisión *inter vivos*, incluyendo a la donación. Como consecuencia de ello, este sector doctrinal no tiene más remedio que defender que la dicción del art. 609 CC y la ubicación de la donación en el Libro III del CC son producto de un defecto o de un error imputable a los redactores del CC.

Son bien conocidas las duras palabras que escribió sobre el particular un autor de tanto renombre como SÁNCHEZ ROMÁN, quien se refirió al "arbitrario *plan* y defectuoso *contenido* del Código" en relación con los modos de adquirir el dominio[38], atacando sin solución de continuidad la enumeración del art. 609 CC, por considerar que "no es *perfecta*, ya porque incluye la *donación*, que tiene, cuando es *inter vivos*, un señalado carácter *contractual*"[39], y añadiendo que "no es *completa*, ni aun bajo su criterio inexacto de incluir *expresamente* la donación, porque lo mismo pudiera hacer de la compra-venta y de otros contratos traslativos del dominio, y no lo hace, sino con la frase general «y por consecuencia de ciertos contratos»,

[37] OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL: "El contrato de donación", en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos*, Tirant lo Blanch, València, 2021, p. 283.
[38] SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo Tercero. Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2ª ed., Establecimiento Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900, p. 204.
[39] SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo Tercero. Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, *cit*., p. 205.

aunque con la adición saludable de «*mediante la tradición*»; adición ó salvedad que también necesita la *donación* en el propio sentido jurídico de la palabra *tradición*"[40].

Otro insigne autor de enorme influencia, CASTÁN TOBEÑAS, tras aseverar que "en nuestro Derecho no se transmite el dominio por el solo consentimiento"[41], defendió una conclusión muy similar:

> "Considera el Código a la donación como un modo de adquirir la propiedad (art. 609 CC) y la regula en el Libro III. Pero este criterio es erróneo, aun dentro de los principios del Código civil, pues dado el sistema de éste, hay que entender, como dice De Diego, que la donación es un simple título traslativo, que necesita de la donación para que el dominio quede trasladado de un modo efectivo al donatario"[42].

Dentro de los autores que aludieron al carácter defectuoso del CC también cabe citar a ESPÍN CÁNOVAS[43]:

> "Hemos de insistir sobre el carácter contractual de la donación, porque nuestro Código, siguiendo la tradición romanista, considera a la donación como un modo de adquirir la propiedad (artículo 609). (…) Es defectuosa esta consideración de la donación, puesto que ésta no produce la adquisición de la propiedad por sí sola, si no va acompañada de la tradición y como, por otra parte, tiene en nuestro Código

[40] SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo Tercero. Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, *cit.*, p. 205.

[41] CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Obra ajustada al programa para las oposiciones a Notarías determinadas. Tomo III. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia*, 6ª ed., Reus, Madrid, 1944, p. 105.

[42] CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral (…) Tomo III. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia*, *cit.*, p. 95. Resulta necesario destacar que CASTÁN TOBEÑAS no estuvo demasiado acertado al intentar sustentar su criterio en lo que había escrito anteriormente DE DIEGO GUTIÉRREZ. Ciertamente, este último autor, al abordar el régimen jurídico de la donación, había dicho que "por el sistema de nuestra legislación, entendemos que es un título traslativo de dominio, necesitando de la tradición para que el dominio quede trasladado de un modo efectivo al donatario" (DE DIEGO GUTIÉRREZ, FELIPE CLEMENTE: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 198). Sin embargo, se mostró bastante más dubitativo cuando analizó los modos de adquirir la propiedad y la mención separada a la donación en el art. 609 CC: "El artículo 609 del Código civil enumera los modos de adquirir el dominio y derechos reales, diciendo que la propiedad (no los otros derechos reales) se adquieren por la ocupación; la propiedad y los demás derechos reales se adquieren por la ley (adquisiciones *ex lege*, como en las reservas, usufructos legales, etc.), por la sucesión testada e intestada, por la donación (¿sólo por la donación como contrato, sin tradición?) y por ciertos contratos (los llamados traslativos de dominio), mediante la tradición" (DE DIEGO GUTIÉRREZ, FELIPE CLEMENTE: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo I*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930, p. 335).

[43] ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pp. 416-417.

> naturaleza contractual, como veremos, es evidente que su función traslativa del dominio es la misma que la de los demás contratos de esa finalidad".

Entendemos que el planteamiento de todos estos autores es endeble, por múltiples razones.

En primer lugar, esta tesis se fundamenta en que la donación es un contrato, a pesar de que el CC la regula en el Libro III, dentro de los modos de adquirir. Por tanto, ya por de pronto, la premisa es discutible atendiendo a la sistemática del CC, que se ignora[44].

En segundo lugar, el principal defecto de esta tesis es su carácter apriorístico. Quienes la defienden parten de la base de que el art. 609 CC y la ubicación de la donación en el Libro III del CC son erróneas, por lo que dan por supuesta su conclusión, sin ser capaces de fundar en la norma positiva las eventuales razones jurídicas que sustentarían su punto de vista. Por ello, resulta fundada la crítica dirigida por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien dijo que tales autores "dan por sentado que nuestro Derecho no sigue el criterio que el artículo 609 establece: que por la donación (…) el donatario adquiere inmediatamente (sin necesidad de tradición) el bien que se dona"[45].

En tercer lugar, y aunque suponga anticipar un elemento que posteriormente justificaremos, esta tesis también olvida que durante los debates parlamentarios que se celebraron en las Cortes antes y después de la aprobación del CC quedó bien claro que la regulación de la donación en el Libro III del CC, como modo de adquirir, no obedeció a ningún error ni a ningún defecto de redacción, sino a una voluntad deliberada de los miembros de la Sección Civil de la Comisión de Codificación, que terminó cristalizando en el contenido de la Ley de bases de 1888, y a la postre, en la sistemática y el contenido del CC de 1889[46].

Y en cuarto lugar, esta tesis conduce inevitablemente a sostener que la alusión a la donación en el art. 609 CC, de manera separada a "ciertos contratos seguidos de la tradición" sería absolutamente superflua, carente de toda trascendencia jurídica. Fue muy ilustrativo en este sentido ESPÍN CÁNOVAS, quien adujo que la donación "quedaba ya comprendida, como

---

[44] Con todo, a nuestro entender, para dilucidar la mecánica transmisiva de la donación no es tan importante la calificación de la donación como contrato o como modo de adquirir, sino la interpretación del Título II del libro III del CC con arreglo a los criterios interpretativos que enumera el art. 3.1 CC. *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartados 3.3 a 3.8.

[45] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Tomo I. Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001, p. 80.

[46] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.

mero título hábil para transferir el dominio, en la referencia a los contratos de dicho artículo 609, en que la transferencia dominical la opera la tradición"[47]. Parece obvio que el recto entendimiento de la mecánica transmisiva de la donación no puede solventarse, lisa y llanamente, en ignorar lo que establece la norma positiva, de la que se prescinde como si no existiese.

Así las cosas, el pretendido carácter defectuoso del CC no constituye un argumento fundado para argumentar que la teoría del título y el modo resulta de aplicación a la donación.

Ahora bien, dicho esto, cabe preguntarse por qué tantos autores de indudable talla y prestigio mantuvieron este planteamiento, fundado en bases tan poco sólidas. A nuestro entender, la causa no es otra que la inercia histórica. Como más adelante tendremos ocasión de justificar, con arreglo a la normativa castellana que el CC vino a sustituir, la donación era un mero título productor de obligaciones, que necesitaba la entrega de las cosas donadas para producir la transmisión de la propiedad[48]. Tras la entrada en vigor el CC, tenía sentido que la doctrina que se había formado durante la vigencia del Derecho anterior recién derogado, así como sus discípulos, formados en sus enseñanzas, entendiesen que la nueva regulación era defectuosa, asumiendo que el CC no debía comportar una transformación de la mecánica transmisiva de la donación; o lo que es lo mismo, que no existía ruptura, sino continuidad, entre el Derecho anterior derogado y el CC. Sin duda, es un planteamiento comprensible, pero no se funda en razones jurídicas solventes.

2.2 La definición 'omnicomprensiva' del art. 618 CC

También se ha sostenido que la necesidad de que la donación vaya acompañada de la tradición para producir la transmisión dominical sería consecuencia de la definición legal del art. 618 CC, que tendría un carácter omnicomprensivo.

Este planteamiento fue explícitamente anunciado por SANTOS BRIZ, quien dijo que "la gama de tipos que la donación puede adoptar, no siempre contractuales, se recoge en el capítulo I del título II bajo la rúbrica «De la naturaleza de las donaciones». El artículo 618

[47] ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, *cit.*, p. 417.
[48] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.

da un concepto omnicomprensivo al decir que «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta»"[49].

En parecidos términos, DE BUEN LOZANO sostuvo que cuando el art. 618 CC define a la donación como "acto de liberalidad", la palabra "acto" se utiliza para comprender las dos clases de donación, *inter vivos* y *mortis causa*[50]. Por tanto, la utilización de la palabra acto no tendría ninguna consecuencia práctica, dado que a renglón seguido dicho autor entendió que las donaciones entre vivos exigirían la tradición para transmitir el dominio[51].

Por su parte, FERRANDIS VILELLA manifestó que cabría argumentar que cuando el art. 609 CC afirma que la propiedad se adquiere y se transmite por donación, se estaría refiriendo a la entrega inmediata de la cosa donada, que presupone o implica la tradición; mientras que cuando se dice que la propiedad se transmite por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición, el CC se referiría a la donación que no se hace mediante la entrega inmediata de la cosa, sino asumiendo el donante la obligación de entregar, y manifestando el donatario su aceptación. Por tanto, el contrato de donación sería uno de esos contratos a los que alude el art. 609 CC como modo de transmitir la propiedad, pero no por sí solo, sino necesariamente con el complemento de la tradición. De admitirse tal interpretación, se justificaría la calificación de "acto" que asigna a la donación el art. 618 CC, que no se opondría a un contrato de donación situado en el ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, sino que sería compatible, porque dicha palabra sería expresiva de una categoría genérica en la que tendría cabida tanto la donación dispositiva o traslativa como un contrato de obligacional de carácter obligacional[52].

No puede negarse que esta tesis es original, y que atendiendo a criterios meramente dialécticos podría tener sentido. Sin embargo, un examen del origen del art. 618 CC desmiente que la intención del precepto sea la de dar cobijo tanto a la donación dispositiva o inmediatamente traslativa como a la obligacional.

---

[49] SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 136.

[50] DE BUEN LOZANO, DEMÓFILO: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, Reus, Madrid, 1928 p. 453.

[51] DE BUEN LOZANO, DEMÓFILO: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, *cit.*, p. 454.

[52] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 345-346.

Posteriormente tendremos ocasión de acreditar que la definición legal de donación como "acto por el cual una persona dispone de una cosa en favor de otra, que la acepta" (art. 618 CC) tiene su origen en el art. 615 del anteproyecto de 1882-1888, que tomó como referencia el art. 1050 del Código Civil italiano de 1865, que a su vez era una copia literal del art. 894 del Código Civil francés de 1804[53]. Es pacífico que en el Derecho francés la expresión "acto" tenía una significación muy clara: la eficacia transmisiva directa de la propiedad por medio de donación, sin necesidad de entrega o tradición. Tal fue el sistema que pasó al Código Civil italiano decimonónico, que fue adoptado como modelo asumido por el CC de 1889. La explicación que ofreció GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ en el Senado, en su doble condición de miembro de la Sección Civil de la Comisión de Códigos y autor material de los preceptos relativos a la donación del anteproyecto de CC de 1882-1888, fue manifiestamente explícita al respecto[54].

2.3 El art. 621 CC

Diversos autores han pretendido argumentar que la donación constituye un mero título productor de obligaciones a la vista del art. 621 CC, que dice lo siguiente:

> "Las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título".

Ahora bien, dentro de esta tesis, cabe apuntar dos planteamientos distintos.

El primero se funda en que al afirmar el art. 621 CC que las donaciones *inter vivos* se rigen por las reglas de las obligaciones y contratos, es obligado concluir que la donación es uno de esos contratos que según el art. 609 *in fine* CC exigen la tradición para operar la transmisión del dominio.

Fue la tesis sostenida por DE BUEN LOZANO, quien al aludir a las donaciones *inter vivos*, y afirmar que les resultaba de aplicación el art. 621 CC, señaló:

> "¿Requerirán esta clase de donaciones, para que se transmita el dominio, la tramitación o entrega de la cosa? Por ser contratos y aplicables las reglas de los contratos y obligaciones, le será aplicable el art. 609 en cuanto dispone que la propiedad y los demás derechos reales se transmiten por el contrato mediante la

[53] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.a).
[54] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.c).

> tradición; y les será aplicable asimismo el art. 1.095, según el cual, el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla; sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada"[55].

En este punto debemos reiterar lo que ya dejamos apuntado anteriormente en relación con el pretendido carácter 'defectuoso' del CC[56]: este planteamiento es inasumible porque ignora por completo que el art. 609 CC enumera separadamente a la donación de "ciertos contratos mediante la tradición", así como que el CC regula a la donación en el Libro III del CC, relativo a los modos de adquirir, y no en el Libro IV, relativo a las obligaciones y contratos.

Una segunda variante de esta tesis argumenta que la razón de ser del art. 621 CC no sería otra que la de referirse implícitamente a la donación obligacional. En esta línea de pensamiento, cabe citar a FERRANDIS VILELLA, quien afirmó:

> "Rara vez habrá lugar a que entre en juego esta norma de remisión cuando se trate de una donación inmediatamente traslativa, sobre todo teniendo en cuenta que éste es el especto fundamentalmente contemplado en los artículos 618 y siguientes; será más bien la donación obligacional la que dé lugar a la utilización de la regla de remisión contenida en el artículo 621, ya que precisamente será ella la que pueda plantear problemas no previsto[s] en el título II del libro tercero"[57].

Esta misma idea ya había sido apuntada por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER MICÓ, en términos incluso más amplios:

> "Dadas las diversas modalidades en que puede consistir la atribución patrimonial que es contenido inmediato de la donación y dado, por otra parte, el carácter de causa general de adquisición que corresponde a la donación, es evidente que aquel efecto inmediato será conforme a la naturaleza del negocio de que sea cuestión en cada caso: negocio de enajenación, de gravamen, de constitución de obligación, de liberación de gravamen, de remisión de deuda, de cesión de crédito, etc., y que se aplicarán en lo pertinente las reglas propias de cada uno de estos negocios. En tal sentido se debe entender el art. 621 que se remite a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado por el título en que

[55] DE BUEN LOZANO, DEMÓFILO: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, *cit.*, p. 454.
[56] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.1.
[57] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 601.

> se regula la donación. Por igual razón, pues, cuando no se trate de donación obligatoria -única a que por lo visto alcanzaba la previsión legal en este artículo- habrá de acudirse a las reglas generales referentes a la transmisión o constitución del derecho que se atribuya inmediatamente por virtud de la donación"[58].

Este planteamiento tampoco parece sólido. De entrada, resulta apriorístico, pues parte de la base de que el CC reconoce la donación obligacional, sin verificar si su contenido normativo permite alcanzar tal conclusión. Y en contra de esta tesis, también cabe apuntar que el art. 621 CC puede ser perfectamente explicado en un sentido completamente opuesto a la consideración de que el CC regula la donación obligacional. SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ BLANCO dijo al respecto lo siguiente:

> "El argumento prueba lo contrario de lo que pretende probar, porque si la donación fuera un contrato productor de obligaciones, le serían aplicables las disposiciones relativas a los contratos y a las obligaciones en general, sin necesidad de precepto especial que así lo determinara, como lo son a todos los contratos que el Código Civil regula, a pesar de no encontrar en la reglamentación de ninguno de ellos una norma de remisión semejante a la que examinamos"[59].

Más recientemente, MARÍN CASTÁN ha afirmado que "si el art. 621 remite a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título, es porque considera que «este título» está regulando algo diferente de los contratos en general"[60], añadiendo:

> "Se suele de este modo quitar importancia a la parte final del artículo, que es la que excluye muy tajantemente dicha normativa general de las obligaciones y contratos en todo lo que se halle determinado en el propio título dedicado a la donación, el cual, a su vez, se encuentra sistemáticamente en el Libro III, dedicado a los diferentes modos de adquirir la propiedad, y no en el Libro IV que se ocupa de las obligaciones y contratos.

[58] PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, y ALGUER MICÓ, JOSÉ: *Derecho de obligaciones por Ludwig Enneccerus. Volumen segundo. Doctrina especial*, Bosch, Barcelona, 1935, p. 117.
[59] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, p. 806.
[60] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4* (SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, coordinador), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006, p. 136.

> Tal vez si los redactores del Código hubieran optado por invertir los términos, diciendo que sólo en lo no determinado en este título se aplicarán las disposiciones de las obligaciones y contratos, habría quedado más claro el sentido del precepto"[61].

A mayor abundamiento, la remisión del art. 621 CC a las reglas generales de las obligaciones y los contratos no tiene por qué fundamentarse en la donación obligacional. La norma tiene pleno sentido para las donaciones sometidas a término o a condición[62]; para los vicios del consentimiento[63]; para las posibles causas de nulidad o anulabilidad de la donación; e incluso, para su eventual rescisión por incurrir en fraude de acreedores[64]. Ninguna de estas cuestiones está regulada en el Título II del Libro III del CC, y por ello es lógica la remisión del art. 621 CC, sin que exista razón que obligue a interpretar dicho precepto en clave de admisión implícita de la donación obligacional. Parece bastante acertado el planteamiento de VALLET DE GOYTISOLO, quien adujo que la llamada supletoria del art. 621 CC obedece a que falta en el CC una doctrina general del negocio jurídico, y de su subespecie, el negocio bilateral de disposición, y que "por eso se debe acudir, por analogía, en cuanto no contraríe la naturaleza de la donación, a las reglas generales del negocio jurídico bilateral más detenidamente regulado en el Código: el contrato *strictu sensu*; es decir, el contrato obligacional"[65].

Así las cosas, parece razonable concluir que la razón de ser del art. 621 CC es mucho más sencilla, a la par que lógica: determinar que las normas de las obligaciones y los contratos constituyen la normativa supletoria de la regulación de la donación existente en el Título II del Libro III del CC[66].

Un somero análisis de la jurisprudencia justifica esta conclusión. Aunque a menudo los Tribunales han citado el art. 621 CC cuando se ha discutido si la donación litigiosa surtía

---

[61] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., p. 165.

[62] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 450; DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de Derecho Civil, 1. Parte General. Derecho de Obligaciones*, Alianza, Madrid, 1975, p. 343.

[63] ANDERSON, MIRIAM: "Artículos 618 a 623", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 109-110.

[64] MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Donaciones en convenio regulador", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo* (ABAD TEJERINA, PALOMA, coordinadora), Sepín, Las Rozas, 2021, p. 325.

[65] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1227. En el mismo sentido, ANDERSON, MIRIAM: "Artículos 618 a 623", *cit*., pp. 109-110.

[66] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 4715.

efectos *inter vivos* o *mortis causa*[67], en ocasiones se han referido a la norma como genuina aplicación supletoria a la donación de las normas disposiciones generales de las obligaciones y los contratos. A modo de ejemplo, la STS de 15 de octubre de 1924[68] entendió que el art. 621 CC permite la novación de la donación, si así lo convienen el donante y el donatario. Y la STS de 15 de junio de 1929[69] citó el art. 621 CC para justificar la aplicación del principio de relatividad de los contratos a una donación.

En algunas ocasiones, la jurisprudencia se ha apoyado en el art. 621 CC para declarar la nulidad de una donación por no existir auténtica liberalidad. A modo de ejemplo, la SAP de Toledo (Sección 2ª) de 23 de abril de 2014[70] mencionó el art. 621 CC para aludir a la inexistencia de causa liberal (art. 1274 CC) y confirmar la declaración de nulidad de una donación por existir simulación absoluta y haberse realizado la donación en fraude de acreedores, dado que se trataba de la única vivienda de la donante, quien siguió residiendo en ella tras la celebración de la donación.

También se ha utilizado el art. 621 CC para declarar la nulidad de una donación por vicios en el consentimiento. Así, la SAP de València (Sección 7ª) de 3 de noviembre de 2010[71] declaró la nulidad de una donación al apreciar dolo, y concluyó que el demandado engañó a la demandante cuando la acompañó a suscribir la escritura de donación, por lo que faltaba la voluntad de la donante de donar sus bienes a su sobrino. La SAP de València (Sección 7ª) de 13 noviembre de 2014[72] también se apoyó en el art. 621 CC para confirmar la nulidad de una donación de la nuda propiedad de diversos inmuebles por falta de capacidad de la donante, debido a que padecía un severo trastorno cognitivo como consecuencia de una enfermedad neurodegenerativa.

2.4 La aparente antinomia entre los arts. 623 y 629 CC

[67] STS de 27 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:216, RJ 1957\1573; ponente Francisco Eyré Varela); STS de 24 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:879, RJ 1986\935; ponente Antonio Fernández Rodríguez); STS de 13 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:1837, RJ 1989\2036; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández).
[68] STS de 15 de octubre de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:78, JC, t. 164, 27; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane).
[69] STS de 15 de junio de 1929 (ECLI:ES:TS:1929:385, JC, t. 189, 142; ponente Fulgencio de la Vega y Zayas).
[70] SAP de Toledo (Sección 2ª) de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APTO:2014:278, JUR 2014\136973; ponente Gema Adoración Ocáriz Azaustre).
[71] SAP de València (Sección 7ª) de 3 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:APV:2010:6364, AC 2011\198; ponente María del Carmen Escrig Orenga).
[72] SAP de València (Sección 7ª) de 13 noviembre de 2014 (ECLI:ES:APV:2014:5366, JUR 2015\77638; ponente Pilar Cerdán Villalba).

Como es de sobra conocido, desde la entrada en vigor del CC la doctrina se ha esforzado en intentar ofrecer una explicación satisfactoria que resuelva la aparente antinomia de los arts. 623 y 629 CC en relación con el momento de perfección de la donación. El primero de ellos dice que "la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario", mientras que el segundo afirma que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación".

A tal fin, se han esbozado multitud de planteamientos. Obviamente, en esta Tesis no podemos proceder a un análisis exhaustivo. Sin embargo, su análisis es relevante, porque uno de ellos entronca con un pretendido reconocimiento implícito de la donación obligacional en el CC. Siguiendo a ALBALADEJO GARCÍA[73], se han expuesto las siguientes posiciones doctrinales[74]:

- La primera tesis concede preferencia al art. 623 CC, por constituir norma congruente con la regla general del art. 1262 CC. Como consecuencia de ello, el art. 629 CC sería inútil.
- La segunda tesis considera preferente el art. 629 CC, por ser una norma especial no concordante con la regla general del art. 1262 CC. Así las cosas, el art. 623 CC sería superfluo, y su existencia carecería de sentido.
- La tercera tesis defiende que el art. 623 CC serviría para la donación que ofrece el donante y acepta el donatario, mientras que el art. 629 CC se aplicaría a la donación que propone el donatario y acepta el donante.
- La cuarta tesis aduce que "ambos preceptos, lejos de excluirse *a priori*, se cohonestan con perfecto ajuste en una relación de aplicabilidad sucesiva"[75]. Está basada en una interpretación ajustada a los antecedentes legislativos del art. 623 CC. La donación se perfeccionaría con la aceptación del donatario (art. 629 CC), pero hasta que el donante no tenga conocimiento de la aceptación de la donación, puede revocar la donación. Por

[73] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 82-90.
[74] No mencionó ALBALADEJO GARCÍA la tesis de DUALDE GÓMEZ, para quien "los artículos 623 y 629 del Código Civil establecen normas relativas a la donación evidentemente incompatibles", por lo que "no han llegado nunca a ser ley" (DUALDE GÓMEZ, JOAQUÍN: *Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Bosch, Barcelona, 1933, pp. 118, 125). De tal aseveración, cabría deducir que, para dicho autor, la determinación del momento de la perfección de la donación pasaría por acudir a la teoría general del contrato, esto es, al art. 1262 CC.
[75] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 281.

lo tanto, el conocimiento por parte del donante de la aceptación de la donación determinaría el momento en que la donación deviene irrevocable.

Esta tesis, que fue defendida por LALAGUNA DOMÍNGUEZ[76], goza actualmente de gran aceptación[77], y fue asumida por la STS de 17 de abril de 1998[78].

- La quinta tesis sostiene que el art. 623 CC está dictado para las donaciones entre ausentes, y el art. 629 CC, para las donaciones entre presentes.

---

[76] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., pp. 275-299.

[77] A pesar de ello, puede ser objeto de crítica. A efectos prácticos, supondría que el art. 623 CC contiene una causa autónoma de revocación de las donaciones, al margen de las causas explicitadas en los arts. 644 a 653 CC. No en vano, LALAGUNA DOMÍNGUEZ aludió expresamente en su Programa de Derecho Civil a "la facultad revocatoria del artículo 629 del C.c." (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Derecho Civil. Programa y bibliografía*, Servicio de fotocopias de la Facultad de Derecho, València, 1986, p. 32). Con todo, como apuntaron DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, "no deja de seguir siendo un tanto desconcertante que una donación que obliga al donante y produce efectos por la aceptación (art. 629) pueda ser revocada por él libremente. (…) Por otra parte, se opone a la consideración de que sea un supuesto de revocación de una donación perfecta que no sea conceptuado así por el Código Civil en los artículos 644 y siguientes, donde se regula la revocación de las donaciones" (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 342).

[78] STS de 17 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:2474, RJ 1998\2983; ponente Alfonso Villagómez Rodil): "La jurisprudencia de esta Sala no ha abordado la cuestión directamente como «thema decidendi» específico y no ha decidido definitivamente la problemática jurídica de la prevalencia y aplicación del artículo 623, que acentúa la perfección de la donación, en cuanto exige que el donante conozca o llegue a saber la aceptación del beneficiario de la liberalidad, respecto al 629, que atiende a su obligación y eficacia, que se produce desde el momento de la aceptación por el donatario. (…)

Su propio planteamiento exige dar respuesta casacional a la tesis doctrinal que plantea y conduce a la conclusión que se deja expuesta por las siguientes razones: a) Los antecedentes históricos así lo ponen de manifiesto, ya que el Anteproyecto del código Civil y Proyecto de 1851, como la primera edición (artículo 623), refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo «irrevocable» por el verbo transitivo «perfecciona», con lo cual la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un acto de generosidad estrictamente gratuito, dimanante de la voluntad del oferente que puede deshacer y dejar sin efecto, y al que se pone fin cuando el donatario expresa y trasmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó. Dicha posibilidad de revocación subsiste durante la vida de los donantes, pero acaba con su fallecimiento, como sucede en el presente supuesto, ya que la facultad revocatoria no se trasmite a los herederos y, por tanto éstos carecen de legitimación para dejarla sin efecto y con ello contradecir la voluntad de los otorgantes, que en este caso mantuvieron los padres durante su vida; por todo lo cual y lo que se deja estudiado, ha de prevalecer y respetarse la voluntad decidida y nunca desistida de los progenitores de beneficiar por partes iguales a sus cuatro hijos con la donación de la finca que llevaron a cabo.

Al producirse la muerte de los otorgantes la donación quedó completa y definitivamente consolidada, alcanzado total firmeza, ya que la liberalidad no fue revocada en ningún momento y se trata de donación sin reservas. Es de tener en cuenta que el artículo 161 del Fuero de Navarra (Ley 1 marzo 1973 y 1 abril 1987), mantienen la orientación primera del Código Civil, en cuanto prevé que las donaciones de bienes inmuebles resultan irrevocables desde el momento en que se hubiera notificado al donante la aceptación en escritura pública".

Este planteamiento fue igualmente asumido por la RDGRN de 1 de julio de 2003 (RJ 2003\6082).

- La sexta tesis argumenta que el art. 623 CC se aplicaría a las donaciones obligacionales, mientras que el art. 629 CC resultaría de aplicación a las donaciones dispositivas o traslativas. Como es lógico, esta es la tesis que nos interesa abordar con detalle.

Fue SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO quien abordó más extensamente este planteamiento, señalando lo siguiente:

> "En las donaciones reales o traslativas, en las que se produce una transferencia de dominio (o de otro derecho real o de crédito) al modo que es la *traditio* romana, bastará el *animus transferendi et accipiendi dominio*, la concurrencia de la voluntad de transferir y de la voluntad de adquirir, para que el desplazamiento se verifique.
>
> En cuanto a las donaciones obligacionales, o sea al contrato de donación, que no producen un desplazamiento, sino una obligación, ésta ni nacerá mientras el promitente-donante no sepa que está efectivamente obligado, por haber conocido que el promisario-donatario ha aceptado su oferta.
>
> El artículo 629 se interpretaría, por tanto, en el sentido de que mientras falte la voluntad de adquirir, *el donante no queda* obligado, es decir, *vinculado, ni se produce la traslación* patrimonial, que constituye el "efecto" propio de la donación. Cuando el *accipiens quiere adquirir*, esto es, en el momento en que acepta la oferta de donación (*animus adquirendi dominii*), la cosa donada *ingresa en su patrimonio*, si fué entregado o se llenó la forma establecida por la Ley (arts. 632 y 633) -la donación "produce efecto"-, o, por lo menos, queda vinculado el donante, si no se cumplieron los requisitos de entrega o forma -la donación "obliga al donante"-.
>
> Por su parte, el artículo 623 no hace otra cosa que aplicar el precepto más amplio del artículo 1.262, relativo al consentimiento de los contratos, según el cual, "la aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino *desde que llegó a su conocimiento*"".[79]

Esta tesis fue igualmente asumida por PUIG BRUTAU, quien sin demasiada explicación se limitó a sumarse a la misma: el art. 623 CC (concordante con el art. 1262 CC) se referiría a la donación obligacional, mientras que el art. 629 CC se referiría a la donación dispositiva[80].

---

[79] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., pp. 815-816.

[80] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1956, p. 86.

Sin duda, es meritorio el intento de conciliar los arts. 623 y 629 CC sobre la base de un reconocimiento implícito a la donación obligacional en el primero de los preceptos. Sin embargo, plantea importantes reparos.

En primer lugar, si el legislador hubiese pretendido reconocer la donación obligacional, ¿por qué hacerlo de una manera tan rebuscada, provocando una difícil conciliación de dos normas aparentemente contradictorias? ¿No hubiese resultado más fácil reconocer la donación obligacional de forma expresa, sin tener que hacerlo implícitamente, con una referencia indirecta en relación con el momento de producción de efectos de la donación?

En segundo lugar, los antecedentes legislativos del art. 623 CC demuestran que su finalidad no era la admisión más o menos encubierta de la donación obligacional, sino determinar el carácter irrevocable de la donación[81].

Y en tercer lugar, no deja de resultar un tanto chocante, desde el punto lingüístico, sostener que el art. 623 CC regularía la producción de efectos de la donación obligacional, y el art. 629 CC la producción de efectos de la donación dispositiva, cuando es la primera de estas normas, y no la segunda, la que contiene un mínimo atisbo de referencia a la idea de obligación, cuando dice que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto"[82].

2.5 El art. 629 CC

Dice el art. 629 CC que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación". A la vista del tenor literal de esta norma, se ha sostenido que, si la donación obliga al donante, es porque puede ser un contrato obligacional.

Tal fue el planteamiento de CALVO SORIANO, quien dijo:

> "La expresión del artículo 629 «la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación», hay que entenderla en el sentido de que el primer aspecto se refiere a la donación dirigida a la creación gratuita de una obligación, y el segundo a la donación de cosa, traslativa. Si así no fuera, ¿por qué agregar al «no obliga al donante», el «no surtirá efecto»?; bajo una consideración estrictamente obligacional,

[81] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, pp. 279-281.

[82] Esta hipótesis lingüística se plantea a meros efectos dialécticos, dado que la utilización de la expresión "no obliga" en el art. 629 CC parece obedecer a un error de traducción que cometieron los redactores del CC. *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 2.5.

> con decir que no obliga, sobra, y el añadir inmediatamente el no surtirá efecto, sería una redundancia evidente[83]".

El argumento es ingenioso, aunque un tanto desconcertante. Si el legislador hubiese tenido la intención de dar cabida a la donación obligacional, no parece demasiado lógico que lo hubiese hecho de una manera tan alambicada, obligando a realizar una interpretación *a contrario sensu* del art. 629 CC.

Parece más lógico sostener que la correcta interpretación de esta norma no debe estar sustentada en una interpretación literal, alejada de su fundamento o *ratio*. Por ello, resulta más razonable colegir que el art. 629 CC se está refiriendo al carácter vinculante de la donación. En palabras de VALLET DE GOYTISOLO, "el Código emplea impropiamente el verbo *obligar*, en lugar de expresarse correctamente mediante el verbo *vincular*"[84].

Los antecedentes históricos del art. 629 CC justifican esta interpretación. El precedente del art. 629 CC se encuentra en el art. 626 del anteproyecto de CC de 1882-1888, que decía que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde el día de la aceptación"[85]. Dicho precepto tomó como referencia el art. 1057.I del Código Civil italiano de 1865[86], a tenor del cual "la donazione non obbliga al donante, e non produce effetto, se non dal giorno in cui viene accettata"[87]. Parece que los redactores del CC trasladaron al CC miméticamente la literalidad de la norma italiana, traduciendo el italiano "obbliga al donante" como "obliga al donante". Sin embargo, en este contexto, el verbo *obbligare* se utilizaba en la aceptación italiana de *obbligo* (vinculación, compromiso) y no en la de *obbligazione* (obligación). La traducción correcta al castellano debería de haber sido "la donación no vincula [o no compromete] al donante, y no produce efecto, sino desde el día en que sea aceptada". No en vano, el art. 1057.I CC del *Codice Civile* de 1865 fue copia literal del art. 932.I del *Code* francés de 1804, que decía que "la donation entre-vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en

[83] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., p. 468.
[84] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1224.
[85] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979, p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006, p. 194.
[86] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., p. 194.
[87] El texto del Código Civil italiano de 1865 ha sido tomado de *Codice Civile del Regno d'Italia*, Stamperia Reale, Turín, 1865.

termes exprès"[88]. Adviértase que el precepto original, en lengua francesa, utiliza la palabra *engager*, cuya traducción es "vincular" o "comprometer", pero no *obliger* (obligar). La traducción correcta a la lengua castellana del art. 932.I del Código Civil francés es la siguiente: "la donación entre vivos no vinculará [o comprometerá] al donante, y no producirá ningún efecto, sino desde el día en que haya sido aceptada de manera expresa".

En consecuencia, como señaló CASANOVAS I MUSSONS, la expresión "no obliga al donante" del art. 629 CC es impropia, ya que no significa que la aceptación de la donación determine para el donante una 'obligación' en sentido técnico, sino su vinculación o compromiso con el negocio de donación[89].

2.6 El segundo párrafo del art. 632 CC

El art. 632 CC, al regular los requisitos formales de las donaciones de bienes muebles, dispone lo siguiente:

> "La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito.
>
> La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación".

A la vista del segundo párrafo del art. 632 CC, una parte significativa de la doctrina ha afirmado que en la donación no manual de cosas muebles surgiría una obligación de entrega a cargo del donante, lo que constituiría un reconocimiento implícito de la donación obligacional. Así pues, el CC contemplaría tanto a la donación dispositiva (fundamentalmente, arts. 618, 632.I y 633 CC) como a la obligacional (art. 632.II CC).

Lógicamente, esta postura es sostenida por los autores que defendieron que la donación es un mero título de adquisición, que siempre necesita la entrega o tradición para transmitir al donatario el dominio de las cosas donadas[90]. Sin embargo, destacablemente, parte de la doctrina que ha afirmado que la donación es un negocio dispositivo que transmite el dominio

---

[88] El texto del Código Civil francés ha sido tomado de *Code Civile des Français*, Imprimerie de la République, París, 1804.

[89] CASANOVAS I MUSSONS, ANNA: "La dualidad de funciones de la aceptación de la donación: los artículos 623 y 629 del Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo II. Derecho Civil. Derecho de obligaciones* (CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, coordinador), Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 1624.

[90] CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral (…) Tomo III. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia*, *cit.*, p. 94; LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, *cit.*, p. 60.

sin entrega o tradición también ha argumentado que a través del art. 632 CC penetra la posibilidad de la donación obligacional[91].

Salvo error por nuestra parte, fueron APALATEGUI OCEJO y OYUELOS PÉREZ quienes sostuvieron por vez primera que en la donación no manual de bienes muebles siempre existiría una donación obligacional:

> "[El art. 632 CC] ha generado una forma completamente exótica, cual la de la promesa de donación de cosa mueble, cuasi solemnizada por documento privado. (…) ¿En qué se cifra un documento público o privado por el que se haga donación de una cosa mueble si ésta se acepta, sino en el derecho del donatario de exigir *la entrega de la cosa mueble donada*? Porque hay que reconocer que el documento ha de preceder fatal e inexorablemente á la tradición de la cosa, ya que cuando ésta sea simultánea con la manifestación de la voluntad del donador y con el consentimiento del donatario, para nada se necesita el otorgamiento de escrito. De suerte que la donación respecto de las cosas muebles reside en *la entrega*, que condensa en un solo acto la expresión del deseo liberal ó de agradecimiento, la aceptación por el beneficiado y la tradición que corona y consuma la relación jurídica. Si bien se mira, si se analiza y depura el hecho de la donación de un bien mueble, descúbrese que la división que el Código formula en donaciones verbales y donaciones por escrito, tal como surgió en la mente del legislador, es profundamente errónea, porque lo que en rigor se vislumbra, dado el contenido del art. 632, es la donación manual pura y sin mancilla, aun cuando adicionada con una deformidad consistente en la promesa ó compromiso de esa misma donación manual, y elevada á la ley, no milagrosamente, sino por obra de los ilustres varones que pusieron su saber y sus cuidados en la ordenación de la ley sustantiva por excelencia"[92]. "El Código califica de donación escrita sea otra cosa que una simple promesa o compromiso"[93].

---

[91] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896, pp. 567-569; PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, Y ALGUER MICÓ, JOSÉ: *Derecho de obligaciones por Ludwig Enneccerus. Volumen segundo. Doctrina especial*, *cit*., p. 114; FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., p. 597; PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., pp. 68, 79; SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, *cit*., pp. 137.

[92] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit*., p. 567.

[93] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit*., pp. 568-569.

Idéntico planteamiento fue sostenido por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER MICÓ:

> "La donación manual es acto de disposición; no así la promesa gratuita y por escrito de una cosa mueble que, una vez aceptada, da lugar al perfeccionamiento de un contrato obligatorio, pero no implica negocio de disposición mientras no subsista la entrega"[94].

También se pronunció en este sentido PUIG BRUTAU, quien llegó a relacionar el art. 632.II CC con la promesa de donación del Derecho alemán:

> "Según el art. 632, "la donación de *cosa mueble* podrá hacerse verbalmente o por escrito.- La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito no surtirá efecto si no se hace *por escrito* y consta de la misma forma la aceptación.
>
> Por tanto, respecto de cosas muebles es esencial la distinción entre donación efectiva o acto dispositivo que transfiere al donatario el objeto de la donación (que es como el Código concibe a ésta de manera primordial, según el art. 618) y acuerdo para que la transferencia tenga lugar, que no hay inconveniente en llamar promesa de donación, en el mismo sentido con que la doctrina alemana habla de *Schenkungsversprechen*.
>
> Adviértase que, en la mera promesa, no sólo se trata de que conste por escrito la intención del promitente, sino de que conste igualmente por escrito la aceptación. Este requisito es perfectamente lógico y congruente porque señala la transformación a que antes hemos aludido: sólo es verdadera donación de contenido obligacional la que transforma al donante en deudor. Es natural que esta transformación la señale, no la manifestación del donante, sino la aceptación del donatario, que por ello, es decir, por su trascendencia ha de constar por escrito"[95].

Para FERRANDIS VILELLA, "en una donación en la que falte la entrega simultánea de cosa donada es una donación obligatoria, es decir, un contrato de donación que origina con cargo al donante la obligación de dar; supuesto para el que se impone la forma escrita. (…) En el artículo 632 ha querido el legislador excluir la eficacia de una donación no acompañada del elemento real constituido por la entrega"[96].

---

[94] PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, Y ALGUER MICÓ, JOSÉ: *Derecho de obligaciones por Ludwig Enneccerus. Volumen segundo. Doctrina especial*, *cit*., p. 114.
[95] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 79.
[96] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., pp. 593, 597.

Esta tesis fue asumida por la STS de 6 de abril de 1979[97], que dijo que "si en la donación manual -inciso primero del párrafo segundo del artículo 632 del Código Civil- se perfecciona y consuma el contrato por la simultaneidad en la expresión de voluntad y el acto dispositivo de transferencia y tránsito de un patrimonio a otro de la cosa donada, en la no manual, carente de esa unidad de acto, se precisa la aceptación posterior y por escrito del donatario que transforma la voluntad del oferente o donante en obligación exigible y a éste en deudor y así lo establece el citado precepto del Código Civil".

Según nuestro criterio, este planteamiento es incorrecto, pues es apriorístico, y se extraen unas conclusiones que no guardan ninguna relación con la finalidad del segundo párrafo del art. 632 CC, que no es otra que regular la forma de la donación de bienes muebles cuando no exista entrega inmediata de la cosa donada. La donación manual ha sido configurada en el art. 632.I CC como un contrato real[98] por evidentes razones de seguridad jurídica. Cuando la donación de bienes muebles se perfecciona con la entrega material, no hay ninguna necesidad de documentar la donación, en la medida en que la entrega posesoria justifica que la cosa donada ha llegado a poder del donatario por voluntad del donante, quien se ha desprendido de ella y ha trasmitido su dominio al donatario. Sin embargo, en una donación de bienes muebles sin entrega inmediata de la cosa donada (art. 632.II CC), la documentación por escrito del negocio no tiene otra finalidad que acreditar la existencia de la donación, de tal forma que el donatario pueda acreditar que el negocio se ha perfeccionado y hacer valer los derechos que le correspondan sobre la cosa donada[99].

En consecuencia, la documentación por escrito de la donación no manual de bienes muebles de ninguna manera comporta un reconocimiento legislativo de la donación obligacional. No en vano, es perfectamente posible argumentar que la donación, según el CC, es un negocio dispositivo, sin que la plasmación por escrito de la donación de bienes muebles produzca el efecto de transmitir el dominio de la propiedad de la cosa donada[100]. En este supuesto, la transmisión dominical se produciría como consecuencia del efecto dispositivo característico de la donación, y la entrega de la cosa no sería la consecuencia de

[97] STS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas).
[98] JORDANO BAREA, JUAN B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 147-148.
[99] Hasta el final de este Capítulo no estaremos en condiciones de dilucidar si esos derechos que puede hacer valer el donatario consisten en la entrega de la cosa donada (en el supuesto de que la donación regulada en el CC sea un contrato obligacional) o en la reivindicación de la cosa donada (en el supuesto de que la donación regulada en el CC sea un negocio dispositivo).
[100] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 5.

una obligación asumida por el donante con la perfección de la donación, sino un deber jurídico del donante por estar en posesión de una cosa que ya es propiedad del donatario, como corresponde a todo poseedor de cosa ajena[101].

A mayor abundamiento, si se sostiene que el párrafo segundo del art. 632 CC contempla un supuesto de donación obligacional, a dicho contrato resultarían directamente aplicables todas las normas que contiene el Título II de su Libro III del CC. No es fácil conciliar esa pretendida donación obligacional de cosa mueble con la definición de donación que contiene el art. 618 CC. Tampoco parece tener sentido que en una donación obligacional de cosa mueble el donante deba tener la capacidad de disponer de la cosa donada, además de la capacidad para contratar (art. 624 CC). Y finalmente, esa pretendida donación obligacional de cosa mueble no podría tener por objeto bienes futuros (art. 635 CC), prohibición lógica en la hipótesis de donación dispositiva o traslativa, pero que *a priori* no tendría fundamento en un supuesto de donación con entrega de cosa mueble diferida en el tiempo, ya que la condición de propietario del donante, con la consiguiente capacidad de transmisión del dominio al donatario, solo tendría relevancia en el momento de la entrega de la cosa, pero no en el momento de la perfección de la donación. En este punto, nos hemos visto obligados a adelantar algunas de las cuestiones que se analizarán más adelante cuando examinemos los argumentos a favor de la regulación de la donación como negocio dispositivo[102]. Baste por el momento enumerarlas sintéticamente, con la única finalidad de poner de relieve que pretender argumentar que el párrafo segundo del art. 632 CC regula una donación obligacional constituye una construcción argumental un tanto apriorística, escasamente fundamentada, y que provocaría graves problemas sistemáticos.

Finalmente, también quedaría por explicar por qué si el legislador quiso reconocer la posibilidad de perfeccionar una donación obligacional de bienes muebles, lo habría hecho de una manera tan críptica, al albur de la regulación de los requisitos formales de la donación. Ninguna explicación fue ofrecida al respecto por los defensores de esta tesis.

2.7 La donación como supuesto de renuncia de la propiedad

Singularísima fue el planteamiento sostenido por CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, quien afirmó que la donación exigiría la entrega o tradición de las cosas donadas debido a que en

[101] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 3.7.
[102] *Vide infra*, Capítulo Segundo, apartados 3.1 a 3.9.

toda donación existiría una renuncia del derecho de propiedad (o de otro derecho real), y con la entrega se distinguiría la adquisición por donación de la adquisición por ocupación:

> "La donación tiene algún elemento de la renuncia: pues el donante necesita desprenderse previamente de la cosa. Puede donarla porque *antes* la ha renunciado. Si descomponemos los elementos simples de la donación, encontramos una renuncia seguida de la transmisión del derecho renunciado. Tal transmisión determina -como se ha expuesto- la naturaleza contractual de la donación. Además, hace necesaria la tradición e insuficiente la ocupación (modo éste de adquirir tras la renuncia)"[103].

Más adelante, completó su tesis:

> "La donación está entre el párrafo 1.º del artículo 609 relativo a la ocupación y el párrafo 2.º relativo a la tradición. En todo caso, la posesión del donatario para adquirir derivativamente el derecho donado u originariamente otro derecho equivalente es esencial. La toma de posesión suele producirse por la tradición, aunque también por la ocupación a falta de la tradición"[104].

Sin duda, el planteamiento es original. Sin embargo, no parece sólido. En una donación no existe ninguna renuncia de la propiedad. No existe ninguna clase de derelicción previa a la adquisición del dominio por parte del donatario. La cosa donada en ningún momento llega a ser una *res nullius*. En una donación dispositiva o traslativa, la transmisión dominical se produce automáticamente como resultado de la perfección negocial. Y en una donación obligacional, el derecho de propiedad se transfiere por la celebración del contrato (título) seguida de la entrega de la cosa donada (modo). En suma, toda donación, con independencia de su mecánica transmisiva, comporta un cambio de titularidad de las cosas donadas, sin que exista ninguna clase de renuncia ni de abandono.

Como refuerzo a su argumentación, añadió CANO MARTÍNEZ DE VELASCO lo siguiente:

> "Carece de sentido que al vendedor, que obtiene por ello un precio, se le impongan más requisitos para la transmisión que al donante, que no lo recibe. El vendedor debe tradir para transmitir, el donante -se nos dice por cierta opinión- no. De modo que es más fácil perder la propiedad no recibiendo nada por ello. Tal consecuencia va además contra un principio general: los contratos onerosos deben ser interpretados en el sentido de la mayor producción de efectos, los gratuitos lo más restrictivamente

[103] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, p. 76.
[104] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit*., pp. 77-78.

(art. 1289 CC). Si esto es así, ¿cómo poner a la compraventa la traba del requisito de la tradición para la transmisión y quitársela a la donación?"[105].

El argumento es sugestivo, pero no es acertado, pues se asienta sobre una premisa errónea: no es más difícil transmitir por compraventa que por donación. La compraventa puede celebrarse incluso verbalmente (arts. 1254 y 1278 CC), en tanto que la donación está sujeta a rigurosos requisitos formales *ad solemnitatem* (arts. 632 y 633 CC). Por otro lado, el art. 1289 CC constituye una regla de interpretación contractual (de todo punto lógica, habida cuenta la desigual posición que ostentan las partes contratantes en los contratos gratuitos), que en modo alguno puede ser extrapolada para pretender sustentar la necesidad de entregar las cosas donadas para transferir el dominio por medio de donación[106].

2.8 La donación sometida a término o a condición suspensiva

Un último argumento favorable al reconocimiento de la donación obligacional fue preconizado por diversos autores, quienes defendieron que el CC regula una donación predominantemente dispositiva o traslativa. A tal fin, argumentaron que cuando la donación

[105] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit*., pp. 97-98.

[106] La tesis de CANO MARTÍNEZ DE VELASCO contiene, a nuestro entender, otro fallo argumental importante. Según su planteamiento, la donación transfiere la propiedad mediante la tradición. Sin embargo, sin solución de continuidad, sostuvo de forma incongruente que en la donación no manual de bienes muebles el documento que exige el art. 632.II CC surtiría los efectos de tradición simbólica: "En la donación verbal de cosa mueble con entrega simultánea, la tradición es real. En la donación de bienes inmuebles, que ha de hacerse en escritura pública (art. 633), hay una tradición legal (art. 1.462,2.º); pues el artículo 621 permite la aplicación analógica a la donación del artículo 1.462, aun referido solo a la compraventa, para facilitar la tradición. El problema reside en el caso de que se done un bien mueble que no se entrega simultáneamente. Pues, no habiendo aquí una norma como el artículo 1.462 para bienes inmuebles, es difícil atribuir al escrito privado (o público) la eficacia traditoria que tiene en los bienes inmuebles. No parece suficiente el escrito que contiene la oferta del donante y la aceptación del donatario para actuar la tradición de bienes muebles. Su firma no supone entrega ninguna. Más bien, la tradición se efectúa por la entrega del escrito. Ésta resulta análoga a la tradición de los derechos incorporales (objeto de venta) por "el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia" (art. 1.464). Entregar el escrito donando un bien mueble, equivale a entregar el bien mismo. Esta es una tradición, por una parte, legal, por otra, simbólica. El Código Civil tiene algún otro caso parecido: así, la entrega de las llaves donde están almacenados los bienes muebles equivale a la entrega de los mismos (art. 1.463). Para que el escrito por sí solo sin que sea entregado al donatario equivalga a la tradición de cosas muebles, es necesario que incorpore el acuerdo expreso de las partes a tal efecto (ex art. cit.)" (CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit*., pp. 77-78). En definitiva, lo que sostuvo este autor es que la donación siempre lleva anudada la transmisión de la propiedad, como consecuencia de la forma ínsita en el negocio: entrega manual (art. 632.I CC), entrega legal y simbólica *ex* art. 1464 CC (art. 632.II CC), y escritura pública *ex* arts. 621 y 1462.II CC (art. 633 CC). Es justamente lo mismo que defiende un importante sector de la doctrina, que preconiza el carácter dispositivo de la donación como consecuencia del efecto traslativo de la forma insertado en el tipo negocial (*vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 5). El argumento es intrínsecamente contradictorio, pues conduce a una consecuencia (efecto transmisivo ínsito en la forma de la donación) completamente opuesta al punto de partida (necesidad de entrega o tradición para transmitir la propiedad de las cosas donadas).

está aplazada o condicionada, la donación dispositiva se convertiría en donación obligacional.

CALVO SORIANO manifestó que "en la donación, prescindiendo de los supuestos en que su objeto es un «obligare» o un «liberare», dirigida a la transmisión de la cosa, al «donare» estricto, la posible intervención de las determinaciones accesorias de la voluntad, condición, plazo, modo, puede alterar la esencia dispositiva, actual y normal de la donación"[107], debido a lo siguiente:

> "En la donación de cosa -a la cual puede asimilarse la de derechos reales- puede resultar interferida o dilatada su eficacia por la concurrencia de las llamadas determinaciones accesorias de la voluntad: la condición, el plazo y el modo. Cuando concurre la condición, o el plazo y éstos afectan la modalidad suspensiva, la donación adopta una estructura actual que se caracteriza por una expectativa de derecho, cuya protección juega mejor dentro del campo de las obligaciones, como situación necesariamente previa a la transmisión real. (…) En todos estos casos se comprende la remisión que hacen los artículos 621 y 622 a las disposiciones generales sobre obligaciones y contratos"[108].

Idéntica conclusión alcanzó DE COSSÍO Y CORRAL:

> "El artículo 621, como hemos visto, habla concretamente de: «donaciones condicionales», por lo que cabe preguntarse cómo será posible, constituyendo la donación, según nuestro C. c., un modo de adquirir la propiedad y no un mero contrato productor de obligaciones, someterle a condición, a no ser que pensemos que mientras ésta no se cumpla, la donación carece de fuerza vinculante, no obstante haber mediado un consentimiento, cosa que estaría en clara contradicción con el texto del artículo 629, que hace depender la eficacia definitiva de la aceptación y que entiende que desde que ésta se produce queda obligado el donante. Pensamos, sin embargo, que no existe ningún obstáculo legal para someter a término o condición la transmisión del dominio, que en este caso actuaría automáticamente, produciéndose la adquisición ipso iure. Será, por tanto, en tales supuestos posible atribuir efectos meramente obligatorios al contrato de donación, en tanto no lleguen a producirse de modo definitivo los reales.

[107] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., pp. 468, 471.
[108] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., p. 450.

> Ello quiere decir que en tanto la condición o el plazo no se cumplan, no podrá el donatario considerarse como verdadero dueño, sino tan sólo como acreedor del donante, cuya voluntad no será ya necesaria para que la transmisión se produzca"[109].

La tesis que alcanzan estos autores no es correcta. Una donación dispositiva o traslativa aplazada o suspensivamente condicionada no se transforma en un negocio de carácter obligacional. Llegado el término, o cumplida la condición suspensiva, el donatario se convertirá automáticamente en propietario. El término o la condición operan como evento que provoca la efectiva disposición, con la consiguiente transmisión dominical, sin que el donante asuma ninguna obligación de entregar las cosas donadas.

Como dijo VALLET DE GOYTISOLO, "en las donaciones aplazadas o condicionadas es la misma transmisión lo que se halla aplazado y condicionado. (…) Llegado el día o cumplida la condición, la transmisión se realiza automáticamente"[110]. Por ello, el donante "no está obligado a transferir la cosa o derecho donados. La transmisión se perfecciona *ipso iure*"[111].

Más recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido ARIJA SOUTULLO:

> "Cuando la donación se realiza bajo condición suspensiva no pierde su carácter de negocio dispositivo. La cosa donada seguirá en posesión del donante, quedando en suspenso la transmisión de la propiedad hasta el momento del cumplimiento de la condición. La propiedad de la cosa se adquirirá automáticamente con el cumplimiento del evento condicionante, con efecto retroactivo al día de realización de la donación"[112].

La negativa a considerar que el término o la condición provoquen una transformación de la donación dispositiva en donación obligacional fue respaldada por la STS de 22 de junio de 1982[113], que dijo que la donación es un "negocio con formas propias (arts. 632 y 633) y también, según la definición del 618, esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación -esencialmente traditoria siempre- la condición, la cual habrá de entenderse afectante a la donación misma, de tal suerte que la propiedad de la

[109] DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de Derecho Civil, 1. Parte General. Derecho de Obligaciones*, *cit*., p. 343.
[110] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1226.
[111] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1233.
[112] ARIJA SOUTULLO, CARMEN: "La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, 2018, p. 308.
[113] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).

cosa se adquiera por modo automático, producido que sea el evento en que la condición consista (…) y sin otro momento de voluntad del donante".

En conclusión, en una donación dispositiva, llegado el término pactado, o cumplido el evento condicionante, la propiedad de las cosas donadas se transferirá automáticamente al donatario. No obstante, si en ese momento el donante sigue estando en posesión de las cosas donadas, deberá entregarlas al donatario. Pero tal entrega no será consecuencia de una obligación asumida por el donante, sino una consecuencia directa de la transferencia dominical ya producida[114]; ya se habrá consumado el acto de disposición, la cosa donada ya no formará parte del patrimonio del donante, y, en consecuencia, estará detentando sin título una cosa ajena[115]. Así las cosas, la entrega de las cosas que siguen en posesión del donante una vez cumplido el término o la condición no es más que un deber inherente a cualquier incongruencia que pueda existir entre la situación dominical y la situación posesoria, "tal como sucede en cualquier otro caso de posesión de cosa o derecho ajenos sin causa o título que justifique su posesión en concepto distinto"[116].

3. Argumentos a favor del carácter traslativo de la donación regulada en el CC y su crítica

3.1 Argumentos históricos

El eventual carácter dispositivo de la donación, a tenor del cual se produciría la transmisión dominical sin necesidad de tradición, puede ser fundamentado tomando en consideración los antecedentes históricos y legislativos de la donación[117].

El art. 3.1 CC sanciona expresamente la interpretación histórica de las normas, cuando dice que "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas".

[114] ARIJA SOUTULLO, CARMEN: "La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad", *cit*., p. 308.
[115] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1232.
[116] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1226.
[117] Para un análisis detenido, *vide* CARDÓS ELENA, JOSÉ MARÍA: "La eficacia traslativa de la donación en el Código Civil a la luz de los antecedentes históricos y legislativos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 77, 2024, pp. 1181-1284.

Aunque quizá no sea un criterio hermenéutico que se utilice con excesiva asiduidad por los Tribunales, no puede negarse la importancia del criterio de interpretación histórico, puesto que los antecedentes históricos de una norma revelan qué es lo que se quiso cambiar o mantener del Derecho precedente, y los antecedentes legislativos revelan qué fue lo que se propuso, qué fue lo que discutió y las conclusiones que se alcanzaron[118].

Obviamente, la interpretación histórica puede confirmar que la normativa vigente contiene los mismos principios o que responde a la misma finalidad que la normativa anterior que regulaba la misma materia. Y ello es lógico, pues como señaló BATLLE VÁZQUEZ, "las normas jurídicas no surgen de la nada, sino que tienen su causa en una realidad preexistente que explica su razón de ser y aun su propio contenido. Los hechos en que se manifiesta su gestación revelan sus propósitos y finalidad, y con frecuencia son reproducción, actualización o desenvolvimiento de otras normas que con anterioridad existían. Por lo que, para la buena inteligencia de una ley, es un elemento precioso conocer las realidades antecedentes a su existencia que la explican en cuanto a su necesidad, función y contenido y que, a veces, pueden aclarar hasta las propias palabras que la conforman"[119].

Esta misma utilidad de la hermenéutica en clave histórica fue destacada por PÉREZ ÁLVAREZ:

> "El empleo del canon histórico permite desvelar los orígenes de un precepto o el motivo determinante de una norma -occasio legis-; asimismo, desvela la tradición jurídica con la que el precepto enlaza y las construcciones doctrinales sobre la institución o figuras jurídicas que la norma regula; o en fin, permite corroborar un cierto entendimiento de una norma, o resolver -desde la consideración de los orígenes del precepto o de la figura de que se trata- las dudas que pudiera plantear su literalidad"[120].

Sin embargo, la interpretación histórica también puede permitir constatar si la norma actualmente vigente se desmarcó de la regulación pretérita, en cuyo caso existirán poderosas razones para concluir que la ley pretende regular una misma realidad de manera distinta. Ello

[118] RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, MIGUEL ÁNGEL: "El criterio histórico en la interpretación jurídica", *Dereito: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, núm. extraordinario 1, 2013, p. 610.
[119] BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL: "Artículo 3", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Artículos 1 a 41 del Código Civil* (ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, coordinador), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 84.
[120] PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 157.

es así porque "cuando el legislador ha tomado alguna decisión acerca del antecedente histórico, esa decisión es la que se impone. Si el autor de la Ley rechazó la alternativa ofrecida por la normativa tradicional, esta normativa no podrá directamente determinar el sentido del texto actual"[121].

De hecho, la jurisprudencia suele recurrir a los antecedentes históricos y legislativos para constatar o descartar la existencia de un hilo conductor entre la norma vigente y la norma precedente. Así lo puso de relieve PÉREZ ÁLVAREZ, tras un detenido estudio de las Sentencias del Tribunal Supremo que se pronunciaron al respecto:

> "En sede jurisprudencial se recurre sobre todo al canon histórico (…) para determinar los orígenes de una figura o institución jurídicas, así como para trazar la evolución del régimen que se les asigna. Por el cauce anterior se determinan las semejanzas o divergencias entre el régimen en vigor y el derogado, y con tal fundamento se resalta la singularidad del Derecho vigente en el aspecto de que se trata; o se asimilan las consecuencias derivadas de la nueva regulación, bien con las que se derivaban del régimen jurídico precedente, o bien de las que resultan del tratamiento asignado en el derecho histórico a la misma figura o institución; o también, se extraen consecuencias a resultas del cotejo entre la anterior y la nueva ubicación sistemática otorgada a la nueva norma que se trata de aplicar"[122].

En todo caso, resulta necesario determinar en qué consisten los "antecedentes históricos y legislativos" a los que alude el art. 3.1 CC. Doctrinalmente[123], se ha señalado que para llevar a cabo una interpretación histórica de cualquier norma, pueden tomarse en consideración, entre otros, los siguientes elementos: la legislación anterior sobre la misma materia; la doctrina que interpretó las normas precedentes; el derecho comparado; las leyes de bases que sirvieron de fundamento inmediato a los textos legales actualmente vigentes; los trabajos previos o preparatorios de la ley que se pretende interpretar (anteproyectos,

---

[121] PÉREZ ALGAR, FÉLIX: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 62-63.

[122] PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, *cit*., p. 157.

[123] BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL: "Artículo 3", *cit*., p. 84; PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, *cit*., pp. 152-156; PÉREZ ALGAR, FÉLIX: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, *cit*., pp. 46, 48; RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, MIGUEL ÁNGEL: "El criterio histórico en la interpretación jurídica", *cit*., p. 611; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, 2019, pp. 756-757.

proyectos, actas o memorias de comisiones técnicas); las discusiones parlamentarias que tuvieron lugar en las cámaras legislativas; y los preámbulos o las exposiciones de motivos.

También es habitual distinguir entre los antecedentes históricos (remotos o lejanos), y los antecedentes legislativos (inmediatos o próximos)[124]. Dentro de los primeros, cabría incluir la normativa anterior y la doctrina que la interpretó; y dentro de los segundos, todos los materiales y discusiones relativas a la formulación y aprobación en sede legislativa de la norma actualmente vigente. El derecho comparado juega un papel ambivalente, pues en función de los casos puede constituir un antecedente histórico y/o un antecedente legislativo. Lo mismo cabría señalar respecto de la doctrina, dado que las imprecisiones de una norma pueden ser subsanadas acudiendo al parecer de los autores al tiempo de su aprobación.

Sentado lo anterior, para interpretar la eficacia transmisiva de la donación con arreglo al canon histórico, resulta imprescindible acudir a los antecedentes históricos y legislativos, tanto remotos como próximos, debido a múltiples razones:

- La regulación de la donación anterior al CC se encontraba dispersa en varios textos normativos vigentes desde la época medieval. Por consiguiente, su recta interpretación constituye cuestión espinosa; no solo por la antigüedad de los textos legales, sino porque resulta necesario determinar si la regulación estaba basada en el Derecho romano, clásico y posclásico, o en el Derecho justinianeo, que concebían una eficacia transmisiva de la donación muy diferente.
- La dilatadísima vigencia de las normas medievales obliga a estudiar la interpretación doctrinal a lo largo de los siglos. En esta tarea resulta fundamental determinar cuál fue el sentir de los autores, preferentemente los más destacados de la Edad Moderna del siglo XIX.
- Como es de sobra conocido, las Sentencias castellanas de la Edad Moderna no estaban motivadas[125], lo que impide conocer la interpretación que hicieron los Tribunales sobre la eficacia transmisiva de la donación. Y a pesar de que el Tribunal Supremo ha tenido

[124] SALVADOR CODERCH, PABLO: "Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, 1983, pp. 1657-1658; PÉREZ ALGAR, FÉLIX: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, *cit*., pp. 46-49; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *cit*., pp. 756-757.

[125] La Real Cédula de 23 de junio de 1778, cuyo contenido fue posteriormente incluido en NovR 11.15.8, transformó la no motivación de las Sentencias, que hasta entonces constituía una práctica en los Tribunales de Castilla, en una norma de obligatorio cumplimiento para todos los Tribunales de la monarquía.

la obligación de motivar sus Sentencias desde 1838[126], hasta donde alcanza nuestro conocimiento, no existe ningún estudio que haya analizado esta cuestión.

- No se conservan las actas de la Comisión de Codificación que deberían dar cuenta de las discusiones que mantuvieron sus miembros sobre la donación[127].
- A diferencia de la Ley Hipotecaria de 1861, la publicación del CC de 1889 no vino acompañada de un preámbulo o de una exposición de motivos. Y la Real Orden de 29 de julio de 1889, que publicó la exposición de las enmiendas y adiciones introducidas en la edición reformada del CC, nada dijo sobre la donación.

Sin embargo, a pesar de estas dificultades, se cuenta con información suficiente para poder interpretar la mecánica transmisiva de la donación en el CC partiendo de los antecedentes históricos y legislativos.

3.1.1 Antecedentes históricos

Los antecedentes históricos son de gran utilidad para determinar cuál fue la eficacia transmisiva de la donación antes de la entrada en vigor del CC, y poder establecer una comparativa entre la regulación precedente y la actualmente vigente.

a) Derecho romano clásico y posclásico

Es pacífico que en el Derecho romano clásico la donación no constituía un negocio típico, sino una causa, que no generaba ningún efecto por sí misma, y que por tanto precisaba de un acto operativo en virtud del cual se produjese la atribución patrimonial[128]. Así las cosas, era posible donar a través de *traditio*, *mancipatio*, *in iure cessio*, la promesa de una obligación o *stipulatio*, *acceptilatio*, cesión de créditos, o incluso una actividad fáctica, como

[126] La obligación de motivar las Sentencias fue impuesta por el art. 17 del Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que obligaba al Tribunal Supremo a exponer "los fundamentos legales del fallo" al resolver los recursos de nulidad. *Vide* BUCHHALTER MONTERO, BRIAN: "Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855", *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2022, pp. 267-272.

[127] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, pp. 543-544; BARÓ PAZOS, JUAN: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 259.

[128] KUNKEL, WOLFGANG: *Derecho Privado Romano*, Labor, Barcelona, 1937, pp. 350-351; BIONDI, BIONDO: *Sucesión testamentaria y donación*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1960, pp. 647, 686; KASER, MAX: *Derecho Romano Privado*, Reus, Madrid, 1968, pp. 213-214; IGLESIAS SANTOS, JUAN: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1979, pp. 706-708; GARCÍA GARRIDO, MANUEL: *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, 2ª ed., Madrid, 1982, pp. 625-626; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 582, 587; D'ORS PÉREZ PEIX, ÁLVARO: *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, 2004, p. 412.

la accesión (*inaedificatio, plantatio* o *satio*). De esta diversidad de actos operativos y sus efectos característicos puede establecerse la primera clasificación de las donaciones, distinguiendo entre donaciones reales o traslativas, donaciones obligacionales o promisorias y donaciones liberatorias.

El Emperador Constantino I acometió una reforma sustancial de la donación, que conllevó que por vez primera constituyese un negocio típico. Mediante una ley probablemente del año 323, dispuso que la donación se otorgase ante testigos, se inscribiese el escrito en un registro público, y se entregase la cosa al donatario también ante testigos[129]. El incumplimiento de estos requisitos provocaba la nulidad de la donación.

A la luz de la normativa constantiniana, parece evidente que la perfección de la donación y su eficacia transmisiva coincidían temporalmente. Con todo, no está claro si conllevó la erradicación de las donaciones obligacionales o promisorias, dado que la doctrina romanista se encuentra dividida, en la medida en que hay autores que se han mostrado a favor[130] y en contra[131] de su hipotética prohibición.

b) Derecho justinianeo

La normativa justinianea comportó un cambio radical, pues dio valor al simple pacto de donación. La entrega o *traditio* no significaba más que el cumplimiento o la ejecución de la obligación asumida al concertarse la donación[132]. En palabras de KASER, "la promesa de donación pasa a ser un *contractus* consensual y obligatorio por sí solo (*pactum legitimum*)"[133]. En la misma línea, GARCÍA GARRIDO señaló que "la donación se basa ahora exclusivamente en la *voluntas*"[134].

---

[129] BIONDI, BIONDO: *Sucesión testamentaria y donación*, *cit*., pp. 698-699; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, *cit*., p. 623.

[130] D'ORS PÉREZ PEIX, ÁLVARO: *Derecho Privado Romano*, *cit*., p. 418; LEVY, ERNST: *West Roman Vulgar Law*, American Philosophical Society Library, Filadelfia, 1951, p. 139.

[131] GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, *cit*., p. 623; BIONDI, BIONDO: *Sucesión testamentaria y donación*, *cit*., pp. 693-694; VOCI, PASQUALE: "Tradizione, donazione, vendita da Costantino e Giustiniano", *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, núm. 38, 1987, pp. 120-121.

[132] LEVY, ERNST: *West Roman Vulgar Law*, *cit*., pp. 152-154; ARCHI, GIAN GUALBERTO: "L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, tomo 5, 1958, pp. 422-426; VOCI, PASQUALE: "Tradizione, donazione, vendita da Costantino e Giustiniano", *cit*., pp. 134-138; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, *cit*., pp. 623-624; LAMBERTINI, RENZO: "I. 2.7.2. Un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustinianeo", *Labeo: rassegna di diritto romano*, vol. 49, 2003, pp. 68-74.

[133] KASER, MAX: *Derecho Romano Privado*, *cit*., p. 214.

[134] GARCÍA GARRIDO, MANUEL: *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, *cit*., pp. 625-629.

No obstante, dicho régimen jurídico quedó parcialmente atemperado, en la medida en que Justiniano distinguió entre las donaciones de cuantía superior o inferior a quinientos sueldos[135]. Para las primeras, además del contrato, también se exigía la escritura y la *insinuatio* o registro en los archivos públicos. Pero para las segundas no se exigía ninguna formalidad, bastando el simple pacto o convenio.

La asimilación de la donación justinianea con el mecanismo transmisivo de la compraventa es evidente a la luz de la descripción que se hacía en I 2.7.2:

> "Las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna previsión de la muerte, y a las cuales llamamos entre vivos; estas en nada se comparan con los legados. Las cuales si hubieren sido perfeccionadas, no pueden ser revocadas sin motivo. Pero se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición".

La entrega de la cosa en cumplimiento de la donación también era evidente en CI 8.53.1:

> "Donados y entregados los instrumentos de la compra de esclavos, debes entender hechas la donación y la entrega también de los mismos esclavos; y puedes, por lo tanto, ejercitar contra el donador la acción real".

[135] Inicialmente, se exigía escritura e insinuación para las donaciones superiores a trescientos sueldos. En CI 8.53.34 se decía: "Mandamos que ninguna donación, ya común, ya hecha antes de las nupcias, que ascienda hasta trescientos sueldos, necesite de insinuación, sirvo que tenga la suerte común, de modo que no esté limitada hasta la suma de doscientos sueldos, sino que en cuanto a la observancia sobre este particular sean iguales así las donaciones comunes como las hechas antes de las nupcias. Mas si se hubiere donado algo sobre la tasa legal, no sea válido únicamente lo que hay de exceso, pero subsista en su vigor la restante cantidad, que se fijó dentro de los términos de la ley, como si absolutamente ninguna otra cosa se hubiera añadido, considerándose esta como no escrita o no entendida (…) Mas si las cosas de la donación no hubieren sido dadas en dinero, sino en bienes muebles o inmuebles o semovientes, estímese la cantidad de estos, y si verdaderamente ascendiera a la suma legal de sueldos, sea válida y subsista sin insinuación; pero si se hallara que es de mayor suma, y que no fue confirmada en actuaciones, quede sin efecto solamente el exceso". Posteriormente, el límite fue elevado a 500 sueldos, tal y como se desprende de CI 8.53.36: "Habrán de ser válidas sin ninguna distinción hasta quinientos sueldos las demás donaciones, que mediando actuaciones no fueron de ningún modo insinuadas. Porque creemos que por la presente ley se debe añadir esto solamente para aumentar tales donaciones; moderando nuestra precedente ley de tiempo anterior, por la cual se mandó que tuvieran validez aun sin la insinuación, las donaciones hechas hasta trescientos sueldos".
Para esta y las sucesivas citas de normas de Derecho romano, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Ildefonso L. García del Corral*, 1889-1898.

Más claramente aún se expresaba CI 8.53.35:

> "Si verdaderamente en todos los antes mencionados casos se hubiere retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega. Mas si de ninguna manera hubiere expresado esto el donador, pero en la donación se hubiere insertado una estipulación, sea compelido en fuerza de esta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar también 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 donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado, o todos los bienes (…). Y en todos los susodichos 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".

Idéntica conclusión se obtiene de Nov 162:

> "Recordamos nuestra Constitución, que dice, que, aunque no estipule la entrega, le incumbe al donante la necesidad de entregar la cosa donada (…). Y la entrega, si se hizo, dele a ella excepción, y, si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación, y, si no hubiere mediado, por la condicción nacida de la ley, para obtener la cosa donada".

La donación justinianea concedía al donatario una acción para reclamar la entrega de la cosa, incluso aunque no se hubiese pactado estipulación, en virtud de "condicción nacida de la ley" (*condictio ex lege*)[136]. Concretamente, D 13.2.1, titulado "De la condicción nacida de la ley", decía: "si por una nueva ley se hubiera introducido una obligación, y no se previno en la misma ley de qué género de acción hayamos de usar, se ha de intentar la que nace de la ley"[137].

Es palmario que la normativa justinianea consideraba a todos los efectos a la donación como un contrato, en virtud del cual el donante asumía una obligación de entrega. La donación era perfecta e irrevocable desde que las partes la hubieran convenido, y la *traditio*

[136] GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: "La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 25, 2004, pp. 202-206.
[137] KUNKEL, WOLFGANG: *Derecho Privado Romano*, *cit*., p. 357.

no era más que su posterior cumplimiento o ejecución, que operaba la transmisión de la cosa donada, y que era exigible por el donatario.

c) Derecho castellano histórico

Según la doctrina[138], el orden de prelación de fuentes del Derecho castellano anterior a la entrada en vigor del CC era el siguiente: i) la Colección Legislativa, entendiendo por tal las disposiciones legales emanadas del Rey o de las Cortes que fuesen posteriores a la Novísima Recopilación y a sus Suplementos; ii) la Novísima Recopilación de 1805 y sus posteriores Suplementos; iii) la Nueva Recopilación de 1567; iv) el Fuero Juzgo, el Fuero Real y los fueros municipales, siempre que fuesen usados y guardados y no resultasen contrarios a otras disposiciones legales preferentes; y v) las Partidas.

Sin embargo, este orden de prelación teórico debe matizarse en relación con la regulación de la donación.

- Por de pronto, los fueros municipales (cuyo uso debía ser probado, y cuyo contenido no podía contravenir disposiciones de rango superior) contaban con escasas normas civiles. Además, se ha constatado el "casi total olvido" de la donación en los fueros locales y territoriales, ya que, con excepción de someras referencias a las donaciones de carácter público, la institución quedó "casi totalmente recluida al anonimato"[139].
- Además, pese a que en teoría las Partidas constituían el Derecho supletorio de último grado, en la práctica constituían un texto legal de primer orden, de extraordinaria importancia para el Derecho civil castellano[140]. Ello fue así debido a múltiples factores: el escaso número de leyes civiles que fueron recopiladas; la enorme extensión y gran calidad técnica de las Partidas, incomparables con las demás fuentes legales, incluidas las recopilaciones; y quizá por ello, la marcada preferencia y simpatía que siempre merecieron por parte de los juristas y los Tribunales[141].

---

[138] ANTEQUERA BOBADILLA, JOSÉ MARÍA: *La codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886, p. 203; SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890, p. 109; GARCÍA-GALLO DE DIEGO, ALFONSO: "Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19 (especial dedicado el centenario del Código Civil español), 1988, pp. 22-23.

[139] RODRÍGUEZ GIL, MAGDALENA: *La donación en la Alta Edad Media en los reinos de León y Castilla*, Tesis doctoral, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981, p. 203.

[140] GARCÍA-GALLO DE DIEGO, ALFONSO: "Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX", *cit*., p. 23.

[141] DOMINGO DE MORATÓ, DOMINGO RAMÓN: *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles, de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, Imprenta de D. M. Aparicio, Valladolid, 1856, p. 299 ("si bien

- Finalmente, también hay que tener en mente que a pesar de que la Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación contenían algunas leyes relativas a las donaciones, no eran más que reproducciones literales de leyes contenidas básicamente en el Fuero Real, que además no incidían en su mecánica transmisiva[142].

Por las razones expuestas, a pesar de la teórica amplitud de fuentes normativas del Derecho castellano histórico, nuestra atención se circunscribirá al análisis de las Partidas.

Conviene destacar que el contenido de las Partidas estaba muy influido por el *Corpus Iuris Civilis*[143]. La recepción de la teoría del título y el modo se aprecia en P 3.28.46[144], donde se afirmaba que "apoderan vnos omes a otros en sus cosas vendiendo gelas, o dando gelas en dote, o en otra manera, o cambiando las, o por alguna otra derecha razon. E pordende dezimos que por tal apoderamiento como este que faga un ome a otro de su cosa, o que lo faga alguno otro por su mandado, que pasa el Señorio dela cosa a aquel a quien apoderasse della". Para adquirir el dominio por cualquier justa causa (como sin duda alguna lo era la donación), no bastaba con celebrar el contrato, sino que además se exigía el apoderamiento; o lo que es lo mismo, la adquisición de la posesión.

Esta conclusión queda reafirmada a la vista del prefacio del Título XXX de la Partida Tercera, titulado "En quantas maneras puede ome ganar possession e tenencia delas cosas", que decía con rotundidad que "tal ganancia non se puede fazer a menos que el ome aya la

---

el Legislador se ha mantenido estacionario, la Jurisprudencia y la práctica de los Tribunales han reducido la Legislacion civil casi al estado de unidad, con la preferencia poco menos que exclusiva, que han concedido al Código de las Siete Partidas sobre todas las colecciones anteriores, Código que por su mérito excelente logró dejarlas como oscurecidas y casi enteramente olvidadas"); ANTEQUERA BOBADILLA, JOSÉ MARÍA: *La codificación moderna en España*, *cit*., p. 203; SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, *cit*., pp. 109-110.

142 SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1888-1889, pp. 665-666 («la Nueva y Nov. Recopilación, prescindiendo de las numerosas leyes que dedican á las donaciones y mercedes reales, dictadas la mayor parte en los siglos XV y XVI, concrétanse a reproducir la ley del Fuero Real, que determina el concepto diferencial de las donaciones inter vivos y mortis causa, la ley 69 de Toro que prohibe la donación de todos los bienes, y las disposiciones del siglo XV, referentes á la nulidad de las donaciones hechas en fraude de pechos reales»); MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, p. 57; GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: "La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación", *cit*., pp. 215-218.

143 PÉREZ MARTÍN, ANTONIO: "Fuentes romanas en las Partidas", *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 4, 1992, pp. 215-246.

144 ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINO: *El problema de la causa en la tradición*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945, pp. 109-110; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", *cit*., p. 108; SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, pp. 195-196.

possessio, e la tenencia dellas". No en vano, DE MOLINA afirmó que "para adquirir el dominio y, por tanto, un derecho real, no es suficiente que exista la cosa, como es evidente, ni que tengamos un título apto para la transmisión, como una compraventa legítima o una donación u otro semejante, sino que también es necesario que la cosa nos sea transmitida por alguna clase de tradición"[145]. Mucho más recientemente, LACRUZ BERDEJO aseveró que "en el Derecho español de la Edad Moderna era principio indiscutido el que las transmisiones derivativas por acto inter vivos tenían lugar mediante un título (contrato) y un modo (tradición o cuasitradición)"[146].

Con estos antecedentes, no puede extrañar que en Partidas la donación fuese un simple título, que acompañado de la entrega de la cosa donada producía la transmisión del derecho real. En P 5.4.1[147] se definía la donación de la siguiente manera: "donacion es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de coraçon, quando es fecha sin ninguna premia". La eficacia traslativa de la donación en las Partidas aparece en P 5.4.4, titulada "en que manera puede ser fecha la donación", que decía:

> "Facer se puede la donacion en quatro maneras. La primera, quando es fecha sin ninguna condicion. La segunda, quando aquel que la da, pone condicion en el donadio. La tercera, quando son presentes en algund logar el que da, e el que rescibe la donacion. La quarta, quando aquel que quiere fazer la donacion, es en otra tierra. Ca estonce non la puede fazer si non por carta, o por mensajero cierto, en que le embie a dezir, señaladamente lo que le da. E quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos. Pero esto se deue entender desta guisa, que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenudo en todas guisas, de la dar complida mente.

[145] DE MOLINA, LUIS: *De Iustitia, Tomus Primus. Complectens Tractatum Primum, et ex Secundo Disputationes 251 usque*, Ex Officina Ioannis Masselini Typographi, Cuenca, 1593, f. 44 ("Adeò ius in re, nec satis esse rem, cuius dominium sumus comparaturi, existere, ut de se est notissimum; nec insuper habere titulum aptum ad transferendum dominium, qualis esset legitima emptio, vel donatio, autalius similis; sed ulterios requiri, eandem rem esse nobis traditam genere aliquo traditionum"). Traducción del autor.

[146] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "Inscripción y tradición", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 344-345, 1957, p. 1.

[147] El texto de las Partidas se ha tomado de LÓPEZ, GREGORIO: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555. La STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano) afirmó que en caso de divergencia entre la versión de las Partidas de LÓPEZ (de mediados del siglo XVI) y la versión de la Academia de la Historia (de principios del siglo XIX) debía prevalecer la primera, por haberse consultado y aplicado constantemente durante siglos.

> Mas si por auentura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenudo de cumplir la donación".

Es evidente que la expresión "e quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos" no hace más que asumir la mecánica transmisiva de la donación justinianea, imponiendo al donante la obligación de entregar la cosa donada. De hecho, los antecedentes de este fragmento de P 5.4.4 se encuentran en la regulación justinianea de la donación, concretamente en CI 8.53.35, que decía que "serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos [los donantes], mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos". La evidente correspondencia entre P 5.4.4 y CI 8.53.35 ya fue destacada en el siglo XVI por DE MOLINA[148].

Además, en las Partidas se reconocía expresamente el beneficio de competencia. P 5.4.4 decía que "si aquel que la donacion ha de complir, fuese tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenudo en todas guisas, de la dar complida mente. Mas si por auentura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenudo de cumplir la donación". Esta facultad, que permitía al donante eximirse de su obligación de entregar la cosa donada si no le quedaban bienes suficientes y tenía que recurrir a los bienes ajenos para poder vivir, solo podía tener sentido en una donación obligacional o promisoria, en la que mediase un período de tiempo entre la celebración del contrato y la posterior entrega de la cosa donada[149].

d) Doctrina de la Edad Moderna

Como destacó ÁLVAREZ CORA, la doctrina más autorizada de la Edad Moderna sostuvo que la donación era un contrato consensual, que nacía con el nudo pacto, expresado a través del consentimiento de donante y donatario, que se cumplía con la entrega de la cosa

[148] DE MOLINA, LUIS: *De Iustitia, Tomus Secundus De Contractibus*, Ex officina Michaëlis Serrano de Vargas, Cuenca, 1597, f. 22.
[149] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1216; PRADO RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS: "Incumplimiento de la donación promisoria y *beneficium competentiae*: Bases romanistas de su recepción en el Código civil de Bello", *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 17, 2020, p. 659.

donada[150]. Y en efecto, así se deprende de las obras de los más reputados juristas castellanos de la época.

Con elegante prosa, GÓMEZ escribió lo siguiente:

> "Tal donación es y se celebra doblemente. De un primer modo, por la tradición de la cosa. De un segundo modo, por una promesa. Por tradición, cuando alguien entrega una cosa suya a otro, por causa de donación, sin preceder ninguna promesa u obligación; porque entonces de inmediato vale y se perfecciona la donación, y se transfiere el dominio y el derecho pleno sobre la cosa al adquirente, en virtud de aquel título y causa de donación. (…) Por promesa, cuando alguno se obliga a dar o entregar alguna cosa por causa de donación a otro. Por la cual causa se requería según el derecho antiguo una solemne estipulación, y tal contrato se celebraba por palabras. (…) Pero hoy también es suficiente un nudo pacto, y así el solo consenso de las partes"[151].

DE MOLINA, por su parte, reconoció que la donación podría ser traditoria o promisoria en función del momento de entrega de la cosa donada:

> "La donación se considera perfecta y toma el carácter de contrato nominado, cuando se celebra la donación de la cosa donada y aceptada, ya sea tradición real o fingida. (…) Por tanto, la donación, tomada en este sentido estricto, se distingue de la promesa aceptada y obligatoria, por cuanto la donación transmite el dominio al donatario, al celebrarse la tradición; mientras que la promesa aceptada solo produce un derecho personal. (…) Por lo cual, si el promitente entrega a otro la cosa prometida, por título gratuito (…) le confiere el dominio, mientras que la persona a quien la hubiere prometido solo tendrá una acción personal para reclamar"[152].

---

[150] ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 117-118.

[151] GÓMEZ, ANTONIO: *Commentariorum variarúmque resolutionum Iuris Ciuilis, communis & Regii. Tomus Secundus de Contractibus*, Andreae Portinariis, Salamanca, 1613, f. 42 ("Et talis donatio fit et celebratur dupliciter. Primo modo, traditione rei. Secundo modo, promissione. Traditione, quando nulla praecedente promissione vel obligatione quis tradit rem suam alteri, causa donationis: quia tunc statim valet, et perficitur donatio, et transit dominium, et plenum ius rei in accipientem ex illo titulo, et causa donationis. (...) Promissione, quando quis se obligauit alteri ex causa donationis dare, vel tradere aliquam rem. Quo casu de iure antiquo requirebatur solemnis stipulatio. (...) Hodie tamen sufficit pactum nudum, et sic fit solo consensu partium"). Traducción del autor.

[152] DE MOLINA, LUIS: *De Iustitia, Tomus Secundus De Contractibus*, *cit*., f. 86 ("Donatio tunc est perfecta, rationemque fortitur contractus nominati, quando fit traditio rei, quae donatur, et acceptatur; idque sive traditio actu vero sive ficto (…). Donatio ergo hoc modo sumpta differt a promissione acceptata atque obligante ad impletionem, quod donatione transfertur dominium in donatarium; eo quod intervueniat traditio: promissione vero acceptata, non item, sed solum comparat donatarius uis ad rem sibi promissam (…). Ut si is, qui promisit,

A finales del siglo XVIII, FEBRERO, en su conocidísima obra *Librería de escribanos*, asumió con extraordinaria claridad la vigencia de la regulación justinianea en Partidas:

> "El efecto de la donacion intervivos perfecta es, quedar obligado el donante à entregar al donatario la cosa donada, si éste acepta la donacion, aunque sea verbalmente hecha, para lo qual tiene accion contra él. (…) Por derecho antiguo debía intervenir precisamente tradicion de la cosa donada, para que la donacion se perfeccionase, cuyo acto era el unico medio, y modo natural de adquirir el donatario su dominio, por no ser suficiente su consentimiento; hoy nada de esto es necesario, pues basta que manifieste su voluntad, y consentimiento de qualquiera suerte para su perfeccion, sin que haya tradicion de la cosa donada, ni el donatario estipule que se le ha de entregar, porque en qualquier manera que parezca que uno quiso obligarse á otro, queda obligado; y así lo que antes de la promesa fue voluntario en el donante, se hace forzoso, y obligatorio despues de hecha, y puede ser compelido à cumplirla, si el donatario la acepta"[153].

PÉREZ Y LÓPEZ, en su monumental *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias*, dijo parecidamente que "es la donación inter vivos, la que con razón llamamos propia, verdadera y absoluta, por nacer de la sola liberalidad del donante, por transferir al instante el dominio en el que recibe, y porque es irrevocable. (…) Recibe toda su perfeccion, y fuerza de la voluntad, y simple consentimiento del donante, y del donatario, de modo, que al instante que el uno ofrece y el otro admite, nace la obligacion, y el donatario tiene accion para repetir la cosa donada"[154]. La explicación incluye a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y modo, sin duda alguna.

e) Doctrina del siglo XIX

La doctrina más destacada del siglo XIX continuó afirmando que la donación era un contrato consensual que transmitía la propiedad mediante la tradición.

ÁLVAREZ Y ESTRADA, al distinguir entre donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, manifestó este planteamiento con gran claridad: "se diferencian por razon de la traslacion

rem promissam alteri tradat, siue gratuito (…) comparet is dominium illius, cui tradita est: ille vero alius, cui erat promissam, solum personali actione agere potest ad interesse adversus eum"). Traducción del autor.

[153] FEBRERO, JOSÉ: *Librería de Escribanos, e instrucción jurídica teórico practica de principiantes. Primera parte dividida en tres Tomos. Tomo Primero*, Imprenta de Antonio Pérez de Soto, Madrid, 1769, p. 354.

[154] PÉREZ Y LÓPEZ, ANTONIO XAVIER: *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, por orden cronológico de sus Cuerpos, y Decisiones no recopiladas: y alfabético de sus Títulos y principales Materias. Tomo XI*, Imprenta de Ramón Ruiz, Madrid, p. 223.

del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para transferirlo; pero el título no da sino solo derecho a la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Asi, pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradición" (…) "la donacion entre vivos, como solo da derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante"[155].

HERNÁNDEZ DE LA RÚA también fue extraordinariamente nítido: "es donación, la promesa de dar o hacer una cosa gratuitamente, y sin violencia a otro que la acepta. (…) Aun cuando la promesa, y entrega de lo prometido, se hiciesen al mismo tiempo, no degenerará por esto de la clase de contratos consensuales; porque solo debe estarse a la época de la perfección, aunque la consumación sea un efecto inmediato"[156].

AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA dijeron que "la entrega de la cosa no es mas que la consecuencia y complemento de la donacion. Entre los romanos antiguamente no había donacion sin la entrega de la cosa, y por esto era uno delos modos de adquirir; pero despues vino a quedar, como hoy entre nosotros, en simple causa o título, porque nacia obligacion desde luego e independientemente de la entrega de la cosa". (…) "Para que la donacion sea válida y perfecta, no es necesario que vaya acompañada de la entrega de la cosa. (…) La donacion, como todos los contratos y obligaciones convencionales, se perfecciona por el solo consentimiento del donante y donatario"[157].

ESCRICHE Y MARTÍN dijo que "la donación pura y simple queda perfeccionada por el consentimiento del donador y la aceptación del donatario, de suerte que aquel puede ser compelido por el donatario y sus herederos a la entrega de la cosa donada". (…) "Si el donador o el donatario muriere antes de venir el dia en que se debía hacer la entrega de la cosa donada, los herederos de aquel tendran obligacion de entregarla a su tiempo, y los de este tendrán derecho de reclamarla del mismo modo"[158]. Y remachó su argumentación con las siguientes palabras: "la donación por causa de muerte se diferencia de la donacion entre vivos en las cosas siguientes: (…) la primera transfiere el dominio de la cosa mediante su

[155] ÁLVAREZ Y ESTRADA, JOSÉ MARÍA: *Instituciones de Derecho Real de España. Tomo I*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1829, pp. 197-198.
[156] HERNÁNDEZ DE LA RÚA, VICENTE: *Lecciones de derecho español. Tomo Segundo*, Imprenta de Don Salvador Albert, Madrid, 1838, p. 142.
[157] AGUIRRE DE LA PEÑA, JOAQUÍN, y GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo. Tomo III*, I. Boix, Madrid, 1841, pp. 172-174.
[158] ESCRICHE Y MARTÍN, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, 3ª ed., Librería de la Señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, p. 650.

entrega; mas la segunda lo transfiere aun sin la entrega, como el legado, luego que el donante fallece de arrepentirse de la donación"[159].

También fue elocuente MORCILLO ORTIZ, quien definió a la donación como "contrato unilateral gratuito por el que, una parte se obliga a dar a otra alguna cosa, cuya cosa queda comprometida, desde que sepa el donatario (que es el que recibe) la liberalidad y no la repugne"[160]. Su concepción de la donación como justo título fue innegable: "la naturaleza de este contrato, es idéntica a la de todos los que producen una verdadera enagenacion o traslación del dominio, supuesto en el que formalmente ofrecio a otro darle una cosa, está tan obligado a entregársela, como aquel que verificó un contrato de venta o permuta"[161].

SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA fue muy claro: "si la donacion es de las llamadas, entre vivos, no es mas que una convencion que, por sí sola, nunca puede transferir el dominio sino que debe ir acompañada de la tradicion, y entónces se verifica aquel modo derivativo de adquirir, que ya tenemos esplicado, al tratar de la tradicion, esto es, que las convenciones, y en este caso la donacion, son el título, y la tradicion el modo"[162].

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ dijo que "la donación produce un vínculo de derecho, en cuya virtud el donante está obligado a desapoderarse de la cosa y entregarla al donatario"[163], ya que "hecha la donación simplemente por palabras o por cartas, mas sin haber entregado la cosa, el donante está obligado a cumplirla y por su muerte sus herederos"[164].

GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN HERNANZ señalaron que las donaciones "requieren para quedar perfeccionadas el consentimiento del donante y donatario, siendo por

[159] ESCRICHE Y MARTÍN, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, *cit.*, p. 651.
[160] MORCILLO ORTIZ, JUAN: *Novísima ilustración del derecho español, metodizada escrupulosamente, para la mejor comprension de las doctrinas jurídicas y distincion de sus diversas materias, redactada bajo los principios y axiomas generales del Derecho Comun. Tomo II*, Imprenta de José María Ducazcal, Madrid, 1848. 259-260.
[161] MORCILLO ORTIZ, JUAN: *Novísima ilustración del derecho español, metodizada escrupulosamente, para la mejor comprension de las doctrinas jurídicas y distincion de sus diversas materias, redactada bajo los principios y axiomas generales del Derecho Comun. Tomo II*, *cit.*, p. 260.
[162] SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN: *Curso de ampliación del Derecho Civil Español*, Imprenta Hispana de Vicente Castaños, Barcelona, 1857, p. 229.
[163] GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, 3ª ed., Impr. de la V. é hijas de Á. Peñuelas, Madrid, 1869, p. 80.
[164] GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, *cit.*, p. 85.

consiguiente títulos para adquirir que deben ser seguidos de la tradición que hace al donatario el dueño de la cosa"[165].

Por lo que se refiere a SÁNCHEZ ROMÁN, al abordar la consumación del contrato de donación, distinguió el cumplimiento normal o extrajudicial (que se producía "por la entrega de la cosa donada al donatario"[166]), del cumplimiento anormal o judicial, destacando que en este segundo supuesto "nace de este contrato una acción personal á favor del donatario para exigir del donante ó sus herederos la entrega de la cosa donada"[167].

En la misma línea, y sin ánimo de exhaustividad, identificaron a la donación como un contrato consensual DEL VISO Y AÑÓ[168], DOMINGO DE MORATÓ[169], FALCÓN Y OZCOIDI[170] y NAVARRO AMANDI[171].

f) Jurisprudencia del siglo XIX

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, también es manifiesto que durante el siglo XIX el Tribunal Supremo entendió que la donación era un contrato (título) que unido a la entrega (modo) producía la transmisión del dominio.

---

[165] GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, y MONTALBÁN HERNANZ, JUAN MANUEL: *Elementos del derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española. Tomo segundo*, 10ª ed., Imp. de G. Alhambra, Madrid, 1872, p. 410.

[166] SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, *cit*., p. 680.

[167] SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, *cit*., p. 680.

[168] DEL VISO Y AÑÓ, SALVADOR: *Lecciones elementales de Historia, y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España. Parte Segunda del Derecho Civil. Tratado Tercero. Del derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea: de las obligaciones*, 2ª ed., Imprenta de D. José Mateu Garín, València, 1857p. 20, 24, 522-523.

[169] DOMINGO DE MORATÓ, DOMINGO RAMÓN: *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Codigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala. Tomo Segundo*, Imprenta Librería Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1868, pp. 462-463, 466-467.

[170] FALCÓN Y OZCOIDI, MODESTO: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinion de los escritores. Tomo II*, Establecimiento Tipográfico de D. Vicente Oliva, Salamanca, 1878, pp. 685, 688, 690-691.

[171] NAVARRO AMANDI, MARIO: *Código Civil de España. Compilacion metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresion de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales Códigos de otros pueblos y comentarios. Tomo Primero*, Imprenta de Enrique Rubinos, Madrid, 1880, pp. 635-639.

La STS de 27 de enero de 1858[172] confirmó la validez de una donación de la mitad de un premio de lotería realizada a favor del hermano del donante y del comprador del billete, a pesar de que, al tiempo de celebración de la donación, el premio constituía una mera expectativa. La donación en cuestión encajaba con una donación promisoria u obligacional.

La STS de 26 de marzo de 1858[173] está relacionada con la Sentencia anterior, pues resolvió un pleito seguido entre un donatario del premio de lotería y sus herederos. El Tribunal aludió a la donación en los siguientes términos: "en los autos aparece la verdad legal de una verdadera donación o promesa de distribuir entre varias personas el premio de un medio billete de la lotería".

La STS de 27 de marzo de 1860[174] reconoció que P 5.4.4 obligaba al donante a realizar la entrega de la cosa donada, sin perjuicio del beneficio de competencia: "la ley 4.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª hace depender la obligación de entregar lo que se ha donado de que al donante le queden o no bienes suficientes para subsistir".

La STS de 21 de marzo de 1863[175] reconoció la existencia de una donación de renta vitalicia, al afirmar que la pensión era "una simple donación, que aceptada por el donatario produce de lleno todos los efectos civiles y se hace estensiva a los herederos". Por ello, confirmó la obligación de pago impuesta a la viuda y heredera del donante. La Sentencia constató el carácter personal de la obligación de entregar la cosa donada y su transmisibilidad a los herederos, tanto del donante como del donatario.

La STS de 6 de noviembre de 1866[176] dijo que "si bien la insinuacion se hizo por los herederos de la donataria, en virtud de la facultad que le concedió la donante, esto no vicia la donacion, por cuanto siendo un derecho, es incuestionable su transmisión a aquellos". Para las donaciones cuyo valor excediese de quinientos maravedís, P 5.4.9 exigía que la donación constase en escritura y que fuese insinuada ante el Juez. En el supuesto de hecho enjuiciado, habían fallecido tanto la donante como la donataria, a pesar de lo cual se reconoció la validez de la insinuación aprobada a instancias de los herederos de la segunda. Que la Sentencia

[172] STS de 27 de enero de 1858 (ECLI:ES:TS:1858:162, JC, t. 3, 6; ponente Manuel Ortiz de Zúñiga y Montemayor).
[173] STS de 26 de marzo de 1858 (ECLI:ES:TS:1858:126, JC, t. 3, 24; ponente Juan Martín Carramolino).
[174] STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano).
[175] STS de 21 de marzo de 1863 (ECLI:ES:TS:1863:361, JC, t. 8, 74; ponente Pablo Jiménez de Palacio).
[176] STS de 6 de noviembre de 1866 (JC, t. 14, 399; ponente Eusebio Morales Puidebán). Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

calificase a la donación como derecho, y que aceptase la insinuación aprobada a instancias de los herederos de la donataria, constituye una clara evidencia de que la donación no operaba la transmisión de la propiedad por sí misma; de lo contrario, no hubiese tenido sentido el reconocimiento de tal derecho personal, ni la insinuación de la donación tras el fallecimiento del donante y de la donataria.

La STS de 30 de abril de 1885[177] desestimó un recurso de casación que se había fundamentado en P 5.4.4, y confirmó la desestimación de una tercería de mejor derecho, con el argumento de que "en las promesas de donación hechas con condiciones suspensivas no viene el día de reclamar mientras no se realizan los hechos que las determinan". El Tribunal no dijo que al cumplirse la condición se consumó la donación, ni que se produjo la transmisión del dominio, sino que cuando se cumplió la condición el donatario tenía derecho a exigir la entrega de la cosa donada. La conceptualización del derecho del donatario como un derecho de crédito es patente.

La STS de 28 de enero de 1898[178] confirmó la existencia de una donación *inter vivos* con efectos *post mortem* con el siguiente razonamiento:

> "Lo que diferencia la donación inter vivos de la donación mortis causa, es que esta se hace como su nombre indica, por causa de la muerte o de peligro mortal, sin intención de perder el donante la cosa ni su libre disposición en caso de vivir, al igual que sucede en las disposiciones testamentarias, y que tal es la definición contenida en las leyes de la Instituta y del Digesto, y en la ley 11, tít. 4.°, Partida 5.ª, citadas en el primer motivo del recurso, lo mismo que en el art. 620 del Código civil, al determinar que las donaciones que se rigen por las reglas de la sucesión testamentaria son las que producen sus efectos por muerte del donante; y que las donaciones inter vivos son las que se hacen sin esta consideración, por pura bondad del donante y merecimiento del que recibe, aunque la cosa no se entregue de momento, o se reserve la entrega post mortem, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto, siendo estas donaciones irrevocables, especialmente si no son con postura y con carácter oneroso, con arreglo a las leyes, proemio, 1.ª, 4.ª y 6.ª del título y Partida citados".

Esta Sentencia tiene un extraordinario interés. De un lado, dijo que en la donación *inter vivos* la entrega podía producirse con posterioridad al momento de celebración del contrato,

[177] STS de 30 de abril de 1885 (ECLI:ES:TS:1885:526, JC, t. 57, 190; ponente Ricardo Díaz de Rueda).
[178] STS de 28 de enero de 1898 (ECLI:ES:TS:1898:109, JC, t. 83, 44; ponente José de Garnica y Díaz).

con lo que reconoció claramente el carácter obligacional de la donación. De otro lado, también afirmó que las donaciones *inter vivos* eran irrevocables, aunque la cosa no se hubiese entregado. El carácter irrevocable de la donación desde el momento de la perfección del contrato, y no desde el momento de la entrega de la cosa, también es congruente con una donación obligacional.

Finalmente, la STS de 13 de junio de 1900[179] reiteró que las donaciones *inter vivos* eran válidas "aunque la cosa no se entregue, de momento, o se reserve la entrega post mortem, lo cual constituye una simple modalidad que no cambia la naturaleza del acto". Que la Sentencia determinase la irrevocabilidad de la donación desde el momento de la celebración del contrato, y no desde la entrega de la cosa donada, y que calificase expresamente a la entrega de la cosa como cumplimiento de una obligación (garantizada incluso con hipoteca), supone un expreso reconocimiento del carácter obligacional de la donación.

g) Comparación entre la regulación del CC y el derecho anterior

A la vista de que en las Partidas la donación transmitía la propiedad mediante la tradición, y que regulaba expresamente la obligación de entrega por parte del donante y de sus herederos, resulta de utilidad comprobar si en la vigente regulación de la donación en el CC existe algún rastro de la normativa derogada que apuntaba a la donación como contrato situado dentro de la teoría del título y el modo.

La conclusión es evidente: el CC no contiene ninguno de los rasgos obligacionales que contenía la regulación de la donación en las Partidas:

- El CC en ningún momento alude al deber de entrega de la cosa donada al donatario, a diferencia de P 5.4.4, que decía que "e quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos".
- El CC no reconoce el llamado beneficio de competencia, en virtud del cual el donante podía ser eximido de cumplir la donación en caso de que quedase en una situación patrimonial comprometida. En cambio, esta causa de revocación de la donación sí estaba expresamente reconocida en P 5.4.4.

[179] STS de 13 de junio de 1900 (ECLI:ES:TS:1900:83, JC, t. 90, 18; ponente Pedro Lavín y Olea).

- El art. 635 CC excluye los bienes futuros como objeto de la donación. Las Partidas no contenían semejante prohibición.
- Según el art. 638 CC, el donante no responde por evicción. En cambio, la doctrina anterior al CC interpretaba que las donaciones promisorias sí que obligaban al donante a responder por evicción[180].
- Finalmente, el art. 624 CC indica que el donante debe tener capacidad para contratar y para disponer. Las Partidas nada decían al respecto.

Así las cosas, como afirmó VALLET DE GOYTISOLO, es obligado concluir que la regulación de la donación en el CC no contiene ninguna de las características propias de las donaciones obligacionales que estaban expresamente reguladas en el Derecho castellano histórico, o que habían sido destacadas por la doctrina sobre la base de la normativa vigente antes de la entrada en vigor del CC[181].

3.1.2 Antecedentes legislativos

Por lo que se refiere a los antecedentes legislativos, centraremos nuestra atención en el anteproyecto de CC de 1882-1888, en la Ley de bases de 1888 y en los debates parlamentarios de dicha ley.

a) Anteproyecto de CC de 1882-88

El anteproyecto de 1882-1888 tiene gran relevancia, en la medida en que constituye el antecedente directo e inmediato del CC de 1889.

En lo relativo a la donación, el art. 606 del anteproyecto decía que la propiedad se podía adquirir por ocupación, donación, sucesión testada e intestada, por efecto de los contratos y por medio de la prescripción[182]. Por su parte, el art. 615 definía a la donación de la siguiente manera: "donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta"[183].

---

[180] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.5.2.
[181] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, pp. 1226-1227.
[182] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 609; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit.*, p. 189.
[183] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 610; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit.*, p. 192.

El art. 632 del anteproyecto estaba dedicado específicamente a la eficacia transmisiva de la donación:

> "La donación, debidamente aceptada, es perfecta entre los interesados y la propiedad se entiende transferida al donatario, mediante la tradición, si es de cosa mueble, o por la inscripción de la escritura en el Registro de la propiedad, si fuere inmueble".

En relación con este precepto, en el anteproyecto se hizo constar que su antecedente inmediato era el art. 1062 del Código Civil italiano de 1865 'reformado'[184]. Sin embargo, más que una 'reforma', el art. 632 del anteproyecto constituía una modificación radical. En efecto, el art. 1062 del *Codice*[185], claramente influido por el sistema de transmisión consensual del *Code* francés, decía que "la donación debidamente aceptada es perfecta entre las partes, y la propiedad de los efectos donados se entiende transferida al donatario sin necesidad de tradición"[186]. Téngase en cuenta, a estos efectos, que el art. 938 del Código Civil francés de 1804 decía que "la donación debidamente aceptada se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario, sin necesidad de ninguna tradición"[187].

Así las cosas, el anteproyecto de CC 1882-1888 es un tanto contradictorio en lo que a la regulación de la donación se refiere. De un lado, su articulado estaba claramente inspirado en el proyecto de CC de 1851, en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código Civil portugués de 1867[188], textos todos ellos impregnados del modelo de transmisión consensual del dominio que implantó el Código Civil francés de 1804. A la vista de tales antecedentes, cabría esperar que en el anteproyecto de 1882-1888 la donación fuese un negocio dispositivo, en el que la transmisión del dominio se produjese automáticamente con la aceptación de la

---

[184] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., p. 195.

[185] El art. 1125 del *Codice* decía que "en los contratos que tienen por objeto la traslación de la propiedad o de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque no se haya realizado la tradición" ("nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguìta la tradizione").

[186] "La donazione debitamente accetatta è perfetta tra le parti, e la proprietà degli effetti donati s'intende trasferita nel donatario senza neccessità di tradizione".

[187] "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition".

[188] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., pp. 610-614; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., pp. 192-203.

donación. Sin embargo, no fue así, dado que se exigía entrega o tradición para los bienes muebles, y la inscripción de la escritura pública de donación para los bienes inmuebles. Seguramente, esta incongruencia obedeció a que el anteproyecto, a pesar de su evidente seguidismo del *Code* francés, recuperó la tradicional teoría del título y el modo para la adquisición del dominio.

Con independencia de lo expuesto, resulta interesante constatar los antecedentes de los cuarenta y un artículos dedicados a la donación en el anteproyecto de CC de 1882-1888, que fueron expresamente reseñados por la Comisión redactora[189]:

- Proyecto de CC de 1851: diecinueve artículos.
- Código Civil portugués de 1867: nueve artículos.
- Código Civil italiano de 1865: cinco artículos.
- Sin referencia del antecedente: tres artículos.
- Proyecto de CC de 1851 y Código Civil portugués de 1867: dos artículos.
- Código Civil italiano de 1865 y Código Civil portugués de 1867: un artículo.
- Proyecto de CC de 1851, Código Civil portugués de 1867 y Código Civil mexicano de 1870: un artículo.
- Código Civil de Guatemala de 1877: un artículo.

Por su singular trascendencia en el régimen jurídico de la donación, conviene destacar el origen de los siguientes artículos del anteproyecto:

- Definición de donación (art. 615 del anteproyecto)[190]: art. 1050 del Código Civil italiano de 1865, que decía así: "la donación es un acto de espontánea liberalidad, con el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada a favor del donatario que la acepta"[191]. Para la doctrina italiana del siglo XIX era pacífico que con arreglo al

[189] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*. 610-614; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., pp. 192-203.

[190] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., p. 610; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., p. 192.

[191] "La donazione è un atto di spontanea liberalità, con quale el donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favore dil donatario che l'accetta".

Codice Civile la donación transmitía el dominio sin necesidad de la entrega o tradición de la cosa donada[192].

- Capacidad del donante para contratar y disponer (art. 621 del anteproyecto)[193]: art. 1476 del Código Civil portugués de 1867: "pueden hacer donaciones todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes"[194]. El *Código Civil portuguez* también contemplaba una transmisión de la propiedad por donación meramente consensual, sin necesidad de entrega o tradición[195].

- Prohibición de donación de bienes futuros (art. 634 del anteproyecto)[196]: art. 953 del proyecto de 1851 ("la donación no puede comprender los bienes futuros") y art. 1453 del Código Civil portugués de 1867 ("la donación no puede comprender bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos que no se encuentran en poder del donante, o sobre los cuales este no tiene derecho al tiempo de la donación"[197]).

A la vista de los preceptos de los Códigos extranjeros que fueron utilizados como base para redactar los artículos relativos a la donación en el anteproyecto de CC de 1882-1888,

---

[192] PACIFICI-MAZZONI, EMIDIO: *Istituzioni di Diritto Civile italiano. IV. Libro III. Dei modi de acquistare e di trasmettere la propietà e gli altri diritti sulle cose. Parte Prima. Delle Successioni, dei Legati e delle Donazioni*, 2ª ed., Eugenio e Filippo Cammelli, Florencia, 1872, p. 464-465; BORSARI, LUIGI: *Commentario del Codice Civile italiano. Volume terzo. Parte seconda*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1877, p. 10; RICCI, FRANCESCO: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile. Volume Quarto. Acquisto dell'Eredità - Donazioni*, Unione Tipografico-Editrice, Turín, 1878, pp. 345-348.

[193] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., p. 193.

[194] "Podem fazer doações todos os que podem contractar e dispor des seus bens". El texto del Código Civil portugués ha sido tomado de *Codigo Civil portuguez approvado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867*, 2ª ed., Imprensa Nacional, Lisboa, 1868.

[195] El art. 1452 del Código Civil portugués de 1867 decía que "donación es un contrato, por el que cualquier persona transfiere a otra gratuitamente una parte, o la totalidad de sus bienes presentes" ("doação é um contracto, por que qualquer pessoa transfere a outrem gratuitamente uma parte, ou a totalidade de seus bens presentes"). El art. 715 del Código establecía con total claridad la transmisión consensual del dominio a través de los contratos, al señalar que "en la enajenación de cosas ciertas y determinadas, la transferencia de la propiedad se produce entre los contratantes, por el mero efecto del contrato, con independencia de la tradición o posesión, ya sea material o simbólica, salvo que exista acuerdo de las partes en contrario" ("nas alienações de cousas certas e determinadas a transferencia da propiedade opera-se entre os contrahentes, por mero effeito do contrato, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrario"). El más reputado comentarista del Código Civil portugués, DIAS FERREIRA, destacó que el Código de 1867, apartándose de la legislación anterior, seguía abiertamente la doctrina del Derecho francés, dispensando la tradición para la validez de la enajenación, y consideraba transferida la propiedad con la perfección del contrato (DIAS FERREIRA, JOSÉ: *Codigo Civil portuguez annotado. Volume II*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1871, pp. 221-222).

[196] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., pp. 611-612; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., p. 196.

[197] "A doação não póde abranger bens futuros. Por bens futuros entendem-se aquelles, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito au tempo de doação".

salta a la vista que la Comisión imitó de manera evidente la regulación francesa de la donación, plasmada en el *Code* de 1804 y en todos los textos legales de su influencia[198], como fueron el proyecto de CC de 1851, el Código Civil italiano de 1865, el Código Civil portugués de 1867, e incluso los Códigos Civiles mexicano de 1870 y guatemalteco de 1877. Como subrayó PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el Código Civil francés de 1804 "influye en el nuestro, ya directamente, ya a través de los Códigos o Proyectos posteriores que cita nuestro Anteproyecto, los cuales recibieron la influencia del Código francés. Así resultan recogidos diferentes preceptos del Código francés, sin que éste sea citado y sí lo sea, en cambio, el Proyecto de 1851, el Código italiano o cualquier otro elaborado sobre el modelo francés"[199].

La influencia del Código Civil francés de 1804 en el anteproyecto de CC español de 1882-1888 fue tan evidente, que es posible establecer una correlación directa entre las normas del *Code* reguladoras de la donación y los artículos que regulan la donación en el CC de 1889, con independencia de las influencias intermedias de otros códigos extranjeros. Así:

- La definición de donación (art. 618 CC) procede del art. 615 del anteproyecto, que tomó como referencia el art. 1050 del Código Civil italiano, que a su vez era una copia literal del art. 894 del Código Civil francés ("la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta"[200]). De hecho, el art. 938 del Código Civil francés de 1804 decía que "la donación debidamente aceptada se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario, sin necesidad de otra tradición"[201]. De la misma manera, el art. 1062 del Código Civil italiano de 1865 decía que "la donación debidamente aceptada es perfecta

[198] Siguiendo a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, el Código italiano de 1865 tuvo como modelo el *Code* francés; el Código portugués estuvo muy influido por el proyecto de CC español de 1851; el Código mexicano de 1870 por el proyecto español de 1851 y por el Código portugués de 1867; y el Código guatemalteco por el Código francés de 1804, el Código portugués de 1867, el anteproyecto de Código belga (de clarísima influencia francesa) y el proyecto español de 1851, entre otros (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), cit.*, pp. 23-28).

[199] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), cit.*, p. 25.

[200] "La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte".

[201] "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition".

entre las partes, y la propiedad de los efectos donados se entiende transferida al donatario sin necesidad de tradición"[202].

- La necesaria capacidad del donante para contratar y disponer (art. 624 CC) procede del art. 621 del anteproyecto, que tomó como referencia del art. 1476 del Código Civil portugués de 1867, que a su vez estaba inspirado en el art. 902 del Código Civil francés ("todas las personas pueden disponer y recibir, ya sea por donación entre vivos o por testamento, excepto aquellas a quienes la ley declare incapaces para ello"[203]).
- La prohibición de donación de bienes futuros (art. 635 CC) procede del art. 634 del anteproyecto, que tomó como referencia el art. 953 del proyecto de CC de 1851 y el art. 1453 del Código Civil portugués, los cuales estaban a su vez claramente influidos por el art. 943 del Código Civil francés ("la donación entre vivos sólo puede comprender los bienes presentes del donante; si incluye bienes futuros, será nula a este respecto"[204]).

Tales antecedentes evidencian que el anteproyecto de CC de 1882-1888 se desmarcó de la regulación de la donación contenida en el Derecho castellano histórico, y acabó acogiendo el modelo de donación del *Code* de 1804, que transmitía la propiedad automáticamente con su perfeccionamiento, sin necesidad de entrega o tradición, en coherencia con el sistema consensual de transmisión del Código Civil francés.

Se trata de una circunstancia especialmente trascendente, si se repara en que el anteproyecto de CC desechó el modelo consensual de la transmisión de la propiedad que contenía el proyecto de CC de 1851, y recuperó la tradicional teoría del título y modo. La asunción en el anteproyecto de CC de 1882-1888 de una mecánica traslativa específica para la donación, en contraposición a los demás negocios traslativos de dominio, constituye una circunstancia muy reseñable, debido a su excepcionalidad en el marco del sistema, y al abandono de la eficacia transmisiva tradicional de la donación en el Derecho castellano.

Al respecto, resulta igualmente destacable que en la versión definitiva del CC fuese suprimido el art. 632 del anteproyecto de CC de 1882-1888, que decía que, en la donación, el dominio de los bienes muebles se transmitía mediante la tradición, y de los bienes

[202] "La donazione debitamente accetatta è perfetta tra le parti, e la propietà degli effetti donati s'intende trasferita nel donatario senza neccessità di tradizione".
[203] "Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables".
[204] "La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur; si elle comprendre des biens à venir, elle sera nulle à cette égard".

inmuebles mediante la inscripción registral. La desaparición de todo vestigio relacionado con la aplicación de la doctrina del título y el modo a la donación no puede ser desdeñada.

b) Ley de bases de 1888

Por lo que se refiere a la Ley de bases de 1888, es muy destacable que en la base 26ª se determinase la necesidad de definir la donación, determinando además su naturaleza y efectos:

> "Las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular, se desenvolverán y definirán con sujeción al cuadro general de las obligaciones y sus efectos, dentro del criterio de mantener por base la legislación vigente y los desenvolvimientos que sobre ella, ha consagrado la jurisprudencia, y los que exija la incorporación al Código de las doctrinas propias a la ley Hipotecaria, debidamente aclaradas en lo que ha sido materia de dudas para los Tribunales de justicia y de inseguridad para el crédito territorial. La donación se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella, sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero. Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes constituidos sobre la propiedad inmueble".

Además, se estableció una nítida separación entre la donación, regulada en la base 26ª, de los contratos, considerados como meros títulos de adquisición, a los que se mencionó en la base 20ª[205]:

> "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 aun en aquellos casos en que se exigen solemnidades determinadas para la transmisión de las cosas,

[205] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 186: "De la Ley de Bases del Código Civil es fácil deducir que el hecho de que nuestro Código cambiara la sistemática del Código francés, incluyendo los contratos en un libro distinto del referido a los modos de adquirir la propiedad se debe al interés del legislador en que los contratos no fueran nunca transmisivos (Base 20), mientras que de tal propósito se excluye a la donación, respecto de la que la Base 26 se exige que se fije «su naturaleza y efectos», así como sus limitaciones".

> o el otorgamiento de escritura a los efectos expresados en la base precedente. Igualmente se cuidará de fijar bien las condiciones del consentimiento, así en cuanto a la capacidad, como en cuanto a la libertad de los que le presten, estableciendo los principios consagrados por las legislaciones modernas sobre la naturaleza y el objeto de las convenciones, su causa, forma e interpretación, y sobre los motivos que las anulan y rescinden".

A diferencia de la base XIII del proyecto de Ley de bases de 1885[206], en la base 26ª de la Ley aprobada en 1888 no se calificó expresamente a la donación como modo de adquirir[207]. Sin embargo, como es notorio, la donación fue finalmente mencionada separadamente de los contratos en el art. 609 CC, e incluida en el Título II del Libro III del CC, cuya denominación es "De los diferentes modos de adquirir la propiedad", y no en el Libro IV del CC. Como dijo LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "con estos antecedentes, es difícil admitir la hipótesis de que los redactores del Código no fueran conscientes del alcance de la referencia a la donación entre los modos de adquirir en el artículo 609"[208].

La Ley de bases de 1888 constituye un medio de interpretación histórico finalista[209], al poseer un valor interpretativo ciertamente autorizado[210]. No en vano, constituye "la antecámara de nuestro Código Civil vigente"[211]. Por ello, la jurisprudencia ha aludido a las bases de la Ley de 1888 resaltando su carácter interpretativo, para reforzar la interpretación del contenido del CC o para destacar el espíritu del CC conforme a la Ley de bases[212].

---

[206] "Como otro de los medios de adquirir será la donación, se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero".

[207] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *cit.*, p. 407: "Esta segunda parte de la Base XIII del Proyecto de Silvela pasa intacta a la Ley de Bases de 1888, con la única particularidad de que ya no se alude a donación como «otro medio de adquirir la propiedad".

[208] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *cit.*, p. 407. Los debates parlamentarios sobre la materia confirman plenamente esta hipótesis (*vide infra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.c).

[209] BONET RAMÓN, FRANCISCO: "La ley de bases del Código Civil", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19 (especial dedicado el centenario del Código Civil español), 1988, pp. 344-345; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *cit.*, p. 757.

[210] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen I*, *cit.*, p. 542; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *cit.*, p. 757.

[211] BONET RAMÓN, FRANCISCO: "La ley de bases del Código Civil", *cit.*, p. 328.

[212] BONET RAMÓN, FRANCISCO: "La ley de bases del Código Civil", *cit.*, pp. 344-345.

En este sentido, resulta muy significativo que las dos únicas Sentencias del Tribunal Supremo dictadas durante los últimos cuarenta años que mencionaron a la Ley de bases de 1888 fueron la STS de 22 de diciembre de 1986[213] y la STS de 25 de septiembre de 1993[214], que aludieron a la base 20ª para resaltar la distinta eficacia transmisiva de la compraventa y de la donación en el CC. En todo caso, sorprende que ambas Sentencias no mencionasen la base 26ª, que se refería expresamente a las donaciones, lo que hubiese reforzado la argumentación en clave histórica sobre la distinta virtualidad transmisiva de la compraventa y de la donación.

c) Debates parlamentarios

Los debates que se celebraron durante la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley de bases de 1885, que cristalizaron en la Ley de bases de 1888, resultan de extraordinario interés en todo lo referente a la donación. El encuadramiento de la donación como modo de adquirir, separado de los contratos, fue objeto de crítica parlamentaria, lo que motivó relevantes intervenciones que arrojan mucha luz sobre la mecánica transmisiva de la donación.

Especialmente revelador fue el debate entre FABIÉ ESCUDERO y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ. Las intervenciones del segundo son especialmente destacables, en la medida en que fue el miembro de la Comisión redactora del CC, autor material de la redacción los artículos del anteproyecto de CC relativos a la donación, y miembro de la Comisión constituida en el Senado para dictaminar el proyecto de ley de bases de 1885[215].

En la sesión celebrada en el Senado el 27 de abril de 1885, FABIÉ ESCUDERO dijo:

> "Teniendo presente el orden que parece que debía haberse seguido para la concepción y sucesiva redacción de las bases, no acierto a explicarme cómo no figuran en esta base 18.ª las donaciones; porque si bien estas constituyeron en el derecho romano una especialidad, por decirlo así, determinada y distinta, no se puede negar que en el concepto teórico del derecho, en los momentos actuales, las

[213] STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).
[214] STS de 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda).
[215] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen I, cit.*, p. 551; BARÓ PAZOS, JUAN: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889), cit.*, pp. 257-258; EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", en AA.VV., *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, Y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 294.

donaciones se comprenden por todos los tratadistas de filosofía del derecho, o de consideraciones generales acerca del derecho, en la materia de las obligaciones"[216].

Más adelante, añadió:

"Para disculpar el haberme ocupado de esta materia a propósito de la base 18.ª, yo me pregunto a mí mismo: ¿constituyen una verdadera obligación, en el sentido más lato de esta palabra, las donaciones? Y desde luego, como antes he insinuado, doy a esta pregunta una contestación afirmativa; porque, en efecto, desde el momento en que se manifiesta de una manera explícita e indudable la voluntad del donante, nace un vínculo de derecho entre él y la persona del donatario; vínculo que, como saben los Sres. Senadores, puede llegar a ser efectivo y a tener las condiciones de un verdadero vínculo legal, cuando esta manifestación de voluntad reviste ciertos caracteres y condiciones"[217].

La contestación de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ fue meridianamente clara. En relación con la inclusión de la donación entre los modos de adquirir, afirmó lo siguiente:

"Los Sres. Senadores saben perfectamente bien que las donaciones son susceptibles de ser consideradas bajo distintos aspectos; que han tenido en la historia del derecho esas diferentes representaciones; que no las han perdido, no obstante las reformas que en esa materia han podido hacerse, porque todavía hay diversidad en los Códigos, efecto de esos mismos conceptos. La donación fue en su origen modo de adquirir; y en Roma, el verdadero y primitivo derecho romano, la donación se encontraba entre los modos singulares de adquirir, que eran la tradición, la prescripción, la donación, etc.

Andando los tiempos, Justiniano creyó que debía reformar este punto como tantos otros del derecho, y comprendió las donaciones entre los contratos; admitió la posibilidad de considerar las donaciones bajo este aspecto, como título de adquirir o como contrato, y tuvo por conveniente no incluirlas entre los modos de adquirir. Con efecto, desde su época hay autores que hablan de las donaciones como modo de adquirir, y hay otros que las consideran como contrato; hay códigos que cuentan las donaciones entre los modos de adquirir, y hay otros que las consignan como contratos.

[216] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2271.
[217] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2272.

> Pues bien, el Gobierno de S. M. ha podido elegir entre los dos aspectos bajo los cuales pueden considerarse las donaciones, y ha entendido que debía dar preferencia a la teoría jurídica que las coloca entre los modos de adquirir; por eso no habla de ellas en la base 18.ª; no las reserva para tratar de ellas al lado de los contratos y con ocasión del desenvolvimiento de esas fuentes de las obligaciones, sino que, por el contrario, ha hablado de ellas entre los modos de adquirir, diciéndolo de una manera expresa y categórica"[218].

Posteriormente, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ reconoció sin ambages que la donación no estaba incluida en la base relativa a las obligaciones o a los contratos simplemente porque la Comisión de Códigos decidió imitar lo que habían resuelto al respecto otros Códigos Civiles extranjeros:

> "Habría digo, otro motivo o razón para que el Gobierno de S. M. hubiese tomado este principal aspecto de la donación y hablado de ella, no entre los contratos sino entre los modos de adquirir. Así lo establecen el Código francés y la mayor parte de los que le siguen, el Código italiano y que en parte le copia, pero no de una manera tan sumisa o servil que haya renunciado por completo a la originalidad; y el Código belga, que, como saben perfectamente bien los Sres. Senadores, no es más que una copia o trasunto del Código francés, y cuya reforma o redacción ha sido últimamente encargada al gran publicista Monsieur Laurent.
>
> Ese último, en el segundo o tercer libro, que trata de los modos de adquirir, después de haber hablado antes de las personas, de las cosas y de los derechos, dice, o ha de decir lo siguiente: «La propiedad de las cosas se adquiere por ocupación, por donación, por las sucesiones y por efecto de los contratos». Pues este es el sistema que ha seguido en este punto el Sr. Ministro, autor de las bases presentadas a la deliberación del Senado: otro de los modos de adquirir es la ocupación, otro la donación, otro la sucesión testada o intestada, y otro por efecto de los contratos, no considerando los contratos como modo de adquirir, sino como título en cuya virtud se puede adquirir la propiedad"[219].

En esa misma sesión, en contestación al senador SEOANE BAYÓN, que también criticó la calificación de la donación como modo de adquirir en lugar de como contrato[220], GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ dijo que "considerada, pues, la donación en su verdadero espíritu,

[218] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, pp. 2274-2275.
[219] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2275.
[220] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, pp. 2281-2282.

no como promesa, sino como entrega, no era contrato, sino modo de adquirir, y este es el carácter que ha tenido en la legislación romana, que han copiado muchas otras legislaciones", y además elogió el *Code* francés[221].

La discusión volvió a reproducirse durante la siguiente sesión del Senado, celebrada el día 28 de abril de 1885. FABIÉ ESCUDERO recordó a la cámara que el propio GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, en su obra *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español*, había tratado a la donación entre los contratos[222]. En su réplica, GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ dijo:

> "La verdad es que en la obra a que S. S. se ha referido, y que no debo citar, hablaba yo de la donación entre los contratos, y que con ese motivo ha podido y debido S. S. señalar esta contradicción respecto a lo que dije en la sesión de ayer y lo que había sostenido, debe creerse que de una manera más fría y pensada, cuando escribí la obra.
>
> Pero a esa reflexión del Sr. Fabié voy a contestar con otra sencillísima, y es la siguiente: ¿es o no verdad que la donación es o puede ser un modo de adquirir? ¿Es cierto que así se ha considerado, que se puede muy bien decir que tal es su verdadero carácter, y tal el aspecto que predomina en esa liberalidad llamada donación? Pues si esto es cierto, resultará una de dos consecuencias: o que yo me equivoqué entonces, o que he variado de opinión, cediendo a la de otros jurisconsultos bastante más autorizados. Podrán ser las dos cosas; no me atrevo a insistir, ni a hacerme a mí mismo la ofensa de creer que fuese la primera, es decir, que yo estuviese equivocado sobre el carácter de la donación; no, es que conociendo ese carácter, conociendo que puede ser la donación modo de adquirir, era también título, y de esas dos aserciones, de esas dos opiniones, por lo visto, en aquel momento al menos, tomé la peor, la de examinar como contrato lo que en rigor debí haber examinado como donación. También ha podido ser otra cosa, y es, que aun cuando yo haya manifestado particularmente esa opinión, y aunque haya dicho y sostenido donde tenía necesidad y el deber de hacerlo, siguiendo las huellas de algunos otros Códigos, valía más que examináramos o colocáramos a la donación entre los demás contratos, algunos señores de la Comisión no se conformaron conmigo, fueron de dictamen opuesto al mío, y yo que no pretendo tener razón contra todos, y me hallo dispuesto, sin renunciar a mis convicciones, a admitir en lo que me parezcan razonables y justas

[221] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del lunes 27 de abril de 1885, p. 2283.
[222] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, pp. 2299-2299.

> las de los demás, cedí en este caso a lo que fue o pareció ser una convicción de la Comisión, de que yo tenía el inmerecido honor de formar parte"[223].

A la vista de los debates parlamentarios, es evidente que la calificación de la donación como modo de adquirir, separada de los contratos, fue una decisión conscientemente adoptada por la Comisión redactora del anteproyecto de CC de 1882-1888. Así lo reconoció expresamente en sede parlamentaria GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, cuyas manifestaciones sobre la caracterización de la donación como modo de adquirir, al margen de la teoría del título y el modo, deben ser valoradas como una genuina expresión de la *mens legis*, Al respecto, no debe olvidarse que el CC fue aprobado mediante una delegación legislativa a favor de la Comisión redactora creada al efecto en la Comisión General de Codificación. La decisión de la Comisión quedó reflejada en el proyecto de ley de bases de 1885, fue aceptada por las Cortes al aprobar la Ley de bases de 1888, y terminó influyendo en la mecánica transmisiva de la donación con la definitiva aprobación del CC en 1889.

3.1.3 La trascendencia de la interpretación histórica de la regulación de la donación

Muchos autores españoles han intentado dilucidar si la donación tiene carácter obligacional o dispositivo atendiendo exclusivamente al contenido de ley vigente. Tal planteamiento es desacertado, debido al carácter parcial e incompleto del método. La interpretación histórica de la regulación normativa de la donación en el CC de 1889 resulta extraordinariamente reveladora en relación con su mecánica transmisiva:

- De un lado, porque permite constatar que el CC supuso una clara ruptura en relación con el Derecho anterior, que estaba claramente inspirado en la regulación justinianea de la donación, con arreglo a la cual la entrega de las cosas donadas operaba la transmisión del dominio.
- De otro lado, porque los orígenes de la normativa del CC sobre la donación son muy claros: se asumió un modelo consensual de transmisión del dominio por donación, adoptando la regulación del Código Civil francés. La implementación se realizó indirectamente, incorporando al CC preceptos incluidos en el proyecto de CC de 1851, en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código Civil portugués de 1867, cuyas normas eran prácticamente idénticas a las del *Code* de 1804.

[223] *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado*. Sesión del martes 28 de abril de 1885, p. 2304.

Así las cosas, los antecedentes históricos y legislativos apuntan decididamente a que la donación, según el CC, tendría carácter dispositivo: transmitiría la propiedad de las cosas donadas desde la perfección negocial, sin necesidad de entrega o tradición.

No obstante, la anterior afirmación debe ser valorada en sus justos términos. A fin de cuentas, el art. 3.1 CC enumera múltiples criterios de interpretación de las normas, y el criterio de interpretación histórico solo es uno de ellos, por lo que posee un valor relativo y complementario en relación con los demás criterios hermenéuticos. En consecuencia, para poder constatar la eficacia transmisiva de la donación en el CC resulta imprescindible interpretar su regulación positiva de acuerdo con los demás criterios interpretativos enumerados en el art. 3.1 CC, tarea a la que dedicaremos los siguientes apartados.

3.2 La alusión normativa a la naturaleza de la donación

El Capítulo I del Título II del Libro III del CC, que contiene los arts. 618 a 623 CC, se titula "De la naturaleza de las donaciones". La alusión a la naturaleza de la donación es consecuencia de la base 26ª de la Ley de bases de 1888, que ordenaba que la futura regulación de la donación en el CC cumpliese los siguientes requisitos:

> "La donación se definirá fijando su naturaleza y efectos, personas que pueden dar y recibir por medio de ella, sus limitaciones, revocaciones y reducciones, las formalidades con que deben ser hechas, los respectivos deberes del donante y donatario y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero".

La mención que realiza el CC a la naturaleza de la donación ha sido destacada por la doctrina defensora de que la donación transmite la propiedad sin necesidad de tradición. ALBIEZ DOHRMANN llegó al punto de afirmar que "debería llamar la atención el hecho de que el Código Civil dedique un capítulo a la naturaleza de una institución", debido a que "a lo largo de su articulado, solo las donaciones son objeto de una regulación dedicada específicamente a la naturaleza jurídica"[224].

Sin embargo, este planteamiento no es exacto. La mención a la naturaleza de la donación no constituye un caso aislado en el CC. A tal efecto, basta repasar su contenido

[224] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4712.

para percatarse de que en muchas otras ocasiones se menciona la naturaleza de otras instituciones o contratos:

- El Capítulo II del Título I del Libro IV, que comprende los arts. 1094 a 1112 CC, se titula "De la naturaleza y efecto de las obligaciones".
- El Capítulo I del Título IV del Libro IV, que comprende los arts. 1445 a 1456 CC, se titula "De la naturaleza y forma de este contrato [de compraventa]".
- El Capítulo I del Título IX del Libro IV, que comprende los arts. 1709 a 1717 CC, se titula "De la naturaleza, forma y especies del mandato".
- La Sección 1.ª del Capítulo I del Título X, que comprende los arts. 1741 a 1748, se titula "De la naturaleza del comodato".
- La Sección 1.ª del Capítulo II del Título XI del CC, que comprende los arts. 1760 a 1762 CC, se titula "De la naturaleza y esencia del contrato de depósito".
- El Capítulo I del Título XIV del Libro IV, que comprende los arts. 1822 a 1829 CC, se titula "De la naturaleza y extensión de la fianza".

A mayor abundamiento, un examen de la Ley de bases de 1888 permite advertir que el legislador también ordenó a los redactores del CC que explicitasen la naturaleza de otra institución. En la base 19ª se decía que "la naturaleza y efecto de las obligaciones serán explicados con aquella generalidad que corresponda á una relación jurídica cuyos orígenes son muy diversos". Por tanto, la naturaleza de la donación, referida en la base 26ª, no constituyó ninguna singularidad. Cuestión distinta es que los miembros de la Comisión redactora del CC también considerasen conveniente mencionar la naturaleza de la compraventa, del mandato, del depósito y de la fianza, aunque la Ley de bases de 1888 no les obligase a hacerlo.

A la vista de lo expuesto, no puede sostenerse que el CC aluda a la naturaleza de la donación con la finalidad de destacar una pretendida peculiaridad de la mecánica transmisiva de la institución, puesto que el CC también alude a la naturaleza de la compraventa, que es el contrato traslativo del dominio a título oneroso por excelencia, y que a la vista del CC, se rige por el sistema del título y el modo.

No obstante, el planteamiento de ALBIEZ DOHRMANN, a pesar de no ser acertado, puede ser orientado en un sentido distinto. La base 26ª de la Ley de bases de 1888 decía que en el

futuro CC "la donación se definirá". ¿Constituía esta necesidad de definir la donación una singularidad?

La respuesta vuelve a ser negativa. Además de la definición de la donación, la Ley de bases de 1888 ordenaba la definición de los casos de ausencia y presunción de muerte (base 6ª), de la posesión (base 11ª), de los derechos de usufructo, uso y habitación (base 12ª), de "las principales servidumbres fijadas por ley en materia de aguas, en el régimen de la propiedad rústica y urbana" (base 13ª), de la ocupación (base 14ª) y de "las formas, requisitos y condiciones de cada contrato en particular" (base 26ª).

Con independencia de lo expuesto, hay una cuestión que juzgamos importante. La base 26ª ordenaba que el CC determinase los "efectos" de la donación. Sin duda, el principal efecto de la donación es la transmisión del dominio. A la vista de ello, hubiese sido lógico que el CC se cuidase de especificar si la transmisión de la propiedad de las cosas donadas se producía con o sin necesidad de entrega o tradición. Sin embargo, en relación con esta cuestión, nada dice expresamente el CC.

Esta falta de alusión a los efectos transmisivos de la donación sí que constituye una singularidad. De hecho, art. 938 del Código Civil francés de 1804 decía que "la donación debidamente aceptada se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes; y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario, sin necesidad de otra tradición"[225]. De la misma manera, el art. 1062 del Código Civil italiano de 1865 decía que "la donación debidamente aceptada es perfecta entre las partes, y la propiedad de los efectos donados se entiende transferida al donatario sin necesidad de tradición"[226]. Estas aclaraciones eran redundantes, en la medida en que en los Derechos italiano y francés regía el sistema consensual de transmisión del dominio. Sin embargo, los redactores del CC omitieron toda aclaración al respecto, a pesar de que el CC de 1889, a diferencia del proyecto de CC de 1851, recuperó la teoría del título y el modo, tradicional en el Derecho castellano.

Así las cosas, puede argumentarse fundadamente que el CC no cumplió escrupulosamente el mandato contenido en la base 26ª de la Ley de bases de 1888, en la medida en que no aclaró de manera expresa el principal efecto de la donación: la transmisión

[225] "La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition".
[226] "La donazione debitamente accetatta è perfetta tra le parti, e la propietà degli effetti donati s'intende trasferita nel donatario senza neccessità di tradizione".

de la propiedad. Qué duda cabe que de haberse incluido en el CC un precepto relativo a la transmisión del dominio por donación, se hubiesen evitado muchos quebraderos de cabeza y ahorrado muchos ríos de tinta durante los últimos ciento treinta y cinco años.

3.3 El tratamiento sistemático de la donación en el CC

3.3.1 El art. 609 CC

El art. 609 CC dice lo siguiente:

> "La propiedad se adquiere por la ocupación.
>
> La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante de tradición.
>
> Pueden también adquirirse por medio de la prescripción".

A la vista del art. 609 CC, es evidente que el tratamiento normativo de la donación constituye una peculiaridad[227], puesto que se le confiere la misma significación y eficacia que a los demás modos de adquirir la propiedad[228]. La norma alude a la donación distinguiéndola de "ciertos contratos mediante la tradición". No es posible ignorar el tratamiento normativo que el art. 609 CC dispensa a la donación, que constituye un argumento muy importante en favor de considerar que transmite los derechos reales sin necesidad de entrega o tradición[229]. "La separación en el texto de la donación y de ciertos

---

[227] ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS, y VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO, *Las relaciones contractuales*, Oberta UOC Publishing, Barcelona, 2019, p. 50.

[228] GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio", *cit*., p. 899.

[229] La doctrina que ha mencionado el art. 609 CC en apoyo de una eficacia dispositiva de la donación es abrumadora. Sin ánimo de exhaustividad, *vide* GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO: "La tradición de fincas en los instrumentos públicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 1, 1945, p. 36; CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., pp. 455-456; NART FERNÁNDEZ, IGNACIO: "Donación y reversión a personas futuras", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, 1952, p. 597; SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., pp. 806-807; PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 63; FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., p. 583; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., p. 281; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, 1966, p. 563; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 71; DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de Derecho Civil, 1. Parte General. Derecho de Obligaciones*, *cit*., pp. 340-341; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., pp. 124, 126; MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, 1992, pp. 2109-2110, 2117-2118; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio", *cit*., pp. 896, 899; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Tomo I. Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, *cit*., p. 80; CASANOVAS I

contratos es tan clara que se hace muy difícil negar que la donación opera por sí sola la transmisión sin necesidad de entrega"[230].

La STS de 22 de diciembre de 1986[231] citó expresamente el art. 609 CC para argumentar que la donación, tal y como está regulada en el CC, transmite la propiedad de las cosas donadas de manera concomitante con su perfección:

> "A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095 consistente en la entrega, «datio rei», «datio possesionis», signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de recognoscibilidad del dominio en favor del cesionario".

Ciertamente, el art. 609 CC es un argumento de gran peso para sostener que la donación, con arreglo a la regulación vigente, transmite la propiedad sin necesidad de entrega o tradición. La donación es distinguida normativamente de los contratos seguidos de tradición, y es obligado colegir que la nítida separación entre la primera y los segundos debe obedecer a alguna razón, que no parece ser otra que su distinta eficacia transmisiva. No en vano, ante la trascendencia y potencial argumental del precepto, la doctrina que ha sostenido que la donación necesita la entrega de las cosas donadas para operar la transmisión dominical

---

MUSSONS, ANNA: "La dualidad de funciones de la aceptación de la donación: los artículos 623 y 629 del Código Civil", *cit*., p. 1611; MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., p. 136; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4714; PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "Artículo 609", en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 4660; EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", *cit*., pp. 294-295; COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", en *Tratado de contratos. Tomo II* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director; MORALEJO IMBERNÓN, NIEVES I., y QUICIOS MOLINA, MARÍA SUSANA, coordinadoras), 3ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2020, p. 2829. Por ello, no compartimos el parecer de FERRANDIS VILELLA, quien dijo que para fundamentar la eficacia inmediatamente traslativa de la donación se habría prestado menos atención al art. 609 CC que al art. 618 CC (FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., p. 344).

[230] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit*., pp. 2109-2110.

[231] STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).

no ha tenido más remedio que criticar el contenido del art. 609 CC, tildándolo de 'erróneo' o 'defectuoso'[232].

A la vista de la trascendencia normativa del art. 609 CC, llama la atención que el Tribunal Supremo haya desestimado varios recursos de casación fundados en dicho precepto con el pretexto de que "no es más que una «disposición preliminar» que describe los distintos modos de adquirir la propiedad, carente, por tanto, por su sentido genérico, de relevancia casacional"[233]. Quizá dicha decisión pueda ser admisible en algunos supuestos, pero teniendo en cuenta que el propio Tribunal ha fundado en el art. 609 CC el carácter directamente traslativo de la donación, habrá que considerar que dicho artículo tiene suficiente contenido sustantivo propio para poder fundar un recurso de casación en el que se cuestione la adquisición de la propiedad o de otro derecho real a través de una donación.

3.3.2 La inclusión de la donación en el Libro III del CC

Continuando con esta aproximación sistemática, también hay que poner de relieve que la donación está regulada en el Título II del Libro III del CC, entre la ocupación y la sucesión, mientras que los contratos están regulados en el Libro IV del CC, denominado "De las obligaciones y contratos". Parece obvio que este concreto encuadramiento no debería obedecer a la casualidad, y que se le debe atribuir un significado preciso, en clave de distinta eficacia transmisiva de la donación respecto a la de los contratos traslativos de dominio regulados en el Libro IV del CC, como la compraventa o la permuta[234].

En contra de este planteamiento se podría aducir que el CC no destaca especialmente desde el punto de vista sistemático. Ciertamente algunas instituciones parecen estar reguladas 'fuera de sitio' en el CC. Tal es el caso de la prescripción adquisitiva, cuya regulación aparece en el Libro IV del CC y no en el Libro III. Lo mismo cabría aducir respecto de los derechos reales de garantía (prenda, hipoteca y anticresis), cuyo emplazamiento más adecuado sería el Libro III del CC, y no el Libro IV. Es igualmente criticable que el régimen económico matrimonial esté regulado en el Título III del Libro IV, pues quizá hubiese sido más razonable incluirlo en el Libro I del CC, dada su evidente

[232] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.1.
[233] STS de 1 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:639, RJ 2000\229; ponente José Almagro Nosete); STS de 17 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7110, RJ 2009\7291; ponente Antonio Salas Carceller).
[234] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1227; POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL: *Relajación formal de la donación*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 82; COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit.*, p. 2829.

conexión con las instituciones matrimoniales y familiares. E incluso es cuestionable que las donaciones por razón de matrimonio estén reguladas dentro del régimen económico matrimonial, y no como un subtipo de donaciones especiales.

Sin embargo, con arreglo a nuestro pensamiento, no es posible entender que la ubicación de las donaciones en el Libro III del CC constituya una anomalía sistemática. En primer lugar, porque es plenamente coherente con el contenido del art. 609 CC. Y, en segundo lugar, porque la calificación de la donación como modo de adquirir, y su consiguiente inclusión en el Libro III, fue una decisión deliberada de los redactores del CC, quienes entendieron que lo más conveniente era regularla al margen de los contratos situados dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo. Reiteramos una vez más que los antecedentes legislativos de la donación son extraordinariamente relevantes en relación con la ubicación sistemática de la donación en el CC[235].

Por ello, nos parece muy acertado el criterio que expresó MALUQUER DE MOTES I BERNET, para quien la colocación sistemática de la donación en el Libro III del CC, dedicado a los diferentes modos de adquirir la propiedad y los derechos reales, "responde a un criterio de convicción ya que el legislador, utilizando el proyecto de 1851 como antecedente y variando detalles de su redacción, no procedió a una colocación sistemática distinta de haber pensado que constituía una figura diferente. Lo lógico hubiera sido que la hubiera colocado en la parte correspondiente a los contratos"[236].

3.4 La calificación de la donación como acto

El art. 618 CC califica a la donación como "acto". Muchos de los autores que han afirmado que la donación transmite la propiedad sin necesidad de entrega o tradición han aseverado que la utilización de la palabra "acto" constituye un argumento en apoyo del carácter inmediatamente traslativo de la donación en el CC.

En esta línea, FERRANDIS VILELLA afirmó que "la calificación de la donación como «acto» responde a un criterio conceptual del legislador"[237]. Para LACRUZ BERDEJO, "es de creer que el legislador español mantuvo dicho término, no como una negativa del evidente carácter contractual de la donación, sino para subrayar la condición concomitante de modo

[235] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.
[236] MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLES JOAN: "Donación y revocación", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Vol. 2* (GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL, y MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO P., coordinadores), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, p. 2956.
[237] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 348.

de adquirir de la clase de donación más específicamente contemplada en los arts. 618 y ss., es decir, la de cosa cierta, cuyo dominio transfiere al donante al donatario mediante contrato y sin ayuda de tradición"[238]. Y según DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, "dándole el calificativo de acto precisamente [se] quiere acentuar la separación de la donación de la órbita propia de los contratos como meros títulos hábiles para transferir el dominio, creadores de obligaciones de dar para su efectiva adquisición"[239].

También se ha insistido en que no sería lógico que la iniciativa terminológica de Napoleón, consistente en calificar la donación como acto, que acabó acogiendo el Código Civil francés de 1804, fuese imitado acríticamente por el CC español en 1889, teniendo en cuenta el largo período de tiempo que había transcurrido entre la aprobación de ambos textos legales. MARÍN CASTÁN expresó este planteamiento de la siguiente manera:

> "Cuando los redactores del Código Civil calificaron la donación de acto y no de contrato, regulándola como un modo de adquirir distinto de los contratos y de disciplina sistemáticamente anterior a la de las sucesiones, sabían muy bien lo que hacían. Reprocharles el haberse dejado arrastrar por un error de Napoleón introducido por éste en el Código francés (suponiendo que fuera un error y no una intuición jurídica natural) hoy revela un cierto menosprecio hacia los redactores del código que nada tiene de justo y sí mucho de ingenuo dado el tiempo transcurrido entre aquel código y el nuestro"[240].

De modo parecido, CALVO SORIANO manifestó que "esta confusión es demasiado pueril para que prevaleciera en el Código francés y todavía resulta más inexplicable el que ochenta y tantos años más tarde se reprodujera en el Código español. Por consiguiente, creemos que es preciso buscar alguna otra causa que pudiera haber motivado la expresión legislativa"[241].

De acuerdo con nuestro punto de vista, la causa por la que se preguntaba CALVO SORIANO no radica en una decisión conceptual deliberada de los redactores del CC,

---

[238] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 121.

[239] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., pp. 336-337.

[240] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., p. 138.

[241] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., p. 453. En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 337.

entendida en el sentido de que la utilización de la palabra "acto" en el contexto de la donación conlleve implícita una transmisión de la propiedad sin necesidad de entregar las cosas donadas. La utilización por parte del Derecho español del término "acto" para referirse a la donación obedece a razones puramente históricas, que quedan evidenciadas a la luz de los antecedentes legislativos del precepto.

El antecedente del art. 618 CC fue el art. 615 del anteproyecto de 1882-1888, que decía que "donación es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta"[242]. A su vez, la definición de donación del anteproyecto tomó como referencia el art. 1050 del Código Civil italiano de 1865, según el cual "la donación es un acto de espontánea liberalidad, con el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada a favor del donatario que la acepta"[243]. Y la definición italiana no fue sino una copia literal del art. 894 del Código Civil francés de 1804: "la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta"[244].

Ahora bien, ¿por qué el *Code* de 1804 calificó a la donación como "acto", y no como contrato o negocio? Las razones son bien conocidas. El proyecto de Código Civil francés definía a la donación como "contrato". Sin embargo, en el curso de la discusión que tuvo lugar en el Consejo de Estado, Napoleón manifestó que el contrato impone obligaciones a las dos partes contratantes, por lo que la utilización del término no era correcta en el ámbito de la donación. A raíz de tal manifestación del Primer Cónsul se sucedieron varias intervenciones, y finalmente la definición de donación fue aprobada sustituyendo la palabra "contrato" por "acto"[245].

Evidentemente, la objeción planteada por Napoleón no fue técnicamente correcta, pues confundió la bilateralidad del contrato (esto es, la existencia de una relación jurídica entre

---

[242] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, p. 610; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, p. 192.

[243] «La donazione è un atto di spontanea liberalità, con quale el donante si spoglia attualmente ed irrevocabilmente della cosa donata in favor edil donatario che l'accetta».

[244] "La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte".

[245] La discusión sobre la definición de donación en el Código Civil francés de 1804 consta en FENET, PIERRE-ANTOINE: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, comprenant sans morcellement; 1º Le texte des divers projets; 2º Celui des observations du Tribunal de Cassation et des Tribunaux d'Appel; 3º Toutes les discussions puisées littéralment tant dans les procès-verbaux de Conseil-d'État que dans ceux su Tribunat, et 4º Les exposés de motifs, rapports, opinions et discours tels qu'ils ont été prononcés au Corps Législatif et au Tribunat. Tome Douzième*, Imprimerie d'Hyppolite Tilliard, París, 1836, pp. 261-263.

dos partes contratantes) con la unilateralidad de la donación (o lo que es lo mismo, que solo provoca sacrificio patrimonial para el donante). Siguiendo tal planteamiento, se llegaría a la inaceptable conclusión de que ni el comodato, ni el préstamo gratuito, ni el depósito gratuito, ni el mandato gratuito serían contratos. Sin embargo, el equívoco provocó la modificación de la definición de la donación en el Código Civil francés, que fue copiada en el *Codice Civile* de 1865, y a la postre, en el CC español.

Por tanto, el origen de la expresión "acto" demuestra que su inclusión en el art. 618 CC no tiene ninguna relevancia en relación con la mecánica transmisiva de la donación. Es acertado afirmar que "la inercia de la historia determina la calificación legal de "acto" referida a la donación"[246]. Diversas circunstancias adicionales lo confirman:

- En primer lugar, porque tras la aprobación de la definición de donación como "acto", los miembros del Consejo de Estado francés, a lo largo de sucesivos debates, continuaron refiriéndose a la donación como contrato[247].
- En segundo lugar, porque a pesar de la inclusión de la palabra "acto" en el art. 894 del *Code* de 1804 y en el art. 1050 del *Codice Civile* de 1865, la doctrina francesa[248] e italiana[249] del siglo XIX calificaron a la donación como contrato, sin perjuicio de su eficacia transmisiva[250].
- Y en tercer lugar, porque en definitiva, incuestionablemente, todos los contratos son actos jurídicos[251].

---

[246] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit*., p. 79.

[247] FENET, PIERRE-ANTOINE: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, comprenant sans morcellement; 1º Le texte des divers projets; 2º Celui des observations du Tribunal de Cassation et des Tribunaux d'Appel; 3º Toutes les discussions puisées littéralment tant dans les procès-verbaux de Conseil-d'État que dans ceux su Tribunat, et 4º Les exposés de motifs, rapports, opinions et discours tels qu'ils ont été prononcés au Corps Législatif et au Tribunat. Tome Douzième*, *cit*., pp. 362, 366-367.

[248] DEMOLOMBE, CHARLES: *Traité des donations entre-vifs et des testaments. Tome premier*, Imprimerie de Ch. Lahure, 2ª ed., París, 1863, pp. 18-21; TROPLONG, RAYMOND THÉODORE: *Droit Civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments, ou Commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon. Tome Premier*, Typographie de Henri Plon, 3ª ed., París, 1872, pp. 75-80; BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, y COLIN, MAURICE: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des donations entre vifs et des testaments. Tome Premier*, L. Larose, París, 1893, pp. 5-6.

[249] PACIFICI-MAZZONI, EMIDIO: *Istituzioni di Diritto Civile italiano. IV. Libro III. Dei modi de acquistare e di trasmettere la propietà e gli altri diritti sulle cose. Parte Prima. Delle Successioni, dei Legati e delle Donazioni*, *cit*., p. 464-465; RICCI, FRANCESCO: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile. Volume Quarto. Acquisto dell'Eredità - Donazioni*, *cit*., pp. 345-348.

[250] Para una exposición detallada de la doctrina del siglo XIX en los Derechos francés e italiano, *vide* FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., pp. 331-336.

[251] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 30; COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit*., p. 2830.

Así las cosas, desde nuestro punto de vista, que el art. 618 CC defina a la donación como "acto de liberalidad" de ninguna manera prejuzga cómo se produce la transmisión de los derechos reales a resultas de la perfección de la donación.

3.5 La alusión al poder de disposición

Existen dos preceptos que aluden a la disposición de la cosa donada: son los arts. 618 y 624 CC. Procede determinar si tales alusiones tienen alguna implicación en relación con el efecto transmisivo de la donación.

3.5.1 La disposición en la definición de la donación

El art. 618 CC define a la donación como "acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta". La alusión a la disposición en la definición de la donación ha sido subrayada por un numeroso número de autores, con la finalidad de destacar que no se trataría de un acto de obligación, sino de disposición[252]. Por tanto, del art. 618 CC se desprendería que la donación sería "un acto jurídico claramente atributivo, determinado por la conducta dispositiva del donante"[253].

La contraposición de la donación, acto de disposición, frente a los contratos obligacionales, fue destacada por CALVO SORIANO:

> "Disponer implica, en los negocios jurídicos patrimoniales, un concepto totalmente distinto de obligar, hasta tal punto que en la técnica jurídica se habla de negocios de «disposición» para contraponerlos a los negocios «obligacionales», pues mientras los primeros tienen por objeto directo e inmediato operar la transmisión patrimonial, los segundos la operan, caso de que se tiendan a ella, por el rodeo necesario de una obligación interpuesta, cuyo cumplimiento o pago operará la transmisión"[254].

No se trata de una opinión novedosa. Uno de los primeros comentaristas del CC, MANRESA Y NAVARRO, ya había manifestado que "la palabra *disponer*, que comprende uno de los derechos inherentes al dominio, indica que, para que exista la donación, no es precisa

---

[252] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1224; PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 63; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., p. 281; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 71; EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", *cit*., p. 295.

[253] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., pp. 4713-4714. En igual sentido, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 127.

[254] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., p. 454.

la entrega de lo donado por regla general, aunque se trate de cosas materiales, pues por más que esa entrega se difiera, no por eso queda menos obligado el donante, que, al disponer, expresa su voluntad de desprenderse de lo suyo, sin que pueda ya arrepentirse, ni revocar por su sola voluntad la donación"[255]. Modernamente, y en parecidos términos, MARÍN CASTÁN indicó que "si algo enseña la lectura del CC es que no ha querido que la donación sea un contrato y sí, en cambio, un acto de disposición autónomo"[256].

Es habitual en la doctrina incidir en la alusión que realiza a la disposición el art. 618 CC para diferenciarla con la definición legal de la compraventa que contiene el art. 1445 CC[257]. Para el CC, la donación es un acto de disposición de cosa, no de obligación, mientras que la compraventa es contrato por el que los contratantes se obligan[258].

En contra de este argumento cabría objetar que tanto en los negocios dispositivos como en los obligacionales existe una disposición. No en vano, el art. 348 CC dice que la propiedad "es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal". Siguiendo esta línea de pensamiento, cuando el art. 618 CC alude a la disposición, estaría limitándose a resaltar que la donación es un negocio transmisivo del dominio, como muchos otros.

Sin embargo, parece evidente que la referencia que realiza el art. 618 CC a la disposición del donante tiene un significado más preciso. Ciertamente, una posible acepción de disposición, muy amplia, sería equiparable a la transmisión o traslación de un derecho, que puede ser inmediata (en un negocio de disposición) o mediata (en un negocio obligacional)[259]. Sin embargo, disponer, en un sentido jurídico técnico, comporta una efectiva enajenación por quien está en condiciones de transmitir el dominio, debido a que cumple con los requisitos que la ley exige al efecto. No está de más recordar que el art. 1160 CC se refiere a esta acepción técnica de la disposición, cuando dice que "en las obligaciones

[255] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., p. 63.
[256] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., p. 136.
[257] NÚÑEZ-LAGOS MORENO, RAFAEL: "Pago de lo indebido sin error", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 179, 1946, p. 142. En igual sentido, SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., pp. 807; FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., p. 583.
[258] Se puede argumentar lo mismo en relación con la permuta, de cuya definición no se desprende que los permutantes disponen, sino que se obligan: "cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra" (art. 1538 CC).
[259] Tal fue la interpretación que asumió ALBALADEJO GARCÍA, quien adujo que "la expresión del art. 618 de que "una persona dispone… a favor de otra", no es el de que hay que *transmitir al donar*, sino el de que se *efectúa una disposición*, que bien va acompañada simultáneamente de la pérdida de lo donado por el donante y su adquisición por el donatario, o bien engendra la obligación de transferir después aquello de que ahora se ha dispuesto" (ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 36).

de dar, o será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla".

Anteriormente, hemos justificado que la definición de donación que contiene el CC español es calcada a la que contenía el Código Civil italiano de 1865, que a su vez había copiado la definición del Código Civil francés de 1804[260]. Esta circunstancia también es relevante, porque en el Derecho francés la alusión a la disposición tenía una finalidad muy concreta: destacar que el donante, a través de la donación, se desprendía en el acto de la propiedad de la cosa donada, sin necesidad de ningún acto adicional por su parte[261].

3.5.2 La necesaria capacidad de disposición del donante

El art. 624 CC también alude al poder de disposición del donante, señalando que "podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes".

Se ha apuntado que si el art. 624 CC exige que el donante pueda contratar y disponer de sus bienes es porque que en la donación hay transmisión; por tanto, la donación constituiría un negocio de disposición inmediata[262]. Si el art. 624 CC exige que el donante tenga capacidad de disposición, debe ser el propietario de las cosas donadas para poder donarlas[263].

Desde nuestro punto de vista, es muy reseñable la diferente capacidad que el CC exige para transmitir por donación y por compraventa. El donante debe tener capacidad para contratar y capacidad para disponer (art. 624 CC). En cambio, es suficiente que el vendedor (o el permutante, *ex* art. 1541 CC) tenga capacidad para obligarse (art. 1457 CC)[264]. Esta

---

[260] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.a).

[261] DEMOLOMBE, CHARLES: *Traité des donations entre-vifs et des testaments. Tome premier*, *cit*., pp. 21-28; TROPLONG, RAYMOND THÉODORE: *Droit Civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments, ou Commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon. Tome Premier*, *cit*., pp. 93-97; BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, y COLIN, MAURICE: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des donations entre vifs et des testaments. Tome Premier*, *cit*., pp. 7-8; PLANIOL, MARCEL: *Traité élémentaire de Droit Civil conforme au programme des Facultés de Droit. Tome Troisième. Les régimes matrimoniaux. Les successions. Les donations et les testaments*, 11ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1932, pp. 656, 688, 691.

[262] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., pp. 458-459; SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., pp. 807; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., p. 285; COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de Derecho Civil, 1. Parte General. Derecho de Obligaciones*, *cit*., p. 338.

[263] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., pp. 82-85.

[264] Sorprendentemente, APALATEGUI OCEJO y OYUELOS PÉREZ sostuvieron que "la misma capacidad jurídica que se requiere para transmitir por compra-venta, por permuta (título oneroso), eso mismo exige la ley para transmitir por donación (título gratuito)" (APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit*., p. 448). Ambos autores erraron al no apreciar la diferente

distinción evidencia que la inclusión de la disposición en la definición legal de la donación (art. 618 CC), que se reitera en el art. 624 CC, no puede ser interpretada en un sentido amplio, equiparable al de cualquier negocio transmisivo. Por el contrario, tiene un significado técnico muy preciso.

En todo caso, la *ratio* del art. 624 CC resulta más expresiva si el contenido de la norma se enuncia *a contrario*: no puede donar quien no tiene capacidad para contratar y para disponer de sus bienes. Esta prohibición no tendría ningún sentido si para el CC la donación fuese un negocio obligacional, puesto que la capacidad efectiva de transmitir el dominio solo tendría relevancia en el momento de entregar la cosa donada, pero no en el momento de perfeccionarse la donación. Precisamente por esta razón son válidas las compraventas y las permutas de cosas ajenas: a los vendedores y permutantes solo se les exige poder para obligarse, no para disponer, porque la habilidad para transmitir el dominio solo será trascendente cuando se complete el *iter* transmisivo, uniendo el título con el modo. La necesidad de que el donante tenga capacidad para disponer en el preciso instante en que se perfecciona la donación solo es razonable si la donación es un negocio de disposición inmediatamente transmisivo, y no de obligación.

En contra de esta interpretación, ALBALADEJO GARCÍA señaló que cuando el art. 624 CC se refiere a la capacidad de disponer, estaría aludiendo a la capacidad de disposición no de los concretos bienes que se donan, sino de todos los bienes del donante[265]. En un sentido similar, LETE DEL RÍO afirmó que "es natural la disposición contenida en este precepto porque la donación implica enajenación, es acto de disposición de bienes y derechos, que sólo puede ser permitido a los que, siendo titulares de tales derechos, tengan plena capacidad de obrar; además, como la donación es disposición a título gratuito, se comprende que las personas no autorizadas para enajenar no lo están para donar"[266].

Ciertamente, en ocasiones el CC impide disponer de bienes a título gratuito, pero no a título oneroso[267]. Sin embargo, la objeción que plantean estos autores a la interpretación del

capacidad que exigen los arts. 624 CC y 1457 CC. Además, tal conclusión resulta contradictoria con su tesis, según la cual a la vista del CC la donación transmite la propiedad sin necesidad de entregar las cosas donadas.

[265] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 101-102.

[266] LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, *cit*., p. 61.

[267] Según el art. 196.II CC, los herederos no podrán disponer a título gratuito hasta cinco años después de la declaración del fallecimiento del ausente. Según el art. 226.3.º CC, se prohíbe al tutor "adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título". Y a tenor de lo dispuesto en el art. 287.3.º CC, el curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial, en todo caso, para "disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con

art. 624 CC que hemos defendido parece endeble. Parten de la base de que cuando el CC alude a la disposición del donante se refiere a la enajenación, en sentido general, y no a la concreta capacidad para poder transmitir válidamente la propiedad de la cosa donada. Sin embargo, esta línea de pensamiento conllevaría la inutilidad de la alusión a la disposición en los arts. 618 y 624 CC: si la donación fuese un negocio de enajenación, no haría falta destacarlo de forma innecesaria, mencionando que el donante dispone y que el donante debe tener capacidad para disponer. Además, este sector doctrinal no justificó debidamente por qué el CC no exige en ningún momento la disposición o la capacidad para disponer cuando regula la compraventa o la permuta. Si el CC regula una determinada institución de un modo singular, cabe deducir que dicha singularidad debe tener algún significado, y que no debe reputarse como una simple casualidad.

3.6 Las limitaciones objetivas de la donación

Otro de los argumentos frecuentemente esgrimidos en apoyo del carácter dispositivo de la donación es la prohibición de donar ciertos tipos de bienes.

El art. 634 CC afirma que "la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos". Por su parte, el art. 635 CC dice que "la donación no podrá comprender los bienes futuros", añadiendo que "por bienes futuros se entenderán aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación".

Realmente, el CC emplea incorrectamente la expresión "bienes futuros", pues estos son en rigor aquellos que todavía no existen. Lo que realmente pretende señalar el art. 635 CC es que la donación no puede comprender aquellos bienes sobre los que el donante no tiene poder de disposición en el momento de perfeccionamiento de la donación. Por esta razón, es habitual que la doctrina incluya dentro del ámbito de prohibición del art. 635 CC todos los bienes que no son propiedad del donante, como sería el caso de los bienes ajenos, o aquellos bienes que, aun siendo propiedad del donante, están sujetos a una prohibición de disponer[268]. A pesar de su antigüedad, nos parece sumamente ilustrativa la enumeración ejemplificante que expusieron APALATEGUI OCEJO Y OYUELOS PÉREZ:

medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar".

[268] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, pp. 246-247; COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit.*, p. 2840.

> "Reputamos bienes futuros á los efectos de su imposible transmisión por título gratuito: a) Los bienes no producidos al tiempo de efectuarse la donación y cuya producción dependa de la actividad individual del donador. Así, v. gr., los sueldos futuros del donante, los honorarios por devengar, las obras de arte por ejecutar, los libros por escribir, etc. b) Los bienes producidos, pero respecto de los cuales no ostente el donante al tiempo de donar el derecho de libre disposición; como, v. gr., los bienes de ajena pertenencia, los no adjudicados por título legítimo, los bienes litigiosos"[269].

Se ha destacado que la imposibilidad de donar bienes futuros es congruente con la donación como negocio de disposición, que transmite de presente la propiedad; de ahí que resulte inadmisible la donación de cosas sobre las que no existe disponibilidad actual[270]. El donante tiene que ser propietario de los bienes donados para poder disponer de ellos; por ello, los bienes tienen que ser presentes, y no pueden donarse los bienes futuros[271]. Como dijo MANRESA Y NAVARRO, "habrá bienes que podrán pertenecer al donante más tarde; mas esos no pueden donarlos, porque no son actualmente suyos, porque no puede disponer de ellos en el momento de donar"[272].

También se ha argumentado, en apoyo de este planteamiento, el evidente contraste entre el art. 635 CC y el art. 1271 CC. En la donación no cabe donar bienes futuros, mientras que "pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras". La regla especial del art. 635 CC, que constituye una evidente excepción al art. 1271 CC, vendría impuesta por el carácter traslativo de la donación en el CC[273]. Como dijo RODRÍGUEZ ADRADOS, la prohibición de donación de bienes futuros que sanciona el art. 635 CC obedece a "la naturaleza de negocio de disposición que el Código civil atribuye a la donación; negocio que no crea obligaciones, sino que transmite directamente los bienes del donante al donatario, y así como cabe perfectamente obligarse a

[269] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit*., p. 620.
[270] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., p. 457; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., p. 281.
[271] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., pp. 181-182.
[272] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., p. 117.
[273] COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit*., p. 2840.

disponer de cosas futuras (artículo 1.271), no es posible, por la naturaleza misma de las cosas, disponer «in acto», de presente, de cosas futuras"[274].

Sin embargo, este punto de vista ha sido objetado por parte de la doctrina. OSSORIO SERRANO ha negado virtualidad a la diferencia existente entre los arts. 635 y 1271 CC argumentado lo siguiente:

> "Llama la atención el hecho de que el art. 634 del Código haga referencia, como objeto de la donación, tan sólo a los bienes presentes del donante, excluyendo después el art. 635 expresamente a los bienes futuros, entendiendo por tal[es] "aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación", cuando lo cierto es que el art. 1.271 permite que sean objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. Por ello, tal cosa es preciso comprenderla en esos justos términos tan sólo en los casos en que la transferencia del bien donado coincide temporalmente con la donación (p. ej., en la donación verbal de mueble con entrega simultánea), pues mal puede el donante entregar ya alguna cosa que todavía no existe o de la que aún no puede disponer. Pero entendido el de donación como un contrato en cuya virtud puede quedar obligado el donante, tras la aceptación del donatario, a transmitir a éste el bien de que se trate, no existe razón alguna que impida a las partes acordar ahora la donación de alguna cosa de la que todavía no puede disponer el donante, para cuando pueda disponer de ella, como si por ejemplo, se dona hoy al hijo el último modelo de una determinada marca de automóviles que, si bien conocido ya por la propaganda del concesionario, no estará a la venta hasta transcurrido un tiempo, o uno de los pisos del inmueble que se proyecta construir en un solar edificable"[275].

Este planteamiento no parece admisible. Para empezar, si "llama la atención" que el art. 635 CC establezca un régimen jurídico distinto al del art. 1271 CC, lo lógico sería colegir que debe existir una razón que justifique la excepción a la regla general, y no limitarse a desdeñarla. Además, la crítica es apriorística: se parte de la base de que la donación es un contrato obligacional, por lo que la prohibición del art. 635 CC no tendría sentido. Sin embargo, con esta interpretación, en la práctica se dejaría sin efecto la prohibición de donar bienes futuros, lo que no encajaría con una interpretación del precepto "en sus justos términos". A fin de cuentas, en este planteamiento subyace la tesis de que la donación

[274] RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968, pp. 441-442.
[275] OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL: "El contrato de donación", *cit*., p. 286.

regulada en el CC tiene carácter obligacional, lo cual plantea evidentes problemas de encaje con la prohibición de bienes futuros. Por ello, parece mucho más razonable concluir que la prohibición de donar bienes futuros que contiene el CC es congruente con una donación dispositiva[276].

A nuestro entender, es plenamente acertado interpretar el art. 635 CC como muestra de que el CC concibe a la donación como un negocio dispositivo, teniendo en cuenta que dicha norma se coordina a la perfección con la capacidad de disposición que el art. 624 CC exige al donante[277]. Los bienes futuros se definen como aquellos respecto de los cuales el donante no puede disponer "al tiempo de la donación". Es en el momento de perfeccionarse la donación, y no en un momento posterior, cuando el donante debe tener capacidad para disponer de las cosas donadas. La exigencia no tendría ningún sentido si la donación tuviese naturaleza obligacional; pero es perfectamente coherente en un negocio de disposición, que transmite en el acto el dominio sobre los bienes donados.

A pesar de que se ha aseverado que la dicción del art. 635 CC es "perfectamente clara, suficientemente expresiva y gramaticalmente correcta"[278], parte de la doctrina ha propuesto una interpretación alternativa a la prohibición de bienes futuros. Se ha manifestado que la finalidad del art. 635 CC sería evitar pactos sucesorios que comporten *de facto* la donación de la herencia futura. En palabras de LACRUZ BERDEJO, "la prohibición pretende cerrar el paso a los pactos sucesorios y, adicionalmente, a la enajenación de un activo patrimonial que todavía no se ha adquirido: como dice García Goyena, «los bienes que el donador tendrá en tal época o dejará al morir»"[279]. Para ALBALADEJO GARCÍA, el art. 635 CC "no prohíbe donar bienes futuros singularmente considerados, pero sí todos los futuros además de los presentes, es decir, donar todo el patrimonio presente y todo el futuro, porque eso es dejar ya al donatario la herencia futura" [280]. Idéntica opinión fue sostenida por ROCA I TRIAS, para quien

[276] Y ello, sin perjuicio de que en una eventual donación obligacional pueda tener por objeto los bienes futuros, e incluso los ajenos. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 3.3.3.
[277] La vinculación entre los arts. 624 y 635 CC es palpable en la STS de 2 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:1635, RJ 2001\3971; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz), que afirmó que cuando una misma persona dona una cosa que ya había donado previamente se "atenta al artículo 624 del Código Civil que exige que el donante tenga la disposición de sus bienes", motivo por el cual para que la segunda donación fuese válida, antes el primer donatario debería retransmitir la propiedad al donante.
[278] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 247.
[279] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 135.
[280] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 325.

el art. 635 CC constituiría una disposición que cerraría los pactos sucesorios contenida en el art. 1271.II CC[281].

Esta interpretación tiene un punto débil: no se compagina debidamente con los restantes preceptos del CC relativos a la donación, además de que fuerza el significado del art. 635 CC, atribuyéndole un sentido que no se desprende en absoluto del contenido de la norma positiva. Como apunta MARÍN CASTÁN, la prueba de la incorrección de este punto de vista es que "la donación genérica de todos los bienes futuros además de los presentes ya viene prohibida en realidad desde antes, porque tampoco es posible la donación de todos los bienes presentes genéricamente"[282]. A este respecto, no hay que olvidar que el art. 633 CC exige que en la escritura de donación se expresen individualmente los bienes donados, y que la jurisprudencia ha extendido ese deber de concreción a la donación de bienes muebles, a pesar de que el art. 632 CC guarde silencio al respecto[283].

Además, una interpretación del art. 635 CC a la luz de sus antecedentes legislativos evidencia que lo que pretende es subrayar la naturaleza dispositiva de la donación, como negocio que transmite los bienes donados en el mismo momento de su celebración. Así lo resaltaron muy acertadamente DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS:

> "El Código civil toma esta prohibición, a través del Proyecto de 1851, del artículo 943 del Código francés, que, a su vez, recoge lo que disponía la Ordenanza de 1731 sobre donaciones de carácter restrictivo. Exigía que la donación fuese actual e irrevocable, y la donación de bienes futuros ni era actual ni era irrevocable, pues el donante podía dejarla sin efecto mediante una simple *omissio adquirendi*"[284].

---

[281] ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación", en *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN; VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, y VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO, coordinadores), Tirant lo Blanch, València, 2001, p. 415.

[282] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., p. 238.

[283] Según la STS de 23 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6648, RJ 1995\9396; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), "es de entender aplicable a esta clase de donación [de bienes muebles] el párrafo 1º del art. 633, en cuanto exige la descripción de los bienes donados, como elemento determinador de aquello que se dona, pues en otro caso no valdría la donación por indeterminación del objeto, y esto aunque no existiera el citado párrafo del art. 633".

[284] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 339.

En suma, entendemos que la prohibición de donar bienes futuros constituye un sólido argumento favorable al carácter dispositivo de la donación con arreglo al régimen jurídico contenido en el CC.

3.7 La ausencia de obligaciones a cargo del donante

Otro argumento que se ha esgrimido a favor de la naturaleza dispositiva de la donación en el CC es que a lo largo de su articulado no existe ninguna mención a que el donante asuma ninguna clase de obligación, así como que no existe ninguna alusión a la entrega de la cosa donada al donatario. CALVO SORIANO señaló al respecto que en la regulación de la donación en el CC "no se percibe nunca en su articulado alusión alguna a la idea de obligación, como situación intermedia entre la voluntad y la transmisión"[285].

ALONSO PÉREZ puso acertadamente de relieve que en el CC todo el lenguaje de los contratos hace referencia al nacimiento de obligaciones. Y en efecto, el art. 1254 CC dice que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse"; el art. 1258 CC dispone que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan"; el art. 1261 CC señala, en su apartado 3.º, que uno de los elementos esenciales del contrato es la "causa de la obligación que se establezca"; el art. 1279 CC se refiere a la eventual forma especial "para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato"; el art. 1445 CC define a la compraventa diciendo que "uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar un precio cierto"; el art. 1538 CC dice que "la permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra"; el art. 1543 CC señala que en el arrendamiento de cosas "una de las partes se obliga a dar a la otra el goce o uso de una cosa; el art. 1544 CC dice que en el arrendamiento de obras o servicios "una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio"; según el art. 1665 CC, "la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con el ánimo de partir entre sí las ganancias"; y el art. 1709 CC señala que en virtud del contrato de mandato "se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra". Sin embargo, cualquier referencia relativa a la asunción de obligación está completamente ausente en la regulación de la donación[286].

[285] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 456.
[286] ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo I* (BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA,

También es sugestivo el planteamiento de PUIG BRUTAU, quien también manifestó que según la norma positiva el donante no asume obligaciones, y además enfatizó la apreciable diferencia existente entre los arts. 609 y 1089 CC:

> "Si comparamos el art. 609 con el 1.089, relativo a las fuentes de las obligaciones, se percibirá la siguiente diferencia: uno y otro hablan de contratos, pero en el primero para afirmar que sirven para transmitir la propiedad "mediante la tradición", y en el segundo para señalar que la perfección del contrato da lugar al nacimiento de obligaciones. El art. 1.089 se refiere a los efectos de la perfección del contrato y el 609 a los efectos de su consumación. Del contrario, pues, nacen obligaciones y la tradición o entrega de una cosa significa, en definitiva, que se cumple la obligación nacida del contrato. Estos dos tiempos o fases tan claramente señalados en nuestro Código tratándose de contratos, esto es, su perfección y su consumación, no se manifiestan al regular las donaciones. Por el contrario, la separación que el art. 609 establece entre donación y contrato permite caracterizar a la primera como un acto de disposición, en coincidencia con el art. 618"[287].

En contra de este planteamiento, podrían plantearse dos objeciones.

La primera se fundamentaría en el art. 629 CC, que dice que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación"; de donde se desprendería, en sentido contrario, que la donación sí que obliga.

No parece una objeción fundada. Anteriormente justificamos que la expresión "obliga" que contiene el art. 629 CC es fruto de una traducción poco acertada: los redactores del CC copiaron un precepto del Código Civil italiano de 1865, el cual a su vez copió otro precepto del Código Civil francés de 1804, cuyas literalidades no hacían referencia a ninguna clase de obligación, sino a la idea de vinculación[288]. En todo caso, la alusión a la obligación en el sentido de vinculación no es ajena al CC español. Baste recordar que el art. 1278 CC dice que "los contratos serán obligatorios", denotando la idea de vinculación; o lo que es lo mismo, la imposibilidad de desvincularse unilateralmente de ellos.

La segunda objeción estaría fundada en el derecho comparado. Si se asume que la tesis según la cual la donación es un negocio dispositivo viene respaldada por que el CC no dice

---

CLEMENTE MEORO, MARIO ENRIQUE, ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, PRATS ALBENTOSA, LORENZO, y VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO, coordinadores), Tirant lo Blanch, València, 2011, p. 94.

[287] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 64.

[288] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.5.

en ningún momento que el donante asuma ninguna obligación, sería razonable esperar que en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la propiedad y los demás derechos reales se transmiten consensualmente, de manera concomitante con la perfección del contrato, sin necesidad de entrega o tradición, la ley no impusiese la obligación de entregar las cosas que se transmiten. Sin embargo, ello no es así, y buena prueba de ello son el Derecho francés y el Derecho italiano[289].

En el Código Civil francés de 1804, el art. 711 dice que "la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos o testamentaria, y por efecto de las obligaciones"[290]. Por su parte, el art. 1136, en su versión original, decía que "la obligación de dar comporta la de entregar la cosa y la de conservarla hasta entrega, so pena de daños e intereses a favor del acreedor"[291]. Además, el art. 1603 dice que el vendedor "tiene dos obligaciones principales, la de entregar y la de garantizar la cosa que vende"[292]. Idénticas previsiones contenía el Código Civil italiano de 1865[293].

Por su parte, el art. 1376 del vigente Código Civil italiano de 1942 dice que "en los contratos que tienen por objeto la transferencia del dominio de una cosa determinada, el establecimiento o transmisión de un derecho real o la transmisión de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmite y adquiere como resultado del consentimiento de las

[289] MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA: "Los principales sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo", en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo* (ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, y DE LA FUENTE ALFARO, FERNANDO, codirectores; MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA, coordinadora), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 75-83.

[290] "La propriété des biens d'acquiert et se transmet par succession, par donation entre-vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations".

[291] "L'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et la de conserver jusqu'à la livraison, à peine de dommages et intérêts envers le créancier".

[292] "Il a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend".

[293] El art. 1125 decía que "en los contratos que tienen por objeto la traslación de la propiedad o de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, y la cosa queda a riesgo y peligro del adquirente, aunque no se haya realizado la tradición" ("nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguìta la tradizione"). El art. 1462 establecía que "el vendedor tiene dos obligaciones principales, la de entregar y la de garantizar la cosa que vende" ("il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e di garantire la cosa che vende"), especificando el art. 1463 que "la tradición es la entrega de la cosa vendida en poder y posesión del comprador" ("la tradizione è la consegna della cosa venduta in potere e possesso del compratore").

partes legítimamente manifestado"[294]. No obstante, el apartado 1) del art. 1476 dice que una de las dos obligaciones principales del comprador es "entregar la cosa al comprador"[295].

¿Suponen estas previsiones normativas una quiebra del principio consensual de transmisión de la propiedad? La respuesta es clara: evidentemente no. En los Derechos francés e italiano, la obligación de entrega de la cosa no cumple ninguna función en la transmisión de la propiedad. Existe la obligación de entregar, pero con dos finalidades muy distintas: de un lado, asegurar que el adquirente, que ya es dueño de la cosa desde la perfección del contrato, adquiera la posesión que hasta ese momento el transmitente ha ostentado indebidamente; y de otro, responsabilizar al transmitente de los riesgos de pérdida y deterioro hasta que la cosa sea entregada al adquirente[296]. En consecuencia, que el *Code* y el *Codice Civile* contemplen expresamente la obligación de entregar la cosa enajenada de ninguna manera debilita la tesis que preconiza que la ausencia de obligaciones a cargo del donante apoya decididamente que la donación es en el CC español un negocio dispositivo, que opera la transmisión del dominio sin necesidad de que se produzca la entrega de la cosa donada.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos autores españoles, a pesar de entender que la donación tiene un carácter dispositivo o inmediatamente traslativo, han defendido que el donante sí que tiene la obligación de entregar la cosa donada.

Fue el caso de LALAGUNA DOMÍNGUEZ, quien afirmó:

> "No veo la razón de una incompatibilidad entre la función traslativa de la donación y la existencia de unos efectos obligacionales, derivados del mismo acto. Cierto que la adquisición, como efecto real, no depende de un proceder activo del donante ulterior al acto de donación, pero ello no excluye, como veremos, que el propio acto genere obligaciones para el donante"[297]. (…) "La entrega por el donante de la cosa donada no tiene -salvo en la hipótesis de donación obligacional, si se admite- significación traditoria. Como hecho subsiguiente a la donación y complementario

[294] "Nei contratti che hanno per oggetto in trnsferimento della propietà di una cosa determinata, la costituzione o il transferimento di un diritto reale overo il transferimento di altro diritto, la propietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato".
[295] "Consegnare la cosa al compratore".
[296] MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA: "Los principales sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo", *cit*., pp. 76-77.
[297] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., pp. 277-278.

> de su eficacia traslativa no puede ser otra cosa que cumplimiento de una obligación, pago de la cosa debida"[298].

A nuestro entender, este planteamiento incurre en una manifiesta incongruencia. Si la donación, una vez perfeccionada, produce por sí misma la transmisión del derecho real, no es posible sostener que la entrega constituya una obligación del donante, ni que surta efectos propios de un pago. Tal argumento supone, ni más ni menos, admitir implícitamente que el CC asume un concepto obligacional de donación.

A mayor abundamiento, en una donación dispositiva la entrega a cargo del donante jamás puede servir para consumar la transmisión del dominio. Si el donante continuase poseyendo la cosa donada tras la perfección de la donación, estaría detentando una cosa ajena. Tal situación sería incompatible con la adquisición de la propiedad por parte del donatario, que ya se habrá producido. En consecuencia, la entrega no constituiría una obligación derivada de la donación, sino la simple necesidad de acomodar la situación posesoria con la titularidad dominical transmitida por efecto de la perfección de la donación.

Resulta muy ilustrativa la reflexión de ALONSO PÉREZ, quien dijo que la donación, "como acto de disposición, una vez perfeccionada, transmite el dominio o el derecho real, aunque no haya tenido lugar la entrega, que en tal caso desempeña el papel de *datio possessionis* y completa todo el *iter* transmisivo. La transmisión posesoria es consecuencia de la vinculación del donante a convertir al donatario en propietario con *ius possessionis*"[299]. Se trata de un planteamiento que ya había enunciado con anterioridad VALLET DE GOYTISOLO, destacando que también es aplicable cuando la donación tenga por objeto créditos y derechos incorporales:

> "Cierto 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 ese 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 él donante ha dejado de serlo y se ha convertido en un simple precarista (salvo reserva expresa durante un plazo determinado de la posesión del mismo en concepto distinto).

[298] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 292.
[299] ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", *cit.*, p. 95.

> También los créditos y los demás derechos incorporales pueden ser objeto de donación, como pueden serlo de compraventa. Fruto todo ello de la objetivización del concepto de crédito, que hoy es tanto más un «valor patrimonial» que un «iuris vinculum». Pero la donación de tales bienes, aunque no sea manual, no deja de ser un acto de disposición. El deber posterior de entregar los títulos o de formalizar la transferencia de los mismos, según su respectiva naturaleza, es también aquí consecuencia directa de la transmisión de titularidad ya operada por la donación formalizada por escrito, y sólo indirectamente dimana de dicha donación"[300].

El planteamiento de LALAGUNA DOMÍNGUEZ fue asumido por MONTERO LEÓN, quien fue más allá, llegando a vincular la obligación de entrega del donante con las eventuales acciones de las que dispondría el donatario sobre la cosa donada:

> "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 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"[301].

A nuestro entender, este autor también incurre en una premisa equivocada. Ya nos hemos pronunciado anteriormente señalando que en ningún caso cabe hablar de obligación de entrega del donante; todo lo más, existirá un deber de adecuar la situación posesoria a la titularidad dominical transmitida. Con todo, nos parece insostenible afirmar que, tras la perfección de la donación, el donatario podrá, alternativamente, reivindicar la cosa donada o exigir su entrega en ejercicio de una acción de cumplimiento. El confusionismo no puede ser mayor: o se sostiene que en el CC la donación tiene una eficacia dispositiva, o se sostiene

[300] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 5, 1950, p. 748.
[301] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit*., pp. 2120-2121.

que tiene una eficacia obligacional; no caben medias tintas. Si la donación es dispositiva, el donante se habrá convertido en propietario desde el mismo momento de la perfección negocial, y podrá reivindicar la cosa donada, si es que el donante continúa poseyéndola o se niega a entregársela. En cambio, si la donación fuese obligacional, tras la perfección negocial el donatario estaría en condiciones de exigir al donante que le entregue la cosa donada, porque dicha obligación cumpliría una función muy diferente: la transmisión de la propiedad. Las dos posibilidades son radicalmente incompatibles entre sí, y se excluyen mutuamente[302].

Por las razones expuestas, entendemos que la circunstancia de que el CC no imponga ninguna obligación al donante constituye un contundente argumento favorable al carácter dispositivo de la donación.

3.8 Interpretación lógica e integradora de la regulación de la donación

Si se interpreta de manera conjunta e integradora la regulación normativa contenida en el Título II del Libro III del CC, parece evidente que la donación no encaja con un negocio de carácter obligacional. La lógica conduce a afirmar que toda la regulación de la donación es concorde con un negocio de naturaleza dispositiva, por las siguientes razones:

- En la regulación normativa de la donación no se impone al donante ninguna obligación.
- Al perfeccionarse la donación, el donante dispone, pero no se obliga.
- Para poder donar, hay que tener capacidad para contratar y para disponer.
- El donante no puede donar bienes sobre los que no tenga capacidad de disposición en el momento de perfeccionarse la donación.

[302] Incluso desde el punto de vista procesal, las dos acciones (reivindicatoria, de un lado, y de entrega de la cosa donada en cumplimiento de la obligación de entrega, de otro) no podrían formularse de manera acumulada. El art. 71.2 LEC dice que el actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, "siempre que no sean incompatibles entre sí". A mayor abundamiento, el art. 71.3 LEC dispone que "será incompatible el ejercicio simultáneo de dos o más acciones en un mismo juicio y no podrán, por tanto, acumularse cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras". Sería el caso que nos ocupa: si se estima la acción reivindicatoria, será porque la cosa ya es propiedad del demandante, y, en consecuencia, la acción de cumplimiento forzoso, cuya finalidad sería que se entregase al demandante la cosa donada para que pudiese convertirse en propietario, estaría abocada al fracaso. Lo mismo sucedería en caso de estimación de la acción de entrega forzosa de la cosa donada: sería imposible poder estimar la acción reivindicatoria, dado que el principal requisito de dicha acción es que quien reivindica sea propietario (art. 348.II CC).
Cosa distinta es que la demanda esté redactada incorrectamente, y que el Juez la estime atendiendo la auténtica *causa petendi*, dejando de lado la imprecisión terminológica (más bien impericia técnica) empleada en el escrito de demanda, en un afán de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. Pero en el plano sustantivo, no tiene ninguna justificación defender esa pretendida duplicidad de acciones, de naturaleza personal y real.

- El art. 609 CC separa claramente la donación de aquellos contratos que transmiten la propiedad y los demás derechos reales mediante la tradición.
- La donación está regulada en el Libro III del CC, dentro de los modos de adquirir, y no en el Libro IV, relativo a las obligaciones y los contratos.
- Es patente que la regulación de la donación es muy diferente a la regulación del contrato de compraventa, que transmite la propiedad con arreglo a la teoría del título y el modo.

Así las cosas, nos parece evidente que la valoración conjunta de todos los argumentos expuestos, desde un punto de vista lógico, debe llevar a concluir que la transmisión de los bienes es necesariamente simultánea a la perfección del negocio de donación[303].

3.9 La utilidad del recurso al Derecho comparado

Como argumento de cierre, resulta útil acudir a la metodología comparada para determinar la eficacia transmisiva de la donación en el CC. Como es natural, esta técnica obliga a establecer un paralelismo entre la regulación de la donación en el CC y la regulación de otros Códigos Civiles vigentes cuando se aprobó el CC español en 1889.

En un apartado anterior, ya tuvimos ocasión de trazar una correspondencia entre el CC español de 1889, el anteproyecto de 1882-1888, el proyecto de 1851, el Código Civil italiano de 1865 y el Código Civil francés de 1804[304]. La fuente primordial de la regulación de la donación en el CC español es el *Code des Français* de 1804, indirectamente, a través del proyecto español de CC de 1851, del *Codice Civile* de 1865 y del *Código Civil portuguez* de 1867.

En todos estos textos legales, la donación estaba regulada de manera idéntica, y su régimen jurídico poseía todas las características que hemos tenido ocasión de valorar hasta el momento como argumentos sólidos a favor de la caracterización de la donación como negocio dispositivo:

- Salvo en el Código portugués, cuya sistemática fue muy peculiar[305], la donación fue calificada como un modo de adquirir autónomo, separado de los contratos[306].

[303] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1225.
[304] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.a).
[305] En el Código Civil portugués de 1867, la donación era definida como un contrato, lo que no constituía obstáculo para que transmitiese la propiedad de las cosas donadas sin necesidad de entrega o tradición. *Vide supra*, nota 195.
[306] Art. 711 del Código Civil francés; art. 710 del Código Civil italiano; art. 609 CC.

- La donación fue definida como acto de disposición[307].
- Se exigía que el donante tuviese capacidad de disposición para poder donar[308].
- Se prohibía la donación de bienes futuros[309].

Así las cosas, la comparación entre la regulación de la donación en el CC y los Códigos Civiles vigentes en Francia, Italia y Portugal al tiempo de su aprobación apunta decididamente a que en el CC español de 1889 la donación es un negocio dispositivo o inmediatamente traslativo[310].

Con independencia de lo expuesto, la invocación del Derecho comparado también es útil desde otra perspectiva. La definición de donación en el Código Civil francés de 1804 ha permanecido inalterada hasta la actualidad. Sin embargo, el *Codice Civile* de 1865 fue derogado y sustituido por el actualmente vigente Código Civil italiano de 1942, que ha modificado la definición legal de donación, reconociendo expresamente a la donación obligacional junto a la donación traslativa[311]. Lo mismo sucedió en Portugal, donde el *Código Civil* de 1867 fue derogado y sustituido por el actualmente vigente Código de 1966, que también modificó la definición de la donación, admitiendo expresamente la donación obligacional[312]. Que los Derechos italiano y portugués hayan reformulado el concepto de donación, admitiendo expresamente la donación obligacional, constituye una clara evidencia de que en el Código Civil italiano de 1865 y en el Código Civil portugués de 1867 no se concebía a la donación como un negocio obligacional, sino como un negocio dispositivo. De lo contrario, la ampliación normativa del concepto de donación hubiese resultado innecesaria.

---

[307] Art. 894 del Código Civil francés; art. 1050 del Código Civil italiano; art. 618 CC.
[308] Art. 902 del Código Civil francés; art. 1052 del Código Civil italiano; art. 1476 del Código Civil portugués; art. 624 CC.
[309] Art. 943 del Código Civil francés; art. 1064 del Código Civil italiano; art. 1453 del Código Civil portugués; art. 635 CC.
[310] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., pp. 454-455.
[311] Según el art. 769 del Código Civil italiano de 1942, "la donación es un contrato por el cual, con espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo de un derecho propio a favor de esta o asumiendo una obligación en favor de esta última" ("la donazione è il contratto col quale, per spiro di liberalità, una parte arrischisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione").
[312] Según el art. 940 del Código Civil portugués de 1966, "donación es el contrato por el cual una persona, por espíritu de liberalidad y a costa de su patrimonio, dispone gratuitamente de una cosa o de un derecho, o asume una obligación, en beneficio del otro contratante" ("doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa de seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente").

4. Toma de postura: el CC concibe a la donación como un negocio dispositivo

En los dos apartados precedentes, hemos enumerado todos los argumentos esgrimidos por la doctrina española desde la aprobación del CC favorables a considerar la donación como un contrato obligacional y como un negocio dispositivo. Además, los hemos analizado críticamente, con la finalidad de intentar determinar su mayor o menor solidez.

A nuestro entender, el resultado del análisis es claro y contundente: los argumentos que sostienen que la donación es un negocio obligacional son mucho más endebles y cuestionables que los que preconizan que según el CC la donación es un negocio dispositivo o inmediatamente traslativo.

Ciertamente, hemos dejado constancia de que no todos los argumentos enunciados a favor de la donación como negocio dispositivo resultan concluyentes o plenamente convincentes. Sin embargo, algunos son difícilmente rebatibles, a la vista de su evidente contundencia. Además, los argumentos favorables a la consideración de la donación como negocio dispositivo poseen un valor acumulado incontestable, dado que se interrelacionan y se complementan.

Así las cosas, estimamos que según el CC la donación es un negocio dispositivo o traslativo, que transmite un derecho real sobre la cosa donada en el momento de la perfección negocial, sin necesidad de entrega o tradición. Coincidimos en este punto con ALBIEZ DOHRMANN, para quien "la estructura de la donación obligacional poco tiene que ver con la estructura de la donación según los arts. 618 y ss."[313]. A nuestro juicio, la interpretación de la regulación de la donación utilizando todos los criterios hermenéuticos contenidos en el art. 3.1 CC no permite alcanzar otra conclusión.

Como lógica consecuencia de la conclusión alcanzada, el donatario se convierte en propietario de la cosa donada desde el momento de la perfección de la donación. Si la donación no viniese acompañada de la entrega posesoria, el donatario podrá ejercitar frente al donante la acción reivindicatoria con la finalidad de obtener la posesión de la cosa donada, que ya es suya. Correlativamente, el donatario no podrá ejercitar ninguna acción personal tendente a que el donante cumpla ninguna obligación de entrega, sino una acción real, cuya

[313] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4717.

finalidad será acomodar la situación posesoria a la nueva situación dominical existente desde la perfección de la donación.

5. La incorrecta alusión a la forma de la donación como supuesto respaldo a su carácter dispositivo

Una vez determinado el carácter dispositivo de la donación en el CC, resulta procedente indagar cuál es la razón por la que transmite automáticamente la titularidad de los bienes donados, sin necesidad de entrega o tradición.

Una importante corriente doctrinal ha afirmado que la forma *ad solemnitatem* de la donación, exigida por el art. 632 CC para la donación de bienes muebles, y por el art. 633 CC para la donación de bienes inmuebles, equivaldría a la tradición. Así pues, la ineludible concomitancia del título y el modo en toda donación, como consecuencia de los requisitos formales, sería la razón por la cual la donación transmitiría la propiedad sin necesidad de entrega o tradición.

No puede negarse que esta tesis ha sido defendida por insignes civilistas. Salvo error por nuestra parte, fue MANRESA Y NAVARRO el primer autor que dejó constancia de este planteamiento, cuando señaló que los arts. 632 y 633 CC tratarían "la forma de la donación, y suplen respecto á este modo de adquirir el requisito de la tradición"[314]. En el mismo sentido se pronunció VALLET DE GOYTISOLO, quien aseveró que "las formas exigidas para la donación en los artículos 632 y 633 son de las que tiene valor de tradición, conforme a los artículos 1.462 y 1.463"[315].

Para LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "título y modo se funden en el molde formal de un contrato de naturaleza obligatoria para realizar el fenómeno transmisivo sin necesidad de un proceder estrictamente traditorio. Esta simplificación, que en los contratos consensuales es sólo una posibilidad, se presenta como un postulado en los contratos traslativos de naturaleza formal"[316]. GETE-ALONSO Y CALERA afirmó que "en los arts. 632 y 633 hay verdadera exigencia de FORMA pero solamente a nivel de *producción del efecto adquisitivo: la*

[314] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit.*, p. 100.
[315] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit.*, p. 775.
[316] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 286.

transmisión de la propiedad. Donación = negocio de disposición"[317]. Y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS dijo que la propiedad se adquiere por medio de la donación, "negocio que en sí contiene formas no inferiores a las que la tradición proporciona, el donatario adquiere inmediatamente (sin necesidad de tradición) el bien que se dona"[318].

Este planteamiento ha sido asumido por la jurisprudencia. La STS de 22 de diciembre de 1986[319], que se pronunció expresamente acerca de la eficacia transmisiva de la donación según el CC, utilizó el siguiente razonamiento:

> "A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095 consistente en la entrega, «datio rei», «datio possesionis», signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de recognoscibilidad del dominio en favor del cesionario, indispensable ya que el artículo repetidamente citado es reflejo de la primera parte de la base 20 de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888. En el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el 1.462 y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida «ad solemnitatem» para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609 de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio de «tradens»".

[317] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979, p. 628.
[318] PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Tomo I. Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, *cit*., p. 80.
[319] STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).

Dicha doctrina fue literalmente transcrita en la STS de 25 de septiembre de 1993[320], para subrayar la inaplicación del art. 1473 CC a la hora de resolver el conflicto adquisitivo entre una donación y una compraventa.

Más recientemente, la STS de 5 de noviembre de 2019[321], tras destacar que según jurisprudencia la donación es un negocio dispositivo del dominio, afirmó que "procede la estimación de la acción reivindicatoria (art. 348 del C. Civil), al contar el demandante con el dominio de la finca, que le fue transmitido en virtud de la escritura pública de donación, constitutiva de la entrega".

Sin embargo, esta tesis no nos parece en absoluto convincente, pues resulta muy cuestionable, dado que plantea importantes interrogantes a los que no es posible contestar de manera coherente. Si la donación transmitiese la propiedad por la necesaria concurrencia de una forma traslativa, habría que poder determinar que todos los requisitos formales contenidos en los arts. 632 y 633 CC tendrían perfecta correspondencia con las formas de entrega, materiales o ficticias, reguladas en los arts. 1462 a 1464 CC[322]. Sin embargo, tal análisis no arroja un resultado positivo.

Haciendo uso de la remisión que efectúa el art. 621 CC al Libro IV del CC, en el caso de la donación manual de bienes muebles, ciertamente la entrega que exige el art. 632.I CC equivaldría a la entrega material que contempla el art. 1462.I CC, al ponerse en poder y posesión del donatario la cosa donada; y en la donación de bienes inmuebles, cabría defender que la escritura pública de donación equivaldría a la *traditio ficta* regulada en el art. 1462.II CC.

Sin embargo, en la donación de bienes muebles con entrega diferida, el art. 632.II CC exige que la donación se plasme en documento privado. Y aquí es donde radica el problema, pues a la vista de los arts. 1462 a 1464 CC, el otorgamiento del escrito privado en ningún caso supone la entrega posesoria. Como dijo FERRANDIS VILELLA, el art. 1462 CC sí que admite la tradición instrumental, pero refiriéndola solamente al supuesto de que el

[320] STS de 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda).
[321] STS de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3523, RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas).
[322] A pesar de estar reguladas en sede del contrato de compraventa, la totalidad de la doctrina entiende que resultan aplicables a todos los contratos que exigen entrega: no solo la permuta, por remisión expresa del art. 1541 CC, sino también a los arrendamientos de cosas. Y serían igualmente aplicables a un contrato consensual de préstamo.

instrumento sea una escritura pública, ya que no hay ningún precepto que atribuya tal eficacia al documento privado[323].

CALVO SORIANO afirmó que en el art. 633 CC, "la virtud traslativa se produce por la incorporación de la voluntad a una forma pública"[324]. Y añadió que en la donación manual del art. 632.I CC, se exige entrega física, entrega manual, siendo inviable la entrega sustitutiva del art. 1463 CC[325]. No obstante, consciente del problema que planteaba la donación no manual de bienes muebles (art. 632. II CC), adujo lo siguiente:

> "Si queremos mantener el juego traditorio como algo [í]nsito en la forma del negocio, será preciso revivir la traditio per cartam, de antiguo precedente y recogida en el Código de las Siete Partidas. En este sentido habría que considerar que la tradición por carta tiene en el Código Civil la doble modalidad, normal del instrumento público, propia de los negocios dispositivos sobre inmuebles, y especial del escrito privado, para este caso singular. Pensar que el legislador autoriza a las partes para adoptar una u otra forma, pero cada una de ellas con carácter solemne, y que con una se opera el traspaso real y con otra no; que por una se crea una simple obligación de dar y con la otra se opera automáticamente la transferencia, sería absurdo, cuando la voluntad de transmitir sea idéntica en uno y otro caso. Además, no hay en realidad problema, pues el Código civil extraordinariamente influ[i]do por la transferencia consensual, admite en el art. 1463, como una de las fórmulas traditorias para los muebles -precisamente para éstos en donde el problema posesorio tiene una importancia trascendental- «el solo acuerdo o conformidad de los contratantes si la cosa vendida no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta…». Esta conformidad representa la negación, como elemento esencial de la transmisión de la entrega a través de una espiritualización sucesiva de ésta"[326].

Siguiendo este razonamiento, CALVO SORIANO concluyó que el art. 632.II CC "tiene más influjo francés que romano, es decir, que es más bien un caso de transmisión consensual"[327].

---

[323] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 596.
[324] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 459.
[325] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 460.
[326] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, pp. 460-461.
[327] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, pp. 461.

La dificultad de fundamentar la forma traslativa en la donación de bienes muebles sin entrega simultánea de la cosa donada fue igualmente detectada por VALLET DE GOYTISOLO, quien al referirse al pretendido efecto traditorio anudado al art. 632 CC, señaló lo siguiente:

> "El párrafo segundo de dicho artículo, en su apartado final, dispone que la donación de una cosa mueble, si ésta no es entregada simultáneamente, «no surtirá efecto 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 hechas por escrito no suponen 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 citado artículo 632. A nuestro parecer, esa forma escrita determina una disposición, una transmisión de titularidad, en la que el otorgamiento escrito de la voluntad de donar y de aceptar la donación juega el papel de forma de tradición instrumental. Lo que se confirma al relacionar este apartado con el final del artículo 1.463, referente a la tradición en la compraventa de bienes muebles"[328]. (…) "El desprendimiento para el futuro no puede ser medido en toda su intensidad por el que lo dispone. Para que la voluntad de donar esté suficientemente madura ha de ser simultánea al desprendimiento de su objeto. Por eso las formas de la donación son formas traslativas"[329].

El planteamiento de estos autores no nos resulta convincente, por diversos motivos.

En primer lugar, la justificación que esgrimen es contraria a la reiteradísima jurisprudencia que ha negado que el documento privado pueda hacer las veces de entrega posesoria. A modo de ejemplo, la STS de 20 de julio de 2004[330] dijo:

> "El efecto traditorio se le reconoce únicamente a la escritura pública y no al documento privado. (…) El hecho de que el documento privado no ofrezca duda acerca de su autenticidad, o que su fecha esté plenamente constatada (art. 1227 CC), no le atribuye efecto real. Cuando el comprador en documento privado reclama del vendedor la entrega de la cosa comprada no ejercita una acción real -reivindicatoria-, porque no acciona como dueño, sino que ejercita una acción personal -obligacional- de cumplimiento del contrato. (…) La doctrina jurisprudencial, reiterada y pacífica,

[328] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit.*, pp. 747-748.
[329] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit.*, p. 751.
[330] STS de 20 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5382, RJ 2004\4351; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández).
En el mismo sentido, la STS de 1 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1361, RJ 2006\5682; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) dijo que "la venta mediante documento privado no transmite por sí sola la propiedad al comprador (SSTS 20-2-95, 14-6-97, 3-12-99 y 13-3-02 entre otras muchas)".

> viene declarando que el documento privado no es por sí solo suficiente para producir la transmisión del dominio (SS, entre otras, 28 de abril de 1997, 21 de marzo, 18 de mayo y 14 de julio de 1998, 20 de febrero de 1999) de tal modo que, cuando medie documento privado, para que se considere producida la adquisición dominical es preciso acreditar que concurre alguna de las modalidades de entrega (SS 25 de octubre de 1924; 14 de junio de 1966; 16 de febrero de 1970; 10 de mayo de 1994; 18 de julio, 24 de octubre y 14 de noviembre de 1997, 18 de abril de 2000, 20 de junio de 2002)".

En segundo lugar, todo el razonamiento resulta forzado y es apriorístico: se parte de la base de que, en la donación, las formas ínsitas al negocio deben tener efecto traslativo. Pero como el documento privado de donación exigido por el art. 632.II CC no surte efectos de *traditio ficta*, conforme a lo dispuesto en los arts. 1462 a 1464 CC, se concluye que "será preciso revivir la traditio per cartam". Es decir, implícitamente se reconoce que la norma positiva no encaja con el punto de partida, por lo que oportunamente 'se rescata' una regla del Derecho castellano histórico (evidentemente derogada por el art. 1976 CC) para argumentar que exclusivamente para la donación mobiliaria, siempre, y en todo caso, existirá *traditio ficta*, combinando al efecto los arts. 632.II y 1463 CC.

En tercer lugar, la invocación del art. 1463 CC no es admisible, sencillamente porque no se cumplen sus presupuestos de aplicación. Ya de entrada salta a la vista que el art. 1463 CC en ningún momento alude a la plasmación por escrito en documento privado como forma de entrega ficticia. Además, el precepto dice que la entrega de los bienes muebles se efectuará "por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa vendida [léase donada] no puede trasladarse a poder del comprador en el instante de la venta [léase donatario], o si éste la tenía ya en su poder por algún otro motivo". Por tanto, el efecto traditorio solamente puede producirse en dos supuestos: por imposibilidad de traslación de la cosa, o por interversión del concepto posesorio. En cambio, según CALVO SORIANO y VALLET DE GOYTISOLO, el art. 1463 CC se aplicaría combinadamente junto al art. 632.II CC a toda donación mobiliaria, haciendo las veces de entrega posesoria, aunque no existiese imposibilidad para la traslación material de la cosa donada al donatario, y aunque el donatario no estuviese poseyendo la cosa donada al tiempo de la perfección de la donación en virtud de cualquier título que le legitimase para ello. Es evidente que el planteamiento de estos autores no es coherente con el contenido y con los presupuestos de aplicación del art. 1463 CC.

En cuarto lugar, incluso en el supuesto de donación de bienes inmuebles, el argumento de superposición de forma traslativa y donación resulta incongruente. No hay que olvidar que el art. 1462.II CC señala que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa "si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Según estos autores, en la donación de bienes inmuebles la transmisión dominical siempre se produciría como consecuencia de la incorporación de la forma en la escritura pública de donación; pero el precepto del que dependería dicho efecto transmisivo, el párrafo segundo del art. 1462 CC, permitiría sostener justamente lo contrario. Ello conllevaría que, en algunos supuestos, a pesar de haber sido otorgada la escritura de donación, no se produciría transmisión de la propiedad si de la escritura resultase o se dedujese lo contrario, lo cual es contradictorio con la premisa inicial, a tenor de la cual en toda donación inmobiliaria habría transmisión como consecuencia de la forma negocial[331].

En quinto lugar, la tesis según la cual la donación sería un negocio dispositivo porque siempre llevaría incorporada una forma traslativa resulta incompatible con el carácter dispositivo de la donación. En el fondo, se viene a afirmar que el efecto transmisivo no dependería de la propia donación, sino de la incorporación de una forma traslativa a la donación, que es algo muy distinto. Así las cosas, implícitamente, se termina incluyendo a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, ya que en la donación siempre habría tradición; ciertamente ficticia, pero tradición al fin y al cabo[332].

Y en sexto lugar, como acertadamente puso de manifiesto FERNÁNDEZ OTERO, "si la tradición como momento ejecutivo de un convenio no existe en la donación, no puede escindirse la forma del negocio, de la forma de la transmisión, precisamente por el carácter unidireccional de aquel"[333].

La contradicción de la tesis que preconiza que las formas de la donación son siempre formas traslativas es patente en la STS de 22 de diciembre de 1986[334], que hizo descansar el carácter dispositivo de la donación en el art. 609 CC, señalando que "a partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía

[331] CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)", *cit.*, p. 217.
[332] CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)", *cit.*, pp. 209-210.
[333] FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Sucesiones. Donación*, núm. 3, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, p. 424.
[334] STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).

directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario". Sin embargo, sin solución de continuidad, pasó a afirmar que "en el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el 1.462 y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida «ad solemnitatem» para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609". Con razón afirmó MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA que "esta última frase entraña cierta contradicción, porque según ella, la forma *ad solemnitatem* es una forma equivalente de tradición"[335]. La incongruencia argumental es tan evidente que el razonamiento empleado por esta Sentencia ha sido hábilmente utilizado en beneficio propio por varios autores defensores de que la donación siempre sería un contrato obligacional[336].

A la vista de las insalvables dificultades que plantean las supuestas formas traslativas de la donación, parece mucho más fundado sostener que su carácter dispositivo no descansa en las exigencias formales de los arts. 632 y 633 CC, sino en el carácter inmediatamente traslativo inherente al negocio de donación. Dicho de otro modo, la transmisión de la propiedad por donación es un efecto natural de la donación misma[337], una connotación del tipo negocial, como ha enfatizado un destacado sector doctrinal[338]. Quizá fue CARRIÓN

[335] MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Artículo 609", en *Comentario del Código Civil. Tomo I* (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Y SALVADOR CODERCH, PABLO, directores), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1545. La contradicción del razonamiento fue igualmente destacada por MONTÉS PENADÉS (MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS: "La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición", en AA.VV., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral* (LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, y MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, coordinadores), Tirant lo Blanch, València, 1994, p. 95).

[336] A modo de ejemplo, O'CALLAGHAN MUÑOZ dijo que en virtud de STS de 22 de diciembre de 1986, la donación es título de transmisión, que precisa del modo (tradición real o ficticia) para producir en el donatario la adquisición de la propiedad o de otro derecho real que se ha donado, es correcta, dado que dicha Sentencia dice que "el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación", lo cual significa que la donación es el contrato, título, y el modo es la *traditio ficta*, consistente en la escritura (O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001, pp. 81-82). En parecidos términos se manifestó LETE DEL RÍO, quien también defendió que la donación requiere de la tradición de las cosas donadas para producir el tránsito dominical, diciendo: "La Sentencia de 22 de diciembre de 1986 dice que «la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y *sin precisión de tradición* en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario»; sin embargo, a continuación añade que «*el efecto traslativo de la donación hay que anudarlo a la escritura pública de donación*», y esto no quiere decir otra cosa sino que la donación es el contrato (título hábil para transferir el dominio), pero la transferencia dominical la opera la tradición (modo), en este caso *ficta* (la escritura pública)" (LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, *cit*., p. 60).

[337] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 127.

[338] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 80.

OLMOS quien resumió este planteamiento, con el que nos identificamos plenamente, con mayor brillantez y elocuencia:

> "Una concepción de la mecánica traslativa de la donación que pretenda ser rigurosamente consecuente con la mención separada de aquella en el párrafo segundo del artículo 609, parece lógico haya de excluir *por completo* el juego traditorio. Sin que proceda, en consecuencia, conectar la transmisión de la propiedad o del derecho real a un juego traditorio todo lo atenuado que se quiera, pero traditorio al fin y al cabo. En la donación *no hay tradición*. Ni real o material (prescíndase ahora del tema de la donación *manual*) ni tampoco instrumental o ficticia. La eficacia traslativa del negocio de donación no cabe, pues, ni conectarla al carácter traditorio de sus formas ni explicarla por él. Consecuentemente, el carácter traditorio instrumental no es posible apreciarlo en la escritura pública de donación (ex art. 1462.2 Cc), siquiera aquella (la escritura) sea imprescindible para la validez en la donación de inmuebles. La forma pública no es, aquí, traditoria. Y, excluido este carácter respecto de la escritura pública, menos aún cabría apreciarlo respecto de la forma escrita (privada) interviniente en la donación de bienes muebles"[339].

La consideración de la donación como negocio dispositivo de ninguna manera resulta incompatible con defender al mismo tiempo el carácter rigurosamente formal de la donación. Las formas de la donación son requisitos indispensables para la perfección del negocio de donación, pero no cumplen ninguna función transmisiva ni traslativa. Las exigencias formales contenidas en los arts. 632 y 633 CC obedecen a razones muy distintas, como acertadamente puso de relieve MARÍN CASTÁN:

> "Si se acepta la regulación de la donación en el CC tal como es efectivamente, tanto el art. 632 como el siguiente, relativo a la donación de inmuebles, no vienen a ser más que otra manifestación más de lo que quiere el Código: que el efecto traslativo

[338] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 80; RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 543, 1981, pp. 367-368; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4715: "la fuerza traditoria está en la misma donación, siendo ella la que produce el efecto de transmisión conforme al art. 609"; EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", *cit*., p. 298: "en la donación la fuerza traditoria del bien o derecho reside en sí misma, según dispone el art. 609 del CC"; COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit*., p. 2831: "El perfeccionamiento del contrato de donación supone *per se* la adquisición de la propiedad de la cosa por el donatario, sin necesidad de tradición". (…) "El efecto transmisivo de la propiedad lo tiene per se el propio contrato de donación, y sin que ello deba confundirse con el hecho de que ciertas donaciones exijan para su validez la escritura pública".

[339] CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)", *cit*., p. 218.

> de la donación, para que ésta sea tal, quede asegurado en vida del donante y acreditado suficientemente para el Derecho. No hay, pues, contrato solemne, ni tampoco necesidad de tradición, sino formalidades que la ley impone para que la donación sea efectivamente un acto de disposición para en vida del donante y para que así sea reconocido en el mundo del Derecho, evitando en todo lo posible situaciones de duda e incertidumbre sobre la titularidad de los bienes. Desde estas consideraciones, respetuosas con lo que el Código quiere que sea la donación, se muestran las exigencias de los arts. 632 y 633"[340].

A la vista de lo expuesto, la donación es un negocio dispositivo del dominio, que una vez perfeccionado transmite por sí mismo la propiedad, como consecuencia derivada de su tipo negocial, sin que el efecto transmisivo del dominio sea consecuencia de los requisitos formales exigidos *ad solemnitatem* tanto en las donaciones de bienes muebles como en las de bienes inmuebles.

6. Irrelevancia de la caracterización de la donación como contrato, como modo de adquirir o como "título y modo" para la determinación de su eficacia transmisiva

Hasta este momento, hemos tenido especial cuidado en referirnos a la donación regulada en el CC como negocio, sin calificarla como contrato. La terminología empleada no ha sido causal, sino deliberada, dado que en muchas ocasiones la eficacia transmisiva de la donación se ha vinculado a su eventual calificación como contrato, como modo de adquirir o ambas cosas a la vez.

A continuación, nos referiremos brevemente a estas tres posibles concepciones de la donación, tras lo cual dejaremos constancia de nuestro punto de vista.

6.1 La donación como contrato obligacional

Todos los autores que afirmaron que la donación en el CC tiene carácter obligacional calificaron a la donación como contrato[341].

---

[340] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., 201-202.

[341] SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, *cit*., pp. 692-693; DE BUEN LOZANO, DEMÓFILO: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, *cit*., p. 453; DE DIEGO GUTIÉRREZ, FELIPE CLEMENTE: *Instituciones*

Esta postura no debe provocar sorpresa, habida cuenta de que todos estos autores situaron a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, por entender que tal es el sistema transmisivo que contiene el CC, que resultaría de aplicación a todos los contratos traslativos de dominio, tanto gratuitos como onerosos. Esta perspectiva es congruente con la regulación normativa de los contratos en el CC, de la que se deduce sin dificultad la asunción implícita de su carácter obligacional[342].

Por otro lado, es muy difícil negar que los requisitos constitutivos de todo contrato que exige el art. 1261 CC (consentimiento, objeto y causa) son perfectamente apreciables en toda donación.

Tradicionalmente, el Tribunal Supremo ha calificado a la donación como contrato, y dicha terminología se ha venido utilizando con asiduidad hasta hace muy pocos años. Puede sintetizarse esta doctrina en la STS de 31 de julio de 1999[343], que dijo que "el contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código civil como un modo de adquirir la propiedad -artículo 609- no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato". El mismo planteamiento es fácilmente perceptible en multitud de Sentencias, que de manera expresa o implícita se han referido a la donación como contrato[344].

---

de Derecho Civil Español. Tomo II, *cit*., pp. 196-198; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral (…) Tomo III. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia*, *cit*., pp. 94-96; ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINO: *El problema de la causa en la tradición*, *cit*., p. 118; PUIG PEÑA, FEDERICO: *Tratado de Derecho Civil español. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, *cit*., pp. 160, 168; ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, *cit*., pp. 416-417; LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, *cit*., p. 60; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit*., pp. 94-95; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, *cit*., pp. 80-81; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 29-35; OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL: "El contrato de donación", *cit*., pp. 281-283.
Como excepción, es digno de mención el singular planteamiento de VALVERDE Y VALVERDE, quien sostuvo aisladamente que la donación era un contrato que no requería de la entrega o tradición para transmitir el dominio (VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 2ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920, pp. 392, 394).

[342] Así se desprende de los arts. 1254 CC ("el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse"); 1258 CC ("los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan"); 1261.3.º CC ("causa de la obligación que se establezca") y 1279 CC ("las obligaciones propias de un contrato"). El carácter obligacional de los contratos también está presente en las definiciones normativas de algunos contratos en particular: compraventa (art. 1445 CC), permuta (art. 1538 CC), arrendamiento de cosas (art. 1543 CC), arrendamiento de obras o servicios (art. 1544 CC), sociedad (art. 1665 CC) y mandato (art. 1709 CC).

[343] STS de 31 de julio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5504, RJ 1999\6221; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

[344] Sin ánimo de exhaustividad, STS de 7 de diciembre de 1911 (ECLI:ES:TS:1911:650, JC, t. 122, 157; ponente Luciano Obaya Pedregal); STS de 22 de enero de 1930 (ECLI:ES:TS:1930:1519, RJ 1930\599; ponente Saturnino Bajo de Manjíbar); STS de 7 de diciembre de 1948 (RJ 1948\1433, ponente Felipe Gil Casares; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial –CENDOJ-); STS de 19 de enero de 1950 (ECLI:ES:TS:1950:911, RJ 1950\29; ponente Luis Vacas Andino); STS de 27 de mayo

En otras ocasiones, el Tribunal Supremo ha sido más sutil, y se ha referido a la donación como contrato solemne: fue el caso de la STS de 10 de diciembre de 1987[345] y de la STS de 26 de enero de 1988[346].

El punto débil de esta tesis es que califica a la donación como contrato fundamentalmente porque considera que se situaría dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, despreciando la mención separada a la donación en el art. 609.II CC, y obviando que está regulada en el Libro III del CC. Se trata de un punto de vista que nos vemos obligados a rechazar, en coherencia con las conclusiones alcanzadas anteriormente cuando determinamos la mecánica transmisiva de la donación en el CC. A lo allí expresado nos remitimos, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias[347]. Como indicó LALAGUNA DOMÍNGUEZ, "para poder sostener que la donación, por ser contrato, no puede ser modo de adquirir sería necesario convertir en letra muerta un cúmulo notable de datos normativos"[348].

---

de 1955 (ECLI:ES:TS:1955:21, RJ 1955\1712; ponente Saturnino López Peces); STS de 24 de marzo de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:183, RJ 1956\1538; ponente Saturnino López Peces); STS de 5 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:343, RJ 1956\3430; ponente Joaquín Domínguez de Molina); STS de 16 de noviembre de 1956, (ECLI:ES:TS:1956:371, RJ 1956\4115; ponente Saturnino López Peces); STS de 10 de octubre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:243, RJ 1961\3293; ponente Tomás Ogayar y Ayllón); STS de 20 de octubre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:326, RJ 1961\3607; ponente Joaquín Domínguez de Molina); STS de 13 de mayo de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:150, RJ 1963\2515; ponente Emilio Aguado González); STS de 1 de diciembre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:68, RJ 1964\5572; ponente Tomás Ogayar y Ayllón); STS de 23 de marzo de 1966 (ECLI:ES:TS:1966:2379, RJ 1966\1540; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño); STS de 7 de julio de 1978 (ECLI:ES:TS:1978:232, RJ 1978\2756; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño); STS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas); STS de 14 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:568, RJ 1985\1165; ponente Rafael Casares Córdoba); STS de 6 de julio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:493, RJ 1985\4132; ponente Rafael Casares Córdoba); STS de 15 de octubre de 1985 (RJ 1985\4846; ponente Cecilio Serena Velloso; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-); STS de 14 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:3348, RJ 1987\3442; ponente Rafael Pérez Gimeno); STS de 9 de mayo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:3409; RJ 1988\4048; ponente Manuel González-Alegre y Bernardo); STS de 5 de febrero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:861, RJ 1990\660; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); STS de 27 de Aguirre
de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:1066, RJ 1993\1303; ponente Pedro González Poveda), 22 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:19218, RJ 1993\2029; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez); STS de 3 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:1240, RJ 1995\1775; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes); STS de 13 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3918, RJ 2000\3410; ponente José de Asís Garrote); STS de 11 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:822, RJ 2007\1502; ponente Antonio Gullón Ballesteros); STS de 26 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1185, RJ 2007\1769; ponente Antonio Gullón Ballesteros); STS de 11 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6017, RJ 2010\8044; ponente José Antonio Seijas Quintana); STS de 17 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4259, RJ 2011\4640; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz; STS de 28 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6046, RJ 2011\6586; ponente Antonio Salas Carceller).

[345] STS de 10 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:7927, RJ 1987\9285; ponente Rafael Pérez Gimeno).

[346] STS de 26 de enero de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:330, RJ 1988\146; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).

[347] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.

[348] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *cit*., p. 400.

6.2 La donación como modo de adquirir

De manera claramente contrapuesta, un relevante sector doctrinal ha defendido que la donación no es un contrato, sino un modo de adquirir[349]. Conviene destacar que esta postura ya había sido sostenida por los autores que redactaron los primeros comentarios extensos del CC de 1889: APALATEGUI OCEJO y OYUELOS PÉREZ (habitualmente conocidos por el pseudónimo que utilizaron, MUCIUS SCAEVOLA), MANRESA Y NAVARRO y BONEL Y SÁNCHEZ[350]. Sin embargo, sus lecciones permanecieron un tanto olvidadas, hasta que hacia mediados del siglo XX el argumento fue retomado por varios autores en diversos artículos de carácter monográfico[351].

---

[349] GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO: "La tradición de fincas en los instrumentos públicos", *cit*., p. 36; CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., pp. 455-456; NÚÑEZ-LAGOS MORENO, RAFAEL: "Pago de lo indebido sin error", *cit*., p. 142; NART FERNÁNDEZ, IGNACIO: "Donación y reversión a personas futuras", *cit*., p. 597; SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., pp. 806-807; VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., pp. 1224-1228; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "Inscripción y tradición", *cit*., p. 15; PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., pp. 63-67; FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., pp. 358, 361; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", *cit*., pp. 563; IRURZUN GOICOA, DOMINGO: *La donación con reserva de la facultad de disponer (algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Sucesor de Vives Mora, València, 1967, p. 21; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 72; RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *cit*., pp. 441-442; RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *cit*., 1981, pp. 366-368, 371-372; MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Artículo 609", *cit*., p. 1545; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 4ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992, p. 873; FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *cit*., p. 417; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio", *cit*., p. 896; GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II. Obligaciones y contratos*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 501-502; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., pp. 1713-1714; EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", *cit*., p. 302.

[350] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit*., pp. 385-387, 393, 400; MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., pp. 58-63; BONEL Y SÁNCHEZ, LEÓN, *Código Civil español. Comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América. Tomo III. Libro III*, A. López Robert Impresor, Barcelona, 1890, pp. 15, 71-72, 76.

[351] LALAGUNA DOMÍNGUEZ tuvo el acierto de poner de relieve "la desigual naturaleza de los trabajos en que se exponen uno y otro punto de vista. La tesis de que la donación es contrato de carácter obligatorio, necesitado de tradición, se ha mantenido en obras de carácter general que responden fundamentalmente a una finalidad didáctica. Diversamente, la tesis de que la donación es modo de adquirir es acogida en estudios de carácter monográfico" (LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *cit*., p. 411). Esta circunstancia fue igualmente destacada en ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, *cit*., p. 421.

Como hemos tenido ocasión de apuntar (*vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 6.1), la inercia de la interpretación histórica, y el apriorismo y la crítica de la norma positiva, fueron las notas características de los autores que defendieron que la donación era un simple título, que trasmitiría la propiedad con la entrega o

Estos autores destacaron que la donación tiene un carácter dispositivo o inmediatamente traslativo que resulta manifiestamente incompatible con la reglamentación obligacional del contrato en el CC.

Quizá fue VALLET DE GOYTISOLO quien negó con mayor vehemencia el carácter contractual de la donación, haciendo hincapié en que el CC asume la idea de contrato generador de obligaciones (arts. 1254 y 1261 CC), y que en la regulación normativa de la donación en ningún momento está presente la idea de obligación[352]. Más modernamente, ALONSO PÉREZ afirmó con contundencia que "la donación como forma autónoma de adquirir no es a un tiempo contrato y modo, como opinan tantos autores, sino acto de liberalidad que transmite la propiedad desde la aceptación del donatario. Un modo de adquisición derivativo, pero autónomo, que nada tiene que ver con la tradición causal del art. 609, 2º final: "ciertos contratos mediante la tradición""[353].

En contra de la calificación de la donación como modo de adquirir se alzó LALAGUNA DOMÍNGUEZ, quien manifestó que "aun admitiendo que en el Libro IV -singularmente en las reglas generales de su Título II- no se contemple específicamente la figura del contrato de eficacia real, ello no significa que la adquisición de la propiedad o de los derechos reales fundada en un título contractual requiera necesariamente en todo caso el juego traditorio; es más, los contratos obligacionales de finalidad traslativa que por su naturaleza consensual requieren en principio, para producir el efecto real, la mediación de la *traditio*, pueden operar directamente la transmisión con la intervención de una cierta forma, en los términos que previene el artículo 1.462"[354]. No obstante, semejante objeción no parece afortunada. Ciertamente, en los contratos transmisivos del dominio a título oneroso, como la compraventa o la permuta, es posible la directa transmisión del derecho real; pero ello no es fruto de una derogación convencional de la teoría del título y el modo, sino consecuencia de la difuminación del modo como consecuencia de la utilización de una fórmula espiritualizada de tradición. Por tanto, este argumento, lejos de negar la caracterización del

tradición de las cosas donadas. Sin embargo, los autores que defendieron la caracterización de la donación como modo de adquirir (entre los cuales es destacable una importante participación del elemento notarial, perfecto conocedor memorístico de la norma positiva), hicieron gala de un esfuerzo argumental infinitamente superior, con independencia del mayor o menor acierto de sus conclusiones.

[352] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, pp. 1209-1210.

[353] ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", *cit.*, pp. 95-96.

[354] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 285.

contrato traslativo del dominio a título oneroso en el CC como negocio obligacional, la confirma, puesto que la mecánica transmisiva siempre se fundamenta a través del juego del contrato y de la entrega, material o espiritualizada.

Por otra parte, la negativa a calificar la donación como contrato, debido a que legalmente el donante no asume ninguna obligación de entrega, resulta difícilmente conciliable con el reconocimiento que el CC realiza a la categoría de los contratos de carácter real. Así, del tenor de la ley se desprende sin dificultad que, para el legislador, el comodato, el mutuo y el depósito son contratos reales (arts. 1740, 1753 y 1758 CC). Ni el comodante, ni el mutuante ni el depositante tienen la obligación de entregar, y, sin embargo, nadie discute que el comodato, el mutuo y el depósito son contratos. En consecuencia, en este punto cabe afirmar que el art. 609.II *in fine* CC es inexacto, en la medida en que los contratos reales no pueden ser incluidos dentro de la alusión que el precepto realiza a "ciertos contratos mediante la tradición". Si el CC reconoce carácter contractual a los contratos reales, ningún impedimento debe existir para reconocer la figura del carácter dispositivo o con eficacia real.

A nuestro entender, la fundamentación de la calificación de la donación como modo de adquirir es más sencilla. Basta con señalar que el art. 609 CC menciona la donación separada de "ciertos contratos mediante la tradición", y que está emplazada en el Libro III del CC, y no en el Libro IV. Tales datos son contundentes aisladamente considerados, y quedan reforzados por la explicación que ofreció GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ en el Senado, cuando justificó que la conceptualización de la donación como modo de adquirir en el proyecto de ley de bases de 1885, que cristalizó en la Ley de bases de 1888 y quedó reflejada en la sistemática y en el contenido del CC de 1889, fue consecuencia de una decisión deliberada de la Comisión redactora del CC[355].

La jurisprudencia más reciente ha asumido esta concepción de la donación como modo de adquirir, aunque no se ha atrevido a calificarla expresamente de tal manera, utilizando en su lugar la expresión algo más diluida de "negocio dispositivo". La STS de 22 de junio de 1982[356] dijo que la donación es un "negocio con formas propias (arts. 632 y 633) y también, según la definición del 618, esencialmente dispositivo". La STS de 22 de diciembre de 1986[357] afirmó que "a partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación

[355] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.c).
[356] ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso.
[357] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).

es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario". El contenido de dicha Sentencia fue literalmente reproducido por la STS 23 de septiembre de 1993[358], la STS de 14 de octubre de 2002[359] y la STS de 5 de noviembre de 2019[360]. Finalmente, la STS de 24 de marzo de 2023[361] calificó a la donación como "negocio jurídico dispositivo del dominio".

6.3 La donación como "título y modo"

Para el sector doctrinal actualmente más numeroso, la donación es un contrato, a pesar de que transmita la propiedad (u otro derecho real) sin necesidad de entrega o tradición. Esta es, sin duda alguna, la postura doctrinalmente más aceptada durante las últimas décadas, que ha tenido a ilustres defensores[362].

Por parte de estos autores es habitual la utilización de la expresión "título y modo", con la intención de enfatizar que la donación es un contrato que, al propio tiempo, constituye un modo de adquirir. Con ello se pretende resaltar que, a diferencia de los otros contratos referidos en el art. 609.II *in fine* CC, la donación transmite la propiedad con su perfeccionamiento, sin necesidad de entregar la cosa donada, pues su mecánica transmisiva no se inserta en el sistema del título y el modo.

Como dijo FERRANDIS VILELLA, la calificación de la donación como contrato y, además, como modo de adquirir puede fundamentarse directamente en el art. 609 CC:

---

[358] STS 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda).
[359] STS de 14 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6701, RJ 2002\10171; ponente Pedro González Poveda).
[360] STS de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3523, RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas).
[361] STS de 24 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1176, RJ 2023\2130; ponente Juan María Díaz Fraile).
[362] Entre muchos otros, *vide* LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., pp. 284, 284-285, 286: "A mi juicio, la donación es, ciertamente, contrato y modo de adquirir, o, más precisamente, contrato formal dispositivo por el que se opera sin necesidad de tradición la adquisición del derecho real". (…) "El carácter dispositivo de la donación no está reñido con la noción de contrato, sino únicamente con la mecánica traslativa propia de los contratos obligacionales, en cuanto preparan -sin consumar por sí mismos- la adquisición de la propiedad o el derecho real". (…) "El acto de donación es, en mi opinión, contrato y modo de adquirir"; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *cit*., pp. 399-407; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", *cit*, p. 819; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., pp. 123-124; CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)", *cit*., p. 203; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 56; COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit*., pp. 2830.

> "Prescindiendo de que a la donación se la defina como «acto» y de que sistemáticamente sea regulada al margen de los contratos, el artículo 609 suministra un dato que, a nuestro modo de ver, puede tener uno de estos significados: *a)* que la donación no es un contrato; *b)* que es un contrato, pero no de los que necesitan el complemento de la tradición para producir la transmisión del dominio. (…) Cualquiera de estas dos interpretaciones podría servir para justificar (al menos en cierta medida) el criterio sistemático adoptado al regular la donación al margen de los contratos"[363].

A nuestro entender, existen dos razones adicionales por las que este sector doctrinal denomina contrato a la donación: la necesaria aceptación del donatario, y la causa gratuita mencionada en el art. 1274 CC.

Por lo que se refiere a la aceptación del donatario, ciertamente el CC la menciona de manera muy insistente (arts. 618, 623, 625, 626, 627, 629, 631, 632, 633). Y a modo de cláusula de cierre, el art. 630 CC dice que "el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante". El razonamiento parece simple: si el donatario debe aceptar, es porque la donación es un contrato, ya que en todo contrato las dos partes contratantes deben manifestar su aceptación.

Sin embargo, este planteamiento se puede rechazar sin excesiva dificultad. En todas las disposiciones patrimoniales, ya sean contractuales o no contractuales, onerosas o gratuitas, *inter vivos* o *mortis causa*, se exige la aceptación del beneficiario de la atribución. La aceptación es obvia en los contratos (art. 1261.1.º CC). Pero también se exige la aceptación del heredero (arts. 988 a 1009 CC). Y aunque existe discusión sobre si es necesaria la aceptación del legatario, o si por el contrario adquiere automáticamente el dominio con la opción de manifestar su repudio, en los legados también se encuentra implícita la necesidad de dar el visto bueno al incremento patrimonial. En consecuencia, la aceptación no constituye un requisito exclusivo de los contratos, ni tampoco de los actos o negocios gratuitos.

En cuanto a la causa de la donación, es verdad que por lo general se ha entendido que cuando el art. 1274 CC alude a la "mera liberalidad del bienhechor" como causa de los contratos "de pura beneficencia", se está refiriendo a la donación. Como dijo LACRUZ

[363] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 344.

BERDEJO, el art. 1274 CC es una "definición más pensada para la donación típica que para los otros contratos gratuitos (pues no es frecuente llamar bienhechor al depositario o al mandatario), pero que se adapta a todos ellos"[364].

En un sentido diametralmente opuesto, VALLET DE GOYTISOLO adujo que "el artículo 1.274 pudo no referirse a la donación al aludir a los contratos de pura beneficencia. Necesariamente gratuito es el comodato y pueden serlo la fianza, el depósito, el mutuo, el mandato, etc."[365].

La realidad es que en la jurisprudencia es difícil encontrar una cita del art. 1274 CC que no esté relacionada con una donación. También es evidente que en el ámbito jurídico es habitual aludir a la donación como ejemplo de contrato "de pura beneficencia", cuya causa (subjetiva) es "la mera liberalidad del bienhechor". Ahora bien, indudablemente, todos los contratos gratuitos contemplados en el Libro IV del CC (comodato, mutuo, depósito y mandato) tienen necesariamente causa (art. 1261.3.º CC), y esta no puede ser otra que "la mera liberalidad del bienhechor" expresada en el referido art. 1274 CC.

No obstante, si se califica la donación es un modo de adquirir, sería posible llegar a argumentar que la donación no tiene causa contractual, con lo que la alusión al art. 1274 CC sería improcedente. Este planteamiento tendría fundamento si se tiene en cuenta la cada vez mayor tendencia a identificar el *animus donandi* no con la causa del negocio, sino con el consentimiento negocial que se presta en toda donación[366]. Sin perjuicio de ello, no nos parece *a priori* prudente excluir la aplicación del art. 1274 CC a la donación, aun cuando sea considerada como un modo de adquirir, pues en definitiva se trata de una norma que se puede aplicar sin dificultad a todos los negocios y contratos gratuitos, tanto típicos como atípicos[367].

6.4 Nuestro punto de vista: el negocio de donación

Como se ha podido apreciar, desde la aprobación del CC ha existido un animado debate en la doctrina española sobre la naturaleza de la donación: contrato, modo de adquirir o

[364] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., 131.
[365] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1231.
[366] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.6.
[367] Si la donación está regulada en el CC como un negocio dispositivo, la posibilidad de concebir una donación obligacional habría de ser fundamentada en el Libro IV del CC, supuesto en el cual se apreciaría la virtualidad del art. 1274 CC como causa genérica de los negocios y contratos gratuitos atípicos. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.2.

ambas cosas a la vez. Cabe preguntarse por qué tanto interés. La razón no es otra que la aparente incidencia de la calificación de la donación en su eficacia transmisiva.

En la doctrina francesa o italiana del siglo XIX, la trascendencia del debate fue mucho menor. El Código Civil francés de 1804 y el Código Civil italiano de 1865 seguían el sistema consensual de transmisión de propiedad, de tal forma que no había cuestión: la perfección de la donación transmitía la propiedad. Para eliminar cualquier atisbo de duda, el art. 938 del *Code* y el art. 1062 del *Codice* aclaraban que no era necesaria la tradición para transmitir la propiedad por donación. A mayor abundamiento, las donaciones estaban reguladas en ambos Códigos en el Libro III, junto a las sucesiones y los contratos. Por ello, en el Derecho francés o en el Derecho italiano, la calificación de la donación como contrato, o como modo de adquirir autónomo, distinto a los contratos, no tenía ninguna repercusión práctica, en la medida en que tanto la donación como los contratos transmitían la propiedad con su mera perfección. La discusión era puramente académica o doctrinal.

Sin embargo, en el Derecho español la calificación de la donación como contrato o como modo de adquirir tenía implicaciones aparentemente mucho más relevantes. El Código Civil francés de 1804 y del Código Civil italiano de 1865 regulaban en sus respectivos Libros III todos los modos de adquirir, dentro de los cuales estaban incluidos las donaciones y los contratos, aunque en títulos separados[368]. Sin embargo, el CC español no siguió tal estructura, puesto que desdobló el Libro III de los Códigos francés e italiano en el Libro III, dedicado a los modos de adquirir la propiedad, y en el Libro IV, dedicado a las obligaciones y los contratos. La donación fue incluida en el Libro III, mientras que los dos contratos traslativos de dominio a título oneroso por excelencia, la compraventa y la permuta, fueron incluidos en el Libro IV.

A primera vista, podría pensarse que esta división era meramente clasificatoria. Sin embargo, tenía una trascendencia mucho mayor. El CC español de 1889 abandonó el sistema de transmisión consensual del dominio adoptado por el proyecto de 1851, y reintrodujo la

[368] El Libro III del Código Civil francés de 1804 se titulaba "De los diferentes modos en que se adquiere la propiedad" ("Des différentes manières dont on acquiert la propriété"). El Título II del Libro III se denominaba "De las donaciones entre vivos y de los testamentos" (Des donations entre-vifs et des testaments"), y el Título III, "De los contratos o de las obligaciones convencionales en general" ("Des contrats ou des obligations conventionnelles en général"). En el Título VI se regulaba la compraventa, y en el Título VII, la permuta.
Por su parte, el Libro III del Código Civil italiano de 1865 se titulaba "De los modos de adquirir y de transmitir la propiedad y los demás derechos sobre las cosas" ("Dei modi di acquistare e di transmettere la propietà e gli altri diritti sulle cose"). El Título III del libro III se denominaba "De las donaciones" ("Delle donazioni"), y el Título IV, "De las obligaciones y contratos en general" ("Delle obbligazioni e dei contratti in genere").

tradicional teoría castellana del título y el modo. En consecuencia, la calificación de la donación como contrato o como modo de adquirir parecía que debía vincularse a su efecto transmisivo: si la donación era un contrato, se situada dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, y necesitaba la tradición para transmitir la propiedad; pero si la donación era un modo de adquirir, no entraba en juego la teoría del título y el modo, y no era necesaria la entrega de las cosas donadas para transmitir la propiedad por donación.

Con el paso de los años, y a medida que la doctrina profundizó en el estudio de la mecánica transmisiva de la donación en el CC, ambas posturas, *a priori* radicalmente antagónicas, se dulcificaron un tanto. Podría decirse gráficamente que las compuertas que separaban los Libros III y IV del CC se alzaron al relacionar la naturaleza de la donación con su mecánica transmisiva. Y buena prueba de ello es que, durante las últimas décadas, la mayor parte de la doctrina española ha sostenido que la donación es a la vez un contrato y un modo de adquirir, poniendo énfasis en que la calificación de la donación como contrato no resulta contradictoria con la no exigencia de entrega o tradición para transmitir los derechos reales por medio de donación.

En los apartados anteriores hemos examinado los argumentos que se han expuesto a favor de las tres concepciones de la donación. A nuestro entender, la primera de ellas, que sostiene que la donación es un contrato, situado dentro de la teoría del título y el modo, resulta insostenible. Por lo tanto, la discusión queda limitada a determinar si la donación es un modo de adquirir, o si es un contrato y al mismo tiempo un modo de adquirir. En esta dicotomía ya no hay ninguna duda que, de ser la donación un contrato, sería un contrato dispositivo o inmediatamente transmisivo, que transmitiría la propiedad sin entrega o tradición.

Según nuestro punto de vista, es obligado concluir que en el CC la donación es un modo de adquirir. El art. 609 CC la menciona separadamente de los contratos, al mismo nivel que la ocupación y que la sucesión por causa de muerte. Además, está regulada en el Título II del Libro III del CC, y no en el Libro IV. Esta calificación, además, resulta completamente ajustada la luz de la interpretación histórica del CC y de la *mens legis*, expresada durante los debates parlamentarios por la Comisión redactora del CC a través de GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ[369].

[369] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.c).

Es curioso comprobar que al abordar la posible calificación de la donación como modo de adquirir no se ha concedido suficiente relevancia a lo que manifestó sobre el particular MANRESA Y NAVARRO. Se trata de un autor de enorme trascendencia, en la medida en que fue miembro de la Comisión redactora del CC[370], y, por tanto, conoció personalmente y de primera mano la regulación normativa y sus fundamentos. Si se tiene en cuenta que no se han conservado las actas de la Comisión de Codificación en las que se reflejaron los debates de la Comisión de Códigos relativos a la donación[371], las opiniones expresadas por este autor adquieren una gran relevancia.

Cuando MANRESA Y NAVARRO se refirió a la donación en sus conocidos *Comentarios al Código Civil español*, dejó escritas las siguientes consideraciones:

> "El Código no niega que pueda estimarse como contrato la donación, pero la estudia aparte y la considera como un modo especial de adquirir, porque no ha podido menos de observar que son demasiadas las especialidades que presenta respecto á los demás contratos ordinarios, especialidades que la acercan bastante á las sucesiones. (…)
>
> Hay, pues, un grupo especial de actos, ó si se quiere de contratos, que al mismo tiempo tienen una causa gratuita y constituyen un modo de adquirir. Este grupo está formado exclusivamente por las donaciones. (…)
>
> La donación, es, del mismo modo que las sucesiones, modo de adquirir por título gratuito. (…)
>
> El Código español, siguiendo el ejemplo de otros muchos, ha considerado á las donaciones como un modo especial de adquirir y las ha estudiado separadamente de los contratos"[372].

Así las cosas, parece evidente que los redactores del CC tenían muy claro que la donación debía ser regulada como un modo de adquirir autónomo, a pesar de que no existiese una incompatibilidad conceptual entre los contratos y la donación. En este punto se advierte,

---

[370] De hecho, MANRESA Y NAVARRO consta relacionado como vocal de la Comisión en la relación que contiene la Real Orden de 29 de julio de 1889, por la que se significa el Real Agrado a los miembros de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación que redactaron las enmiendas y adiciones de la edición reformada del Código Civil, y por la que se dispone la publicación en la Gaceta de Madrid de la "Exposición" en la que se expresan los fundamentos de las mismas, junto al Presidente ALONSO MARTÍNEZ y los vocales FRANCISCO DE CÁRDENAS, SALVADOR DE ALBACETE, GERMÁN GAMAZO, HILARIO DE IGÓN, SANTOS DE ISASA y EDUARDO GARCÍA GOYENA.

[371] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.c).

[372] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit.*, pp. 59-62.

por enésima vez, un claro seguidismo del CC respecto al *Code* napoleónico, al ser asimiladas las donaciones a las sucesiones, que quedaron separadas de los contratos.

No hay duda de que la difícil determinación de la naturaleza jurídica de la donación, así como su calificación como contrato o como modo de adquirir, viene motivada por su azarosa trayectoria histórica. En el Derecho romano clásico, la donación era una causa. Fue tipificada en el Derecho romano posclásico por primera vez, de tal forma que su perfección comportaba la transmisión de la propiedad. En el Derecho justinianeo, a pesar de ser calificada como modo de adquirir, necesitaba a la tradición para transmitir el dominio. Estas oscilaciones normativas y conceptuales a lo largo de los siglos provocaron serias dificultades en el recto entendimiento de la institución, como se aprecia en los textos de los autores del Derecho común[373]. Quizá por ello algún autor, como NAVARRO AMANDI, llegó a calificar la donación como "acto jurídico *sui generis*"[374], lo que fue objeto de duras críticas[375]. Es bien conocida en este ámbito la expresión de BONFANTE, quien afirmó que las donaciones están condenadas a vagar como alma en pena por las diversas partes del sistema sin encontrar descanso en ninguna[376].

Así las cosas, desde nuestro punto de vista, la calificación más exacta de la donación sería un modo de adquirir. Pero al mismo tiempo, reconocemos que no resultaría conceptualmente incorrecto calificar a la donación como contrato. En este punto, el rigor dogmático puede relajarse sin incurrir por ello en ninguna clase de incorrección. Estimamos que lo importante no es determinar si la donación es un contrato, un modo de adquirir, o ambas cosas a la vez, sino tener clara cuál es su eficacia transmisiva. A diferencia de los contratos transmisivos onerosos regulados en el CC (compraventa y permuta), la donación transmite la propiedad (u otro derecho real) sin necesidad de entrega o tradición, de manera concomitante a la perfección negocial. Esto es lo principal, y teniéndolo perfectamente

[373] GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: "La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación", *cit.*, pp. 207-212.
[374] NAVARRO AMANDI, MARIO: *Cuestionario del Código Civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889 por Real Decreto de 24 de julio del mismo año. Tomo* Tercero, Imprenta de Infantería de Marina, Madrid, 1890, p. 25.
[375] "Tesis equivocada (…) porque su sostén no puede ser más débil y deleznable" (APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit.*, p. 395).
[376] "L'infelice sistema dei romanisti moderni obbliga le donazioni a vagare, come istituti in pena, per le varie parti del sistema, senza trovare requie in nessuna". *Vide* BONFANTE, PIETRO: "Addizione II" al *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile di G. Baudry-Lacantinerie. Delle donazioni fra vivi e dei testamenti. Vol. II*, Casa Editrice Dottor Fracesco Vallardi, Milán, 1931, p. LIV.

definido, que sea un contrato o un modo de adquirir es una cuestión secundaria y de menor trascendencia práctica.

Por ello, estimamos que la donación dispositiva, que es la que está regulada en el Título II del Libro III del CC, debe ser calificada propiamente como negocio de donación, pues dicha expresión enfatiza la compatibilidad de considerar al mismo tiempo a la donación como modo de adquirir y como contrato.

La irrelevancia de la calificación de la donación como modo de adquirir, o como contrato y modo de adquirir (o si se prefiere, título y modo al mismo tiempo) viene acreditada por una circunstancia evidente: desde la entrada en vigor del CC, la donación se ha estudiado tradicionalmente como un contrato, tal y como acreditan centenares de tratados y manuales universitarios, sin que ello haya comportado ningún inconveniente para sucesivas generaciones de estudiantes de Derecho civil. A mayor abundamiento, se suele perder de vista que, a tenor de lo dispuesto en el art. 609.II CC, los "ciertos contratos mediante la tradición" que sirven para transmitir los derechos reales también son modos de adquirir, lo que relativiza sobremanera la trascendencia práctica de la categorización de la donación, siempre y cuando, insistimos una vez más, se tenga bien presente su carácter dispositivo.

Como reflexión final, cabe apuntar que los primeros comentaristas del CC, APALATEGUI OCEJO Y OYUELOS PÉREZ, de un lado, y MANRESA Y NAVARRO, de otro, ya quitaron hierro a la calificación de la donación. Para los dos primeros, la calificación de la donación como contrato o como modo de adquirir constituía una "discusión académica (…) por completo indiferente desde el punto de vista del derecho positivo", ya que "cualquiera que sea la naturaleza de la donación, lo que importa es reconocer en ella un modo adquisitivo del dominio cualificado y diferenciado de los demás modos inter-vivos"[377]. Y para el segundo, "al efecto de aplicar la doctrina de los artículos 618 al 656 que se ocupan de las donaciones, es indiferente que éstas constituyan un modo especial de adquirir ó deban incluirse entre los contratos"[378]. No podemos más que coincidir con el criterio expresado por estos autores, cuya antigüedad no es incompatible con lo acertado de sus asertos.

[377] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit*., pp. 385-386.
[378] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., p. 58.

CAPÍTULO TERCERO
DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL. DISTINCIÓN CON OTROS NEGOCIOS

1. Planteamiento

En el Capítulo anterior, hemos concluido, a la vista de la regulación normativa vigente, que el CC concibe a la donación como un negocio dispositivo, que transmite la propiedad (u otro derecho real) sin necesidad de entrega o tradición. Por tanto, el CC no contempla la donación obligacional.

Así las cosas, la siguiente pregunta es obvia: ¿es posible en el Derecho civil español común la donación obligacional? Para responder a tal interrogante, resulta ineludible concretar a qué nos estamos refiriendo cuando hablamos de donación obligacional.

La determinación del concepto de la institución resulta imprescindible, debido a que, en muchas ocasiones, se ha aludido a la donación obligacional haciendo referencia a la promesa o precontrato de donación, a pesar de que son negocios jurídicos que producen efectos muy diferentes. De otra parte, existen algunos negocios jurídicos que ni poseen las características ni producen los efectos característicos de la donación obligacional, a pesar de que a menudo han sido erróneamente identificados como donaciones obligacionales. Por ello, parece adecuado distinguir la donación obligacional de otros negocios quizá semejantes, pero perfectamente individualizables.

Para evitar equívocos, consideramos necesario efectuar una puntualización terminológica. La donación obligacional también puede ser denominada donación promisoria, donación obligatoria o donación *in promitendo*. Quizá esta flexibilidad terminológica haya podido contribuir a la falta de precisión conceptual apreciable en la doctrina y en la jurisprudencia. En todo caso, en lo sucesivo, y con la finalidad de evitar posibles confusiones, se empleará siempre la denominación de donación obligacional.

2. Definición de donación obligacional

La donación obligacional es un contrato en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente a entregar una cosa a otra persona, con la finalidad o propósito de transmitir el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real sobre la cosa entregada.

La persona que asume la obligación de entregar la cosa es el donante, mientras que la persona que tiene derecho a que la cosa le sea entregada es el donatario.

La perfección de la donación obligacional se produce por el concurso de la oferta y la aceptación, como en cualquier otro contrato (art. 1262 CC).

Cuando la donación obligacional se perfecciona, el donatario se convierte en titular de un derecho de crédito. Tal derecho de crédito no es preexistente a la donación obligacional: nace con el perfeccionamiento del contrato. En consecuencia, la donación obligacional no comporta la transmisión de ningún derecho de crédito que ostentaba el donante de manera previa, sino en la creación de un derecho de crédito que ingresa directamente en el patrimonio del donatario. Correlativamente, con la perfección de la donación obligacional, el donante asume una obligación sin recibir nada a cambio. Por ello, es un contrato esencialmente gratuito.

En la donación obligacional se produce un enriquecimiento del donatario, consistente en la adquisición de un derecho de crédito, y correlativamente, un empobrecimiento del donante, consistente en la asunción de una obligación. El enriquecimiento y el empobrecimiento se producen de manera simultánea, al igual que en una donación dispositiva.

La obligación que se crea con motivo de la perfección de la donación obligacional no tiene carácter personalísimo. En consecuencia, la obligación de entregar la cosa es transmisible *inter vivos* (art. 1112 CC) y *mortis causa* (arts. 659 y 1257 CC), tanto desde la perspectiva del donante (obligación o deuda) como desde la perspectiva del donatario (derecho o crédito).

Aunque la obligación de entregar una cosa es asumida gratuitamente, sin recibir nada a cambio, el donante está obligado a ejecutar la prestación comprometida, al igual que sucede con cualquier otro contrato (arts. 1091 y 1256 CC). No se trata de un deber moral, ni de una obligación natural, ni de una liberalidad de uso. El incumplimiento de la donación obligacional permite al donatario exigir el cumplimiento de la prestación comprometida, así como solicitar una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente causados.

La entrega de la cosa no solo supone el cumplimiento de la obligación asumida por el donante, sino que también comporta la transmisión al donatario del derecho real objeto de transmisión gratuita. En consecuencia, la donación obligacional es un contrato transmisivo de dominio que se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo (arts. 609.II *in fine* y 1095 CC).

3. Características de la donación obligacional

A continuación, enumeraremos sintéticamente las características de las donaciones obligacionales, sin perjuicio de que, en los apartados correspondientes de esta Tesis, desarrollemos *in extenso* cada una de ellas.

Este ejercicio de caracterización resulta indispensable para poder distinguir convenientemente las donaciones obligaciones de otros negocios distintos.

3.1 Contrato atípico

La donación regulada en el título II del Libro III del CC es un negocio dispositivo, y transmite un derecho real sin necesidad de entrega o tradición. En consecuencia, el CC no se refiere, ni expresa ni implícitamente, a un contrato de donación obligacional, en el que la transmisión del dominio se produce de manera antitética, por la conjunción del título (contrato de donación obligacional) y modo (entrega de la cosa donada).

Si la donación regulada en el CC no transmite los derechos reales en aplicación de la teoría del título y el modo, no es posible defender que una donación obligacional, que sí se ajusta a dicho sistema de transmisión del dominio, está regulada en el CC. En consecuencia, la donación obligacional tiene que ser necesariamente un contrato atípico, cuya fundamentación no puede radicar en el Libro III del CC, que regula la donación dispositiva como modo de adquirir, sino en el Libro IV del CC, relativo a las obligaciones y los contratos.

Como es natural, la caracterización de la donación obligacional como contrato atípico tiene hondas consecuencias en su régimen jurídico, que serán analizadas en su lugar correspondiente[379].

[379] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 1.

3.2 Contrato gratuito

La donación obligacional es un contrato transmisivo a título gratuito.

La gratuidad constituye una característica esencial del contrato. Si se asume la obligación de entregar una cosa a cambio de recibir otra prestación como contrapartida, no nos hallaríamos ante una donación obligacional, sino ante un contrato atípico *do ut facias*. Y si la obligación de entrega se asume a cambio de recibir otra cosa, evidentemente se trataría de un contrato de permuta, de carácter oneroso (art. 1538 CC).

Sin embargo, sería perfectamente posible una donación obligacional remuneratoria. En tal supuesto, continuaría existiendo gratuidad, siempre que los servicios prestados por el donatario sean inferiores al valor de la cosa cuya entrega gratuita se ha convenido (art. 619 CC).

3.3 Contrato unilateral

La donación obligacional es un contrato unilateral: solo asume obligaciones el donante, que se concretan principalmente en la entrega de la cosa al donatario, con la finalidad de transmitirle el derecho de propiedad u otro derecho real de carácter limitado.

Ello no obstante, el carácter unilateral de la donación obligacional no debe hacer perder de vista que, al mismo tiempo, es un negocio bilateral, como todo contrato: para su perfección es necesaria la aceptación del donatario. La sola voluntad liberal del donante, sin la aquiescencia del donatario, no produce ningún efecto jurídico.

3.4 Contrato obligacional

Aunque constituya una afirmación tautológica, es necesario afirmar que la donación obligacional es un contrato obligacional. La donación obligacional es uno de esos "ciertos contratos" que transmiten la propiedad "mediante la tradición" (arts. 609.II *in fine* y 1095 CC). En consecuencia, la donación obligacional es un título (contrato) que, unido al modo (entrega), transmite un derecho real. El donante no transmite, sino que se obliga a entregar para transmitir. Y el donante no adquiere instantáneamente un derecho real, sino un derecho de crédito, consistente en recibir la entrega del bien donado. Así las cosas, la mecánica transmisiva de la donación obligacional es exactamente la misma que la de la compraventa o la de la permuta.

3.5 Contrato *inter vivos*

La donación obligacional es un contrato *inter vivos*, pues produce efectos jurídicos en vida de las partes contratantes.

Sin perjuicio de ello, la obligación de entrega que asume el donante es transmisible a los herederos del donante y del donatario, dado que no constituye una obligación personalísima (art. 659 CC). Si el donante muere antes del momento pactado de entrega de la cosa donada, o si fallece habiendo incumplido su obligación de entrega, sus herederos estarán obligados a cumplir la prestación gratuita comprometida. Del mismo modo, si el donatario fallece antes de que se produzca la entrega de la cosa donada, serán sus herederos quieren adquirirán por vía sucesoria el crédito consistente en el derecho a recibir la entrega.

En todo caso, sería perfectamente válida una donación obligacional con efectos *post mortem*[380]. En este supuesto, la muerte del donante constituiría un evento condicionante, ya que provocaría el vencimiento de la obligación asumida, consistente en entregar la cosa donada al donatario[381]. No constituye un negocio *mortis causa*, porque la donación obligacional *inter vivos* con efectos *post mortem* produce efectos jurídicos en vida de las partes contratantes: su perfección conlleva la irrevocabilidad del contrato (art. 1256 CC), con independencia de que la entrega de las cosas donadas (y la consiguiente transmisión del derecho real sobre las mismas) se produzca tras el fallecimiento del donante. Por esta razón,

[380] Durante buena parte del siglo XX, la jurisprudencia reconoció la figura de la donación obligacional con efectos *post mortem*, al asumir implícitamente que la donación regulada en el CC era un contrato obligacional: STS de 28 de enero de 1898 (ECLI:ES:TS:1898:109, JC, t. 83, 44; ponente José de Garnica y Díaz); STS de 13 de junio de 1900 (ECLI:ES:TS:1900:83, JC, t. 90, 18; ponente Pedro Lavín y Olea); STS de 27 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:216, RJ 1957\1573; ponente Francisco Eyré Varela). Como quedó apuntado (*vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4), tal interpretación acerca de la mecánica transmisiva de la donación no es ajustada al contenido del CC. Con todo, es apreciable una concepción obligacional de la donación, con el consiguiente reconocimiento implícito de una donación obligacional *inter vivos* con efectos *mortis causa*, en la SAP de Madrid (Sección 12ª) de 29 de junio de 2005 (ECLI:ES:APM:2005:8002, JUR 2005\258359; ponente Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo).

[381] En una donación dispositiva *inter vivos* con efectos *post mortem*, la cosa donada se transmite automáticamente al donatario cuando el donante muere, sin que se requiera ninguna entrega o actuación complementaria de los herederos del donante para culminar el fenómeno transmisivo. La muerte del donante constituye al mismo tiempo el término y el evento condicionante de los efectos transmisivos de la donación.
En cambio, en una donación obligacional *inter vivos* con efectos *post mortem*, no existe una transmisión automática de la propiedad de los bienes donados al donatario. La muerte del donante constituye el evento del que depende el nacimiento de la obligación de entregar la cosa donada. Por ello, quizá sería terminológicamente más descriptivo afirmar que las donaciones obligacionales *inter vivos* con efectos *post mortem*, son, en realidad, donaciones obligacionales *inter vivos* con entrega *post mortem*.
Sobre las donaciones *inter vivos* con efectos *post mortem*, *vide* ALBIEZ DOHRMAN, KLAUS JOCHEN: *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998, pp. 53-56, 61-64; DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: "Donación "inter vivos", "mortis causa" y donación "inter vivos" con entrega "post mortem". Comentario a la STSJ Navarra de 26 octubre 2002", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp.146-151.

a diferencia de las donaciones *mortis causa*, las donaciones *inter vivos* con efectos *post mortem* son inscribibles en el Registro de la Propiedad[382].

3.6 Contrato consensual

La donación regulada en el CC tiene naturaleza dispositiva, por lo que es correcto afirmar que se trata de un negocio con trascendencia real, en el sentido de que opera, por sí mismo, y sin necesidad de entrega o tradición, la adquisición de un derecho real[383]. Sin embargo, ello no permite calificar a la donación regulada en el CC como negocio real. La única donación tipificada en el CC que tiene carácter real es la donación manual de bienes muebles, que se perfecciona de manera concomitante a la entrega de la cosa donada (art. 632.I CC). Ni la donación dispositiva de bienes muebles con entrega diferida (art. 632.II CC) ni la donación dispositiva de bienes inmuebles (art. 633 CC) son negocios reales, puesto que la entrega de los bienes donados no constituye el requisito del que depende la perfección negocial.

Sin embargo, la donación obligacional es un contrato consensual, como contraposición a la figura del contrato real. En la donación obligacional, ya tenga por objeto la transmisión de bienes muebles o de bienes inmuebles, la entrega de las cosas donadas provocará la transmisión de un derecho real sobre la cosa donada, pero no será el elemento del que dependa la perfección del contrato[384].

Así las cosas, la donación obligacional es un contrato consensual, porque su perfección no nace con la entrega de las cosas, sino con la conjunción de la oferta del donante y la aceptación del donatario (arts. 1254, 1258 y 1261.1.º CC). Ello no es incompatible con que la oferta y la aceptación deban plasmarse cumpliendo unos requisitos formales especiales, como veremos a continuación.

---

[382] RDGRN de 20 de febrero de 2017 (RJ 2017\3391); RDGRN de 27 de marzo de 2019 (RJ 2019\1455); RDGSJFP de 29 de octubre de 2020 (RJ 2020\5477); RDGSJFP de 29 de octubre de 2020 (RJ 2020\5484); RDGSJFP de 25 de abril de 2022 (RJ 2022\2502).

[383] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., pp. 288-289.

[384] En la medida en que la donación obligacional es un contrato atípico, y está llamado a satisfacer necesidades distintas a las que complace la donación dispositiva regulada en el CC, es intrínsecamente imposible que la perfección de la donación obligacional pueda producir de manera simultánea la transmisión del dominio. Ni siquiera dando por sentado que resulte imprescindible la plasmación de la donación obligacional de bienes inmuebles en escritura pública (art. 1462 CC), dicha forma podrá surtir los efectos de *traditio ficta*, pues de la propia escritura pública siempre deberá resultar o deducirse claramente que la propiedad (u otro derecho real) no se transmiten en el mismo momento de la perfección del contrato, sino necesariamente en un momento posterior. Se trata de una característica institucional del contrato de donación obligacional que deriva de su carácter atípico. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.d).

3.7 Contrato formal

A pesar de ser un contrato atípico, la donación obligacional es un contrato formal, en la medida en que la oferta del donante y la aceptación del donatario deben constar por escrito, cumpliendo los requisitos formales *ad solemnitatem* que exigen los arts. 632 y 633 CC para las donaciones dispositivas.

La razón que nos conduce a defender la aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC a la donación obligacional es bien sencilla: los fundamentos y las razones que justifican las exigencias formales para las donaciones dispositivas son igualmente extrapolables (y con mayor motivo, si cabe) a las donaciones obligacionales[385].

Esta característica de la donación obligacional no entra en contradicción con su carácter consensual. La donación obligacional se perfecciona por la conjunción de la oferta y la aceptación, siempre que se cumplan ciertos requisitos formales (documento privado cuando tenga por objeto bienes muebles, y escritura pública cuando tenga por objeto bienes inmuebles). No es un contrato real porque la perfección contractual no coincide, en ningún caso, con la entrega de las cosas donadas, que cumple una función de cumplimiento en el plano personal o estrictamente obligacional.

3.8 Contrato causal

Como todo contrato (art. 1261.3.º CC), la donación obligacional tiene causa: la mera liberalidad de bienhechor (art. 1274 CC)[386].

Como consecuencia de ello, no se trata de un contrato abstracto, ni constituye una liberalidad de uso, ni puede ser considerada una simple relación de cortesía, ni tampoco supone el cumplimiento de una obligación natural. La donación obligacional es un contrato causal, vinculante y coercible.

4. Delimitación de la donación obligacional frente a otros negocios

Una vez delimitada la definición y las características de la donación obligacional, resulta de utilidad distinguirla convenientemente de otros negocios que poseen características y que producen efectos distintos.

[385] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartados 5.3 a 5.5.
[386] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.

4.1 Promesa unilateral de donación sin necesidad de aceptación

Según el elaborado planteamiento de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, en nuestro Derecho serían admisibles las promesas unilaterales, en virtud de las cuales una persona adquiriría un derecho a adquirir bienes ajenos sin necesidad de su previa aceptación. Según esta tesis, la promesa unilateral sería válida incluso aplicada al campo de las donaciones, siempre y cuando la voluntad del promitente a título gratuito sea indubitada y firme[387].

A nuestro entender, cabe plantear reparos a este planteamiento, pues es muy dudosa la validez de la promesa unilateral, fuera de los supuestos de concurso y oferta pública de recompensa. Por otro lado, a nadie se le puede obligar a aceptar una disposición hecha a su favor sin su consentimiento. Finalmente, cabría objetar que la promesa unilateral gratuita a la que aludió ARJONA GUAJARDO-FAJARDO podría ser fácilmente confundida con la primera fase de la génesis negocial de la donación obligacional; o lo que es lo mismo, con la situación de pendencia que media entre la emisión de la oferta contractual por parte del donante y la aceptación de la donación por parte del donatario.

Con independencia de estas cuestiones, existe una clara diferencia entre una eventual promesa unilateral de donación obligacional sin aceptación y una donación obligacional. La promesa unilateral a título gratuito produciría efectos jurídicos por la sola voluntad del promitente (adquisición de derecho de crédito a cambio de nada), sin que sea necesaria la aceptación del promisario para que se produzca la transmisión de un derecho. En cambio, la donación obligacional es un contrato bilateral, que no se perfecciona hasta que el donatario no haya aceptado la donación, por lo que el derecho de crédito consistente en poder exigir la entrega de la cosa comprometida no se producirá en ningún caso sin la previa aceptación del donatario.

4.2 Promesa o precontrato de donación

Supondría la celebración de un negocio jurídico por medio del cual las partes acordarían la celebración posterior de una donación. A efectos de la exposición, conviene distinguir el precontrato de donación dispositiva del precontrato de donación obligacional.

[387] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, *cit*., p. 554-564.

En relación con el precontrato de donación dispositiva, doctrina muy autorizada se ha opuesto a su admisión[388]. Se han aducido fundamentalmente dos razones, no exentas de posible crítica[389]:

- El precontrato genera un derecho personal o crediticio que obliga a las partes a perfeccionar con posterioridad el contrato definitivo, lo cual sería contradictorio con el carácter dispositivo de la donación, tal y como se desprende de la regulación del CC.
- Si fuese posible suscribir un precontrato de donación dispositiva, la ulterior donación no sería espontánea, sino obligada, como consecuencia del anterior precontrato, lo que repugnaría al carácter liberal de la donación.

La STS de 23 de diciembre de 1995[390] también se mostró contraria a la admisión del precontrato de donación, aunque concurrían defectos formales insubsanables, dado que el negocio estaba referido a la transmisión gratuita de un bien inmueble y no constaba en escritura pública[391].

Las objeciones a suscribir un precontrato de donación obligacional son menores. Como es lógico, la doctrina que ha defendido que la donación sería siempre, y en todo caso, un

[388] ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA: "Contrato de promesa", en *Estudios de Derecho privado. I Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 343-344; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: "La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, 1950, p. 1172; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 313; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., pp. 61-62.

[389] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 75, 2022, pp. 884-887.

[390] STS de 23 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6648, RJ 1995\9396; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).

[391] "Si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma el contrato es nulo o inexistente. Podemos aceptar a fines dialécticos la posibilidad de la pretendida calificación jurídica como precontrato, promesa de contrato o contrato preparatorio, atribuible al documento que analizamos, pero en este caso tenemos que coincidir con la mayoritaria doctrina y entender, que el donante que prometió informalmente donar, está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no ha donado. Con arreglo a la teoría tradicional del precontrato, anteriormente expuesta, la obligación de emitir en el futuro una declaración de voluntad (deber de contratar en qué consiste el objeto del precontrato) no es coercible directamente, teniendo que sustituirse por la correspondiente indemnización no pedida en los autos. Según la posición doctrinal que hemos llamado moderna, y que considera al precontrato como la ley de bases del contrato futuro, al exigirse que en el primero figuren en germen, o síntesis todos los requisitos exigidos para la validez del segundo, está determinando que la forma solemne exigida en la donación de inmuebles figure en el pretendido precontrato. Podemos por tanto resumir afirmando, que la promesa bilateral de donar inmuebles, aceptada por el donatario, o es ya en sí mismo una donación perfecta, o no puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación. Así pues, la simple promesa, como obligación de realizar una donación de inmuebles en el futuro, no es admisible en nuestro derecho, si tenemos en cuenta las prescripciones terminantes del art. 633 del C.c.. Por este camino del precontrato, tampoco son atendibles las peticiones de la parte demandante en lo que atañe a los discutidos bienes inmuebles".

contrato obligacional, no ha apreciado obstáculos para admitir un precontrato de donación obligacional[392], que no diferiría de un precontrato de compraventa o de permuta. No obstante, parte de la doctrina ha argumentado que, a pesar de que la donación es según el CC un negocio dispositivo, sería posible celebrar un contrato atípico de donación obligacional, en cuyo caso también sería posible concebir un precontrato de donación obligacional[393].

Con todo, el mayor problema que plantearía el precontrato de donación obligacional no sería su viabilidad técnica, sino su escasa aplicación práctica: constituiría una figura más propia de la elucubración teórica, dada la altísima improbabilidad de que pueda llegar a materializarse, ya que no se aprecian razones prácticas suficientes que justifiquen su perfeccionamiento en el mundo real[394].

En cualquier caso, un precontrato de donación debería cumplir los requisitos formales que exigen los arts. 632 y 633 CC, en función de si estuviese referido a una futura donación de bienes muebles o inmuebles. No resulta admisible un precontrato de un negocio formal que no cumpla los mismos requisitos formales que el negocio proyectado.

Si se admite la viabilidad de un precontrato de donación, ya sea dispositiva u obligacional, las diferencias con una donación obligacional son evidentes. En el precontrato de donación, las partes se obligarían a perfeccionar una donación en el futuro. En cambio, la donación obligacional constituye un contrato plenamente perfeccionado, en cuya virtud el donante ya ha quedado definitivamente obligado a entregar una cosa al donatario para transmitirle el dominio[395].

PUIG BRUTAU deslindó ambas figuras, resaltando la "tajante separación entre el proyecto manifestado de donación (en cuya fase el donante no está obligado) y la donación efectiva, que ya es tal por el solo hecho de que el donante se haya convertido en un deudor,

---

[392] O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, *cit*., pp. 82-84; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 59-63.

[393] DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MARÍA DOLORES: "La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 258, 1985, pp. 703-755; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español", *cit*., pp. 882-902.

[394] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español", *cit*., pp. 893-896, 916-917.

[395] BIONDI, BIONDO: *Le donazioni*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1961, pp. 385, 1004-1005; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, *cit*., pp. 414-417.

esto es, haya quedado obligado"[396]. La distinción entre precontrato de donación y donación obligacional fue igualmente destacada por DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ:

> "La donación obligatoria tiene naturaleza similar a la promesa de donación, aunque en rigor no resisten una plena identificación. La promesa suele reputarse donación obligatoria, identificándose uno y otro concepto asignándosele semejante tratamiento jurídico. En realidad, la diferencia es la misma que existe entre contrato preliminar o promesa de contrato y contrato definitivo. En la donación obligatoria hay un negocio jurídico de donación formado y completo, sin que precise para su eficacia ningún ulterior desarrollo; en la promesa también están determinados o son determinables los elementos constitutivos del negocio jurídico de donación, pero sólo representa una primera fase del desarrollo negocial, cuya finalidad es la consecución del negocio definitivo" [397].

Más recientemente, ALBIEZ DOHRMANN ha destacado que existe una diferencia sustancial entre el precontrato de donación y la donación obligacional: "mientras en ésta el donante se vincula acordando con el donatario la entrega gratuita de una cosa, en la promesa de donación el donante promete donar una cosa (promesa unilateral), que puede ser acep[t]ada (promesa bilateral)"[398].

4.3 Donación dispositiva no aceptada

En ocasiones, la donación obligacional ha sido confundida con la situación de pendencia que existe cuando una donación dispositiva todavía no ha sido aceptada, que en ocasiones ha sido incorrectamente denominada como promesa de donación[399]. La terminología empleada en estos casos es sumamente defectuosa, ya que la pretendida promesa de donación no solo plantea confusión con la donación obligacional (que también

---

[396] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 69.

[397] DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MARÍA DOLORES: "La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia", *cit*., p. 718.

[398] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4717.

[399] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 53; ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación", *cit*., pp. 413-414; SALAS CARCELLER, ANTONIO: "La ineficacia obligacional de la promesa de donación (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 8/2008, de 24 de enero), *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 17, 2008, p. 285; SALAS CARCELLER, ANTONIO: "La promesa de donación y su eficacia: Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del TS núm. 265/2019, de 10 mayo (Recurso de Casación núm. 3029/2016)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2019 (recurso digital).

puede ser denominada donación promisoria), sino también con el precontrato o promesa de donación (ya sea dispositivo u obligacional).

En la jurisprudencia, es habitual hacer referencia a la promesa de donación para aludir a la situación que se produce cuando una donación todavía no ha sido aceptada por el donatario.

La STS de 21 de diciembre de 1927[400] dijo que "sólo se desprende la existencia de una mera promesa de donación, que, por ser sólo promesa y no constar en escritura pública con expresión individual de los bienes donados a cada donatario, y con la aceptación de éstos, no produce nexo jurídico exigible entre los demandados y los demandantes".

La STS de 16 de febrero de 1996[401] también aludió a la promesa de donación. Tras un desigual reparto de los bienes de la herencia, el hijo favorecido confeccionó un documento privado en el que expresó «la fehaciente manifestación y expreso deseo de compartir en partes iguales con sus indicados hermanos, la plena propiedad, posesión, usufructo o beneficios que puedan producir las cerca de treinta y dos aludidas hectáreas (…) consignando a todos los efectos legales, que por esta manifestación se obliga así mismo, si fuera necesario o conveniente al reparto del patrimonio familiar al fallecimiento del padre, a otorgar las oportunas escrituras públicas». El firmante terminó incumpliendo el compromiso. El Tribunal Supremo rechazó la demanda interpuesta por las pretendidas beneficiarias, afirmando que "la declaración de distribuir en su día la finca, sólo podría calificarse, como ha hecho la Audiencia, en el uso de su facultad calificadora, como una promesa de futura donación de bienes inmuebles, y esta calificación no puede alterarse en casación, porque no es ilógica ni ilegal. Y consecuencia de esta calificación, es la negación de efectos jurídicos, puesto que esta Sala tiene declarado, la última vez en la reciente sentencia de 23 de diciembre de 1995, que no son admisibles las promesas de donación futura de bienes inmuebles". En el supuesto de hecho se apreció una donación de bienes inmuebles no aceptada por las pretendidas donatarias, y que además tampoco había sido formalizada en escritura pública.

[400] STS de 21 de diciembre de 1927 (ECLI:ES:TS:1927:777, JC, t. 179, 92; ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas).
[401] STS de 16 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:1000, RJ 1996\1257; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo).

La STS de 24 de enero de 2008[402] calificó como promesa de donación el compromiso suscrito por la madre y el padre en un convenio regulador en virtud del cual el segundo se comprometía a la futura transmisión gratuita de la mitad indivisa de un inmueble a favor de los hijos del matrimonio. La Sentencia constató que los hijos no habían aceptado la donación, añadiendo que "la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquélla en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación".

Esta doctrina fue reiterada por la STS de 25 de enero de 2008[403], dictada solo un día después. En un convenio regulador, los padres se comprometieron a donar unos determinados bienes inmuebles cuando los hijos cumpliesen veinticinco años. La Sentencia dijo que "el acuerdo entre los cónyuges de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran 25 años es una promesa de donación, no una donación, porque en su otorgamiento no concurre el donatario, que queda afectada por la doctrina expresada y por ello carece de efectos jurídicos". Y añadió que "el problema que plantea la donación contenida en el convenio regulador es que no se trataba de una donación de presente sino sometida a plazo: los veinticinco años de cada uno de los hijos. Se trataba, por tanto de una promesa de donación. En este caso podría admitirse que está otorgada en forma pública, pero al no concurrir la aceptación de los hijos, porque no podían intervenir al tratarse de un convenio regulador, no hay más que una promesa de donación, a la que debe aplicarse la doctrina resumida". La Sala entendió que se trataba de una promesa de donación, que nunca fue aceptada por los donatarios, "no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente", con lo que distinguió correctamente entre donación dispositiva todavía no aceptada (impropiamente denominada "promesa de donación") y donación obligacional[404].

La STS de 10 de mayo de 2019[405] se pronunció sobre una escritura pública en la que la madre se comprometía a transmitir gratuitamente a su hijo una serie de inmuebles,

[402] STS de 24 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:145, RJ 2008,218; ponente Encarnación Roca i Trias).
[403] STS de 25 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:211, RJ 2008\225; ponente Encarnación Roca i Trias).
[404] Con todo, el razonamiento de la Sentencia fue poco afortunado, pues es perfectamente posible una donación dispositiva aplazada, a la vista de la remisión que el art. 621 CC realiza al Libro IV del CC, sin que el aplazamiento de la disposición gratuita permita tildar como futura a la donación.
[405] STS de 10 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1452, RJ 2019\1910; ponente, Francisco Javier Arroyo Fiestas).

fijándose un plazo máximo de diez años para llevar a cabo la transmisión. Un año después, la madre otorgó una escritura en la que revocó el compromiso de transmisión gratuita. El hijo reclamó judicialmente el otorgamiento de la escritura pública de donación, lo que le fue concedido en primera y en segunda instancia. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la madre, con el argumento de que no se trataba de un compromiso obligacional, desconectado de la donación, sino de una promesa de donación, "no constando en el presente caso la aceptación de los bienes inmuebles ni de las participaciones sociales con anterioridad a la revocación". De nuevo se aprecia una falta de aceptación del beneficiario de la transmisión gratuita.

En todo caso, la diferencia entre la donación obligacional y la donación dispositiva no aceptada es evidente. Hasta que no se produzca la aceptación, no se habrá perfeccionado la donación dispositiva. Existirá una situación de pendencia, carente de efectos jurídicos: el donante habrá manifestado su deseo de transmitir gratuitamente una cosa, pero el donatario todavía no habrá aceptado la disposición. En cambio, la donación obligacional, una vez aceptada por el donatario, constituye un contrato plenamente perfeccionado: el donatario ya es titular de un derecho de crédito, consistente en poder exigir al donante la entrega de la cosa donada[406].

4.4 Donación dispositiva

La diferencia entre una donación dispositiva y una donación obligacional es fundamental, a la par que evidente.

En una donación dispositiva, que es la que está regulada en el CC, la perfección de la donación produce la automática transmisión de la propiedad (o de otro derecho real) al donatario, sin que sea necesaria la entrega o tradición de los bienes donados. Existe una concomitancia entre la perfección negocial y la transmisión de la propiedad. La entrega de la cosa no constituye una obligación a cargo del donante, sino un deber motivado por la detentación posesoria de una cosa que desde la perfección de la donación ya pertenecía al donatario.

[406] La distinción fue admitida por la SAP de Asturias (Sección 4ª) de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:APO:2009:1700, JUR 2009\332934; ponente Francisco Tuero Aller), que dijo que "puede argumentarse que existe cierta diferencia entre la promesa de donación cuando es unilateral, no aceptada por el donatario, y la donación obligacional respecto de la que sí medie esa aceptación".

En cambio, la perfección de la donación obligacional no produce ningún efecto dispositivo, sino que crea un derecho personal de crédito a favor del donatario. La donación obligacional obliga al donante a entregar una cosa al donatario, con la finalidad de transmitirle el derecho de propiedad (u otro derecho real) sobre la cosa que se ha comprometido a entregarle. Al ser un contrato situado dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, hasta que no se produzca la entrega o tradición no se producirá la transmisión del derecho real (arts. 609.II *in fine* y 1095 CC).

4.5 Donación dispositiva aplazada o suspensivamente condicionada

La diferencia entre una donación dispositiva y una donación obligacional sometida a término o a una condición suspensiva es la que se deriva de sus respectivos caracteres de negocio dispositivo y de contrato obligacional, respectivamente.

En una donación dispositiva aplazada o suspensivamente condicionada, llegado el término, o cumplida la condición suspensiva, el donatario se convierte automáticamente en propietario. El término o la condición operan como evento que provoca la perfección del entero negocio y la consiguiente efectiva disposición, con la consiguiente transmisión dominical, sin que resulte necesario para ello que el donante entregue las cosas donadas[407].

En cambio, en una donación obligacional, la llegada del término o el cumplimiento de la condición solo determinará el vencimiento de la obligación de entregar la cosa, pero no el perfeccionamiento del contrato. El plazo vencido o la condición cumplida no producen la transmisión del derecho real, sino el momento a partir del cual es el donatario está facultado para exigir la entrega de la cosa comprometida con la finalidad de adquirir un derecho real sobre la cosa donada.

4.6 Donación dispositiva de un crédito

El art. 1112 CC dice que "todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario". Y aunque el CC regula la transmisión de créditos y demás derechos incorporales en el Capítulo VII del Título IV del Libro IV del CC, dentro del Título relativo a la compraventa[408], en la actualidad

[407] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1233; ARIJA SOUTULLO, CARMEN: "La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad", *cit.*, p. 308.
[408] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 450: "Quedan por consiguiente en el Código sin regulación especial la constitución y transmisión gratuita de créditos y ésto explica suficientemente aquellos preceptos que aparentan carácter anómalo dentro de la donación de cosa, en los que se sanciona una remisión a las normas generales sobre obligaciones y contratos".

es pacífico que cesión de créditos es un negocio transmisivo autónomo, que se puede vehiculizar a través de contratos *inter vivos* onerosos o gratuitos[409].

Así las cosas, aunque la definición de donación del art. 618 CC parece pensar fundamentalmente en la donación de bienes corporales, al referirse a la disposición "de una cosa", se admite sin dificultad que la donación puede servir para transmitir derechos de crédito, también denominada doctrinalmente cesión *donandi causa*[410]. Obviamente, a tenor de lo dispuesto en el art. 632 CC, la donación dispositiva de un crédito debe constar en documento privado como presupuesto para su validez[411].

La perfección de la donación dispositiva, cuando tenga por objeto un crédito, provocará la automática transmisión de dicho derecho de crédito, sin necesidad de entregar

[409] La STS de 1 de julio de 1949 (ECLI:ES:TS:1949:114, RJ 1949\947; ponente Celestino Valledor y Suárez del Otero) dijo que "no obstante el progreso alcanzado por la evolución del pensamiento jurídico en punto a posibilidad de transmitir créditos, derechos y acciones, no permitida por actos intervivos y acción directa en derecho romano, y en punto también a delimitación del contenido propio de este contrato frente a otros afines, en particular el de compraventa, nuestro Derecho positivo, aunque admite, en términos generales, la posibilidad de la trasmisión, no acoge cumplidamente aquel avance científico, pues no regula específicamente la cesión intervivos a título gratuito, ni deslinda con precisión los derechos susceptibles de transmisibilidad, ni establece claro criterio de diferenciación entre este contrato y el de compraventa, según acusa el examen comparativo de los artículos 1464 y 1526 y siguientes del Código Civil". La STS de 7 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:665, RJ 1991\1153; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) señaló que "ese documento de cesión de tales derechos, no sólo fue suscrito por el cedente sino por las personas afectadas o destinatarias de la cesión, esto es, tanto del demandado como su esposa, es evidente que, incluso, incluyendo el mismo en la normativa genérica de los arts. 1526 y ss. del C.c., se estará en presencia de una modalidad contractual perfectamente amparada en la libertad reflejada en el art. 1255 del C.c., por cuanto en el mismo constan todos los requisitos esenciales para edificar un cuerpo contractual; de ahí que sin tener que plantearse si, efectivamente, tal contrato genera una compraventa o una donación, es suficiente que admitiendo esa calificación literalista que consta en el documento de cesión de derechos, su fuerza vinculante y el despliegue de efectos han de prevalecer". La STS de 26 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6222, RJ 2002\7873; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) dijo que la "cesión es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal, como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa". Finalmente, la STS de 11 de octubre de 2011 (ECLI ECLI:ES:TS:2011:6844, RJ 2011\7407; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel) afirmó que "el Código Civil regula la cesión en el título IV del libro IV, artículos 1526 a 1536, como una modalidad del contrato de compraventa, aunque no hay duda de que puede llevarse a cabo por medio de otros distintos -lo que ha permitido afirmar que se trata de un efecto jurídico común a contratos diferentes, que tienen por objeto un derecho de crédito, o que se trata de un contrato con causa plural-".

[410] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, pp. 4714-4715, 4722; CUADRADO PÉREZ, CARLOS: *La cesión de créditos*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 51, 53; SIMÓ SEVILLA, DIEGO: "El contrato de cesión", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º* (GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M., director; SAPENA DAVÓ, JOAQUÍN, y SAPENA DAVÓ, FRANCISCO, coordinadores), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 405.

[411] PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO: "Cesión de créditos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, 1988, p. 1099; CUADRADO PÉREZ, CARLOS: *La cesión de créditos*, *cit.*, p. 101; SIMÓ SEVILLA, DIEGO: "El contrato de cesión", *cit.*, p. 411.

los títulos de pertenencia (art. 1464 CC). El crédito es preexistente a la donación, y se transmite en virtud de la donación[412].

En cambio, la donación obligacional no supone la transmisión de ningún derecho de crédito. La perfección de la donación obligacional provoca el nacimiento de un crédito en la persona del donatario, consistente en el derecho a exigir al donante la entrega de la cosa en los términos convenidos. El crédito no es preexistente a la donación, y no se transmite en virtud de la donación: nace con la perfección de la donación.

No es acertado el planteamiento de algunos autores, que han postulado que la donación es obligacional si tiene por objeto la transmisión o la constitución de un derecho de crédito[413]. Nuestra discrepancia obedece a que conceptualmente no es lo mismo transmitir un derecho preexistente que crearlo en el momento de la perfección de la donación obligacional. De seguirse tal planteamiento, todas las donaciones de un crédito serían obligacionales, lo cual no está justificado, pues supondría negar que la donación dispositiva pudiese tener por objeto un derecho de crédito titulado por el donante que se desea transmitir al donatario.

Este planteamiento está directamente ligado con otra cuestión: si la cesión de créditos a título gratuito podría vehiculizarse a través de una donación obligacional. La cuestión es relevante, en la medida en que los créditos son derechos incorporales, no susceptibles de ser entregados materialmente, y la donación obligacional solo puede transmitir la titularidad de las cosas donadas en virtud de tradición, ya sea material o simbólica. De entenderse admisible la cesión de créditos canalizada a través de una donación obligacional, el cesionario solo adquiriría la titularidad del crédito cedido cuando el donante cedente entregue al donatario cesionario los títulos de pertenencia referidos en el art. 1464 CC.

---

[412] La transmisión del derecho de crédito a través de una donación provocará la novación subjetiva en la persona del acreedor, sin que para ello se requiera el consentimiento del deudor, sin perjuicio de que sea notificado con la finalidad de evitar que el pago al acreedor original pueda provocar la exoneración del deudor (art. 1527 CC). La cesión del crédito a través de una donación no comporta la subrogación, y, en consecuencia, no se extingue la obligación primitiva, que permanece vigente y no es sustituida por una nueva obligación.

[413] O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, *cit*., p. 80: "Dentro del concepto de la donación, se llama (…) *obligacional*, si transmite o constituye un derecho de crédito (te dono el crédito de 100 que tengo contra fulano; o te dono el derecho a reclamarme a mí que te pague 100 o te entregue esta finca o te constituya este derecho real a tu favor); es decir, queda obligado a transmitir después lo que dona ahora"; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 58: "La donación se puede llamar *real*, si versa sobre la transmisión o constitución de un derecho real; *obligacional*, si sobre transmisión o constitución de un derecho de crédito".

La respuesta al interrogante planteado ha de ser negativa, a la vista de la doctrina[414] y de la jurisprudencia[415], que entienden que la cesión de créditos es un negocio dispositivo o inmediatamente traslativo, al que no resulta de aplicación el sistema del título y el modo, de tal forma que la titularidad de los créditos cedidos se transmite con el perfeccionamiento del negocio de cesión, y no con la entrega de los títulos de pertenencia[416].

4.7 Obligación natural

El CC no reconoce expresamente a la obligación natural, aunque cabe sostener que se refiere implícitamente a ella en el art. 1901 CC[417], que dice que "se presume que hubo error

---

[414] PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO: "Cesión de créditos", *cit*., p. 1060; SIMÓ SEVILLA, DIEGO: "El contrato de cesión", *cit*., p. 413.

[415] Con gran profusión de argumentos, la STS de 4 febrero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:165, RJ 2009\1363; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel) afirmó expresamente que la transmisión del crédito cedido no se produce con la entrega de los títulos de pertenencia del crédito: "La cesión de créditos, regulada básicamente en el Código Civil, dentro del título destinado a la compraventa -capítulo VII-, tiene la naturaleza de un contrato traslativo, en el sentido de que el cedente no ha de efectuar ningún acto de entrega o traspaso de la posesión del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo y, correlativamente, para convertir en tal al cesionario -el artículo 609 del Código Civil exige el título y el modo para la transmisión de la propiedad y demás derechos reales-. Así lo declaran las sentencias de 12 de noviembre de 1993 -"...se configura la cesión como una compraventa especial, caracterizada por su contenido de cosas incorporales que matiza de distinta manera que en la compraventa la entrega y saneamiento de lo que se cede y de lo que se vende", razón por la que "al firmar éste el contrato, en prueba de conformidad, la cesión, como tal, quedó consumada..."- y 23 de noviembre de 1.993 -"que se haya o no cumplido lo previsto en el artículo 1.464 sobre entrega al comprador de la cosa vendida -en este caso habrá de referirse a los títulos de crédito, para su efectividad- es irrelevante... pues la... cesión no depende de la entrega-". La STS de 6 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5875, RJ 2013\7863; ponente Ignacio Sancho Gargallo) señaló que "la cesión tuvo lugar en el momento en que se pactó. (…) Esta eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando ha sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo. (…) Como afirma la doctrina, "el cesionario es titular del crédito cedido desde que se consintió la transmisión y no desde que se satisfizo el crédito en que consistía"". Y la STS de 3 noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3999, RJ 2021\4961; ponente Juan María Díaz Fraile) dijo que "la cesión de créditos y demás derechos incorporales son contratos traslativos que se perfeccionan por el mero consentimiento de cedente y cesionario (arts. 1526 y siguientes CC y 347 y 348 CCom), sin necesidad de acto alguno de entrega o traspaso posesorio del derecho cedido para dejar de ser titular del mismo".

[416] No obstante, el planteamiento de la doctrina y de la jurisprudencia puede ser objeto de crítica. De un lado, porque introduce una excepción a la teoría del título y el modo no contemplada en el art. 609 CC. Y de otro lado, porque la conclusión parece contradictoria con la naturaleza de la cesión de créditos, que no es un negocio autónomo, sino una transmisión que es el resultado de negocios jurídicos muy variados, onerosos y gratuitos, por lo que sería lógico defender que el efecto transmisivo de la cesión de cada crédito se producirá en función de la mecánica transmisiva propia del concreto negocio de transmisión subyacente.

[417] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: *La obligación natural*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 32, 46; REALES ESPINA, JUAN IGNACIO: *La obligación natural en el Código Civil*, Comares, Granada, 2000, pp. 52-61.

Según la STS de 24 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4431, RJ 2004\4432; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares), de las obligaciones naturales "hay un atisbo, estudiado hace tiempo por la doctrina científica, en el art. 1901 CC". La STS de 9 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:692, RJ 2007\3556; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) y la STS de 11 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4833, RJ 2007\4666; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares) dijeron que la idea de las obligaciones naturales "podría estar próxima al art. 1901 C.c.".

La STS de 14 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2468, RJ 1999\2584; ponente José Menéndez Hernández) afirmó que el art. 1756 CC reconoce una obligación natural, consistente en pagar intereses cuando no se hubiesen pactado, por lo que declaró la imposibilidad de unos cooperativistas de repetir los intereses que habían

en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa". Tal "causa justa" sería aquella que está desprovista de responsabilidad, pero que obliga en conciencia.

Otros textos legales sí se refieren a las obligaciones naturales. La Ley 510 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra dice:

> "No será repetible el pago cuando se haya hecho en cumplimiento de un deber moral, o impuesto por el uso, aunque no sea judicialmente exigible. El reconocimiento, la novación, la compensación y la garantía de las obligaciones naturales producen efectos civiles".

El art. 1302 del Código Civil francés alude a las obligaciones naturales de la siguiente forma:

> "Todo pago presupone una deuda: lo que se haya pagado sin ser debido está sujeto a repetición. No se permite la repetición respecto de las obligaciones naturales que hayan sido voluntariamente cumplidas"[418].

También existe una referencia a las obligaciones naturales en el art. 2034 del Código Civil italiano de 1942:

> "No está permitida la repetición de lo que haya sido espontáneamente entregado en cumplimiento de deberes morales o sociales, salvo que la prestación haya sido ejecutada por un incapaz.
>
> Los deberes referidos en el párrafo anterior, y cualesquiera otros para los cuales la ley no concede acción, pero excluye la repetición de lo que haya sido espontáneamente pagado, no producen otros efectos"[419].

---

satisfecho indebidamente a una cooperativa que había actuado como prestamista. Con todo, parece más seguro acudir a una interpretación del art. 1756 CC congruente con el art. 1755 CC que se aleje de la noción de obligación natural. *Vide* JORDANO FRAGA, FRANCISCO: "El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, 2002, pp. 1586-1598.

[418] "Tout paiement suppose une dette: ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. La répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées". En la versión original del *Code*, anterior a la reforma en materia de obligaciones aprobada en 2006, el mismo contenido aparecía en el art. 1235 original.

[419] "Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace.
I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti".

Finalmente, el art. 402 del Código Civil portugués de 1966 reconoce a las obligaciones naturales, señalando que "una obligación es natural cuando se fundamenta en un mero deber moral o social, cuyo cumplimiento no es exigible judicialmente, sino que corresponde a un deber de justicia"[420]. El art. 403 añade que lo cumplido espontáneamente, libre de toda coacción, es irrepetible, salvo que quien lo realizó no tuviese capacidad para realizar la prestación[421]; y el art. 404 recalca que no es posible pedir el cumplimiento forzoso de la prestación de las obligaciones naturales[422].

A la vista de la regulación en Navarra y en otros países de nuestro entorno, parece evidente que en la actualidad las obligaciones naturales quedan normativamente asimiladas a los deberes morales o sociales. De ello deriva la falta de acción para exigir su cumplimiento, y el carácter irrepetible de lo voluntariamente entregado como consecuencia de móviles internos o de conciencia. Como dijo la STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 25 de marzo de 1993[423], "los deberes morales o sociales alcanzan trascendencia jurídica no con el hecho determinante de su generación o asunción, sino con la realización de la conducta que su cumplimiento requería (…) al reconocer el ordenamiento jurídico en el deber moral cumplido la mediación de una causa bastante para el mantenimiento del "statu quo" derivado de su realización".

Parte de la doctrina ha identificado a la donación obligacional con la obligación natural, entendiendo que la prestación gratuita consistente en entregar una cosa a cambio de nada no sería ni coercible ni exigible jurídicamente. A modo de ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO señaló que "el que sólo se obliga a donar una cosa, ni dona ni se obliga. Crea todo lo más una obligación natural o imperfecta -si es que de tales obligaciones puede técnicamente hablarse-"[424].

[420] "A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça".
[421] "1. Não pode ser repetido o que for prestado espontâneamente em cumprimento de obrigação natural, excepto se o devedor não tiver capacidade para efectuar a prestação. 2. A prestação considera-se espontânea, quando é livre de toda a coacção".
[422] "As obrigações naturais estão sujeitas ao regime das obrigações civis em tudo o que não se relacione com a realização coactiva da prestação, salvas as disposições especiais da lei".
[423] STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993\2561; ponente Francisco Javier Fernández Urzainqui). Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).
[424] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., p. 751.

También se adscribió a esta línea de pensamiento GOMÁ SALCEDO, quien la desarrolló ampliamente:

> "Nada se opone, ni en el art. 1255 encontramos obstáculo alguno, a que alguien prometa a otro una prestación gratuita, y que éste acepte tal promesa; el problema estará en que el crédito así creado será incoercible (…) de modo que, cuando se vaya a exigir la prestación, podrá oponerse la excepción de falta de causa; el ánimo liberal que en su día existió ha desaparecido y no puede suplirse; ahora bien, si la prestación se cumple espontáneamente, no podrá reclamarse su devolución: con arreglo al art. 1901 será un pago de lo indebido -que no se está obligado a pagar-, pero hecho «a título de liberalidad» y, por ello, irrepetible.
>
> Llegamos por este camino a vislumbrar la esencial identidad entre la situación del que ha prometido realizar una prestación a título gratuito y la del obligado en una obligación natural. En ambos casos, sea porque el pago se ha hecho «a título de liberalidad» -promesa gratuita- o «por otra justa causa» -las que se suelen señalar como obligaciones naturales-, no se podrá repetir lo pagado. Pero el acreedor no puede exigir el cumplimiento de lo prometido"[425].

Más adelante, profundizó en la misma idea:

> "Nos atreveríamos a aventurar que, a nuestro entender, el grado de vinculación del que ha prometido realizar una prestación gratuita es aún más leve que el de quien se ve acuciado por un deber moral, de conciencia o de honor; aquí puede darse una imperiosidad, un grado de coacción íntima que, sobre todo para conciencias medianamente delicadas, puede acercarse mucho, y aún sobrepasar, a la del deudor civil normal. En cambio, en el ámbito normal de las relaciones sociales, una promesa hecha al viento, sin forma y sin entrega, puede estimarse carente de toda operatividad, sin más consecuencia para el incumplidor que un cierto descrédito y la acusación de poca fiabilidad y seriedad.
>
> El que promete donar y luego no lo hace no actúa ilícitamente; tal proceder no merece un reproche jurídico, aunque sí, en la mayoría de los casos, puede ser reprobable y reprobado desde el punto de vista personal y social, perjudicando su fama o concepto público. Incluso es posible que genere responsabilidad extracontractual o aquiliana si el favorecido por la promesa se embarca, confiado en

[425] GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II. Obligaciones y contratos*, *cit*., p. 510.

> ella, en una empresa que luego fracasa por falta de ese apoyo económico, o asume compromisos que luego no puede satisfacer por fallarle el presunto donante"[426].

De entrada, la identificación de la obligación natural con la donación obligacional cuenta con un importante escollo normativo, ya que el art. 1901 CC distingue lo recibido "a título de liberalidad" de lo recibido "por otra causa justa"[427]. Por ello, la doctrina más especializada ha resaltado la diferencia que existe entre la obligación natural y la donación[428], declarando su imposible asimilación conceptual, ya que quien realiza una atribución en virtud de una obligación natural cumple *solvendi causa*, lo que resulta incompatible con toda idea de gratuidad o de liberalidad que preside la actuación del donante, que en una donación obligacional se obliga a entregar algo a otra persona a cambio de nada, y sin tener ninguna obligación de hacerlo. La "justa causa" aludida en el art. 1901 CC se sitúa claramente extramuros de una obligación contractual vinculante.

Por otro lado, estos autores identifican la donación obligacional con una promesa inexigible desde el punto de vista jurídico: una suerte de manifestación unilateral informal, de difícil o imposible acreditación. Semejante planteamiento es manifiestamente incompatible con el concepto de donación obligacional que postulamos: un contrato vinculante, y, por tanto, coercible (arts. 1091 y 1256 CC), por medio del cual el donante se obliga a entregar una cosa al donatario con la finalidad de transmitirle gratuitamente un derecho real.

A mayor abundamiento, el elemento formal (arts. 632 y 633 CC), esencial en la donación obligacional, manifiesta de manera inequívoca la voluntad del donante de entregar una cosa al donatario sin recibir nada como contrapartida. Sin embargo, las obligaciones naturales están caracterizadas por la ausencia de forma esencial, debido a sus peculiares características.

En consecuencia, es erróneo identificar la obligación natural con la donación obligacional. El donante no cumple su obligación de entrega porque se vea compelido moral o éticamente, sino porque con anterioridad se obligó libre y conscientemente a ejecutar esa prestación, y debe darle cumplimiento, tal y como sucede en cualquier contrato. Las razones

---

[426] GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II. Obligaciones y contratos*, *cit*., p. 511.
[427] GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 82.
[428] REALES ESPINA, JUAN IGNACIO: *La obligación natural en el Código Civil*, *cit*., pp. 81-82, 164-173.

particulares por las que el donante decidió obligarse son irrelevantes en el momento de cumplimiento de una obligación previa, libre y conscientemente asumida. Es posible que el donante suscriba un contrato de donación obligacional como consecuencia de un íntimo deber moral o social, circunstancia que también puede concurrir en las donaciones dispositivas. Pero tal eventualidad constituye simplemente una posibilidad, no una regla general. La compulsión moral o social puede formar parte de los móviles o fines del donante, que no constituyen la causa del contrato[429]. Como puso de relieve la STS de 8 de marzo de 1957[430], "aun concediendo a los deberes morales o de conciencia, su mayor rango de aproximación o equivalencia a la obligación natural, carecería en derecho civil positivo del impulso necesario y determinante de acción para imponer su cumplimiento, quedando así remitida la eficacia de la obligación de conciencia a la esfera íntima".

Realmente, los autores que han equiparado a la obligación natural con la donación obligacional parten de una posición manifiestamente contraria a la posibilidad de que los particulares puedan celebrar contratos atípicos gratuitos consistentes en la asunción de una obligación de entrega. Su argumentación denota una evidente desconfianza en el comportamiento humano, pues dan por hecho que quien se obliga a entregar algo sin recibir nada a cambio cambiará de opinión e incumplirá su compromiso. Sin embargo, la realidad empírica evidencia que el incumplimiento del compromiso asumido es un riesgo igualmente predicable respecto de los contratos onerosos. Por ello, la razón de fondo que late en la identificación de la donación obligacional con la obligación natural tiene su raíz en cierto temor sociológico, pero no está fundamentado en razones estrictamente jurídicas.

4.8 Liberalidades de uso

No existe una definición legal de liberalidades de uso, concepto difuso al que parece referirse el CC utilizando expresiones bien distintas. El art. 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo "recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor". El art. 1041 CC dice que "no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre". El art. 1044 CC

[429] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.3.
[430] STS de 8 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:66, RJ 1957\1546; ponente Celestino Valledor y Suárez del Otero).

dispone que "los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento". El art. 1378 CC señala que durante la vigencia del régimen de gananciales serán nulas las disposiciones efectuadas a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, añadiendo que "sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso". El art. 1423 CC, al regular la liquidación del régimen de participación, establece que "se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso". El art. 1334 CC, en su versión original, después de reputar nulas las donaciones que realizasen los cónyuges durante el matrimonio, añadía que "no se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia". Finalmente, el art. 227 LC dice que "el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso".

La doctrina ha calificado a las liberalidades de uso como donaciones usuales[431]. Su razón de ser radica en usos y costumbres jurídicos consolidados y arraigados en el seno de un grupo social, cuyos miembros se sienten constreñidos a realizar regalos en momentos y circunstancias pautadas[432]. Las liberalidades sociales se realizan en obediencia a imperativos sociales, como consecuencia de una influencia y coacción moral provocadas por normas no jurídicas que regulan, fuera del campo del Derecho, la convivencia en sociedad[433].

Constituyen ejemplos de liberalidades de uso los regalos realizados con ocasión de celebraciones variopintas: cumpleaños, onomásticas, aniversarios de boda, bautizos, comuniones, celebración del matrimonio, formalización de la unión de hecho, superación de una oposición, o los que habitualmente se entregan en algunas fechas señaladas o festivas todos los años. Teniendo en cuenta quién es el destinatario de las dádivas, pueden distinguirse las liberalidades de uso hechas a los prometidos, a los cónyuges, a familiares, a ahijados y tutores, y a amigos u otras personas con las que se mantiene cierto grado de

[431] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4718.
[432] ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid, 2011, pp. 333-34.
[433] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 153.

amistad[434]. Se ha discutido si pueden ser calificadas como liberalidades de uso la limosna, la propina, el aguinaldo e incluso los alimentos y gastos funerarios[435].

Distinguir con precisión cuándo existe una donación y cuándo una liberalidad de uso puede resultar complejo en algunas ocasiones. Además de tener presentes las reglas impuestas por la costumbre y por los usos sociales, es habitual recurrir a la idea de la modicidad: el valor de lo regalado, puesto en relación con la capacidad económica de las partes involucradas en la liberalidad. Se trata de un concepto relativo que deberá valorarse según las circunstancias concurrentes[436], dado que en una determinada familia o círculo social un regalo puede ser considerado moderado, escaso o barato, mientras que en otro ese mismo presente puede ser reputado como desmedido, cuantioso o caro. Se ha afirmado, como criterio orientativo de carácter general, que quien recibe un bien valioso no correspondiente a su nivel económico no percibe una liberalidad de uso, sino una donación; y que quien no puede adquirir a título oneroso un bien, pero lo regala, hace una donación[437].

En cuanto al régimen jurídico de las liberalidades de uso, usualmente se señala que no resulta de aplicación el régimen jurídico de las donaciones en el CC[438]: ni las reglas de capacidad, ni las de forma, ni la exigencia de reserva de bienes suficientes para vivir o para pagar las deudas, ni pueden ser revocadas por las causas previstas para las donaciones, ni están sujetas a reducción en interés de las legítimas, ni las reglas de reducción por fraude[439]. Sin embargo, todo esto es construcción doctrinal. Las dos únicas normas positivas que regulan el régimen jurídico de las liberalidades de uso son el art. 1041 CC, que dispone que no estarán sujetas a colación[440], y el art. 1044 CC, que establece que los regalos de boda no se reducirán salvo que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.

---

[434] ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, *cit*., pp. 67-91.
[435] ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, *cit*., pp. 39-63.
[436] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 77: ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, *cit*., pp. 93-98.
[437] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4719.
[438] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 78; ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, *cit*., pp. 103-106; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4719.
[439] También se ha afirmado que no regiría la prohibición de donar bienes futuros sancionada en el art. 635 CC (ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, *cit*., 104). Sin embargo, la experiencia demuestra que las liberalidades de uso suelen consistir en entregas materiales de bienes, lo que no parece conciliable con la transmisión graciosa de bienes futuros.
[440] COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO: "Las liberalidades de uso", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1115.

A la vista de lo expuesto, las diferencias entre las liberalidades de uso y las donaciones obligacionales son evidentes. A diferencia de las primeras, las donaciones obligacionales se realizan libremente, sin que el donante tenga necesariamente por qué sentirse obligado a efectuar la donación presionado o coaccionado por los usos sociales o por la costumbre. A mayor abundamiento, las liberalidades de uso consisten en entregas de bienes muebles[441], mientras que las donaciones obligacionales pueden tener objeto la transmisión de bienes muebles e inmuebles.

Sin embargo, la mayor diferencia entre ambas figuras reside en su régimen jurídico. La normativa de la donación no es aplicable a las liberalidades de uso. Sin embargo, las normas reguladoras de las donaciones dispositivas en el CC sí que resultan aplicables analógicamente a las donaciones obligacionales, siempre que sean compatibles con el espíritu y el carácter obligacional del contrato[442]. Por ello, las donaciones obligacionales deben cumplir los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 CC; el donante debe reservar lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 CC) y no se puede dar ni recibir más de lo que se pueda dar o recibir por testamento (art. 636 CC), reglas cuyo incumplimiento puede provocar la reducción de la donación obligacional (arts. 654 a 656 CC); pueden ser revocadas por las mismas causas de revocación que el CC prevé para las donaciones dispositivas (arts. 646-652 CC); y deben ser colacionadas (art. 1035 CC).

En algún supuesto, es posible que una liberalidad de uso tenga una estructura negocial idéntica a la de una donación obligacional. Por ejemplo: una persona que está a punto de acceder a un establecimiento comercial recibe la petición de una persona para que le entregue una limosna. El cliente comunica al mendigo que le entregará dinero cuando salga, ya que en ese momento no lleva encima dinero en efectivo. Al salir del establecimiento, el cliente entrega la limosna comprometida. Hasta cierto punto, podría

[441] Por esta razón, parte de la doctrina ha cuestionado que las liberalidades de uso no deban ser reputadas como donaciones. Según CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, se suele considerar que el art. 632 CC no resulta aplicable a las liberalidades de uso, pero tal conclusión puede ser equivocada, pues "hay, al efecto, una opinión simple pero contundente: la propina, la limosna, el regalo de boda o de cumpleaños y otros actos similares son siempre donaciones manuales. Y, en este sentido, la celebración es simultánea a la entrega traditoria de la cosa mueble" (CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit*., p. 80).
Por otro lado, es sumamente discutible que puedan calificarse como liberalidades de uso las entregas dadivosas de bienes inmuebles, ya que en tales casos será difícil justificar el carácter módico del regalo. La realidad empírica demuestra que las liberalidades de uso suelen tener por objeto bienes muebles, con una especial preponderancia del dinero o de objetos de pequeño tamaño.
[442] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 1.3.

entenderse que existe una donación obligacional: se asume voluntariamente una obligación de entrega que es cumplida diferidamente. Sin embargo, esta dación de numerario es perfectamente distinguible de una donación obligacional: no se ha cumplido ningún requisito de forma, puesto que se trata de una mera manifestación verbal del promitente; no es posible acreditar si quien se ha comprometido a entregar la dádiva lo ha hecho asumiendo de manera seria y firme una obligación gratuita, o si por el contrario la promesa de futura entrega de dinero al salir se ha hecho para 'salir del paso'; y, en definitiva, no es posible exigir el cumplimiento forzoso del compromiso. Se aprecia en este punto la importancia que reviste la forma en la donación obligacional: delimita la frontera entre una simple manifestación verbal carente de significación jurídica y un compromiso contractual serio, deliberado y coercible[443], permitiendo establecer una clara distinción entre la donación obligacional, de un lado, y las obligaciones naturales y las liberalidades de uso, de otro.

4.9 Dotación dineraria sucesiva de fundaciones

El ordenamiento español únicamente permite la constitución de fundaciones por título gratuito. El art. 9.1 LF señala que las fundaciones pueden ser constituidas *mortis causa* o *inter vivos*. Dentro de esta segunda modalidad, que es la que aquí interesa, el art. 9.2 LF dice que "la constitución de la fundación por acto "inter vivos" se realizará mediante escritura pública". El contenido de esa escritura está regulado en el art. 10 LF, cuyo apartado c) obliga a que conste, necesariamente, "la dotación, su valoración y la forma y realidad de su aportación".

La regulación de la dotación de la fundación en proceso de constitución parece referirse a una donación obligacional. El art. 12.1 LF dice que la dotación podrá consistir en bienes y derechos de cualquier clase, con un valor mínimo que en principio debe alcanzar los 30.000 €. Y el art. 12.2 LF afirma que "si la aportación es dineraria, podrá efectuarse en forma sucesiva. En tal caso, el desembolso inicial será, al menos, del 25 por 100, y el resto se deberá hacer efectivo en un plazo no superior a cinco años, contados desde el otorgamiento de la escritura pública de constitución de la fundación".

Parte de la doctrina ha identificado a la dotación sucesiva con una donación obligacional. Para VATTIER FUENZALIDA, "la promesa de donación produce aquí un patrimonio especial y separado dentro de la masa de bienes y derechos perteneciente al

[443] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 5.4.

fundador, el cual se halla adscrito o destinado por su voluntad a la futura fundación"[444]. Y ello, porque, según su criterio, "el acto constitutivo de una fundación equivale a una promesa unilateral de donación de la que surge la obligación unilateral, también, que incumbe al fundador, de transmitir la titularidad a la futura fundación de los bienes y derechos que componen la dotación, mediante la entrega solemne de los mismos (arts. 632 y 633 CC)"[445].

Desde nuestro punto de vista, esta identificación de la dotación con la donación obligacional no es acertada, debido a dos razones.

En primer lugar, consideramos que este planteamiento incurre en una confusión conceptual. La constitución de una fundación exige la realización de dos actos distintos: el acto de fundación y el acto de atribución patrimonial o dotación. Aunque el art. 10 LF obliga a que ambos actos consten en la misma escritura pública, son actos conceptualmente distintos[446]. Buena prueba de ello es que para que la dotación económica despliegue eficacia será necesario que exista un negocio fundacional válido que cumpla todos los requisitos materiales y formales que exige la ley[447].

En segundo lugar, la dotación no puede ser aceptada por la fundación, porque la persona jurídica en constitución nace precisamente con la atribución patrimonial que es la dotación[448]. El efecto dispositivo de la dotación, que no tiene carácter recepticio, se fundamenta exclusivamente en la voluntad de los fundadores[449]. En cambio, como anteriormente justificamos[450], la donación obligacional es un negocio bilateral, cuya eficacia depende no solo de la voluntad del donante, sino también de la aceptación del donatario. No es posible confundir la donación obligacional con una atribución patrimonial unilateral por parte de aquel que pretenda desprenderse de sus bienes sin recibir nada como contrapartida.

---

[444] VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: "Las nuevas liberalidades de mecenazgo", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, 1994, p. 1063.
[445] VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: "Las nuevas liberalidades de mecenazgo", *cit*., p. 1063.
[446] DÍAZ BRITO, FRANCISCO JAVIER: "La aportación de bienes a las fundaciones", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 1059; BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA: *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2022, p. 166.
[447] DÍAZ BRITO, FRANCISCO JAVIER: "La aportación de bienes a las fundaciones", *cit*., p. 1053.
[448] BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA: *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular*, *cit*., p. 167.
[449] FERRANDO VILLALBA, MARÍA DE LOURDES: "Artículo 12. Dotación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre)* (OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS, coordinador), Tirant lo Blanch, València, 2008, p. 301.
[450] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 3.3.

La distinción conceptual entre la dotación de una fundación y la donación obligacional fue destacada por la SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015[451], que condenó a tres patronos a pagar la dotación que se comprometieron a realizar en la escritura de constitución de la fundación. La Sentencia distinguió conceptualmente una dotación sucesiva y una donación obligacional y fundamentó la condena en el art. 12 LF:

> "Se efectuó por 10 de los fundadores una aportación de 30.000 euros, para completar el mínimo suficiente que exige el citado art. 12 de la Ley de Fundaciones, lo que constituía la dotación inicial, y parte de ellos se comprometieron en concepto de cuotas ordinarias a aportar otros 357.000 euros cada uno en la forma y plazo descritos. Este compromiso no puede calificarse como dotación inicial con aportación diferida o sucesiva, pues no cumple el requisito de inicial desembolso del al menos el 25% de lo que su total representaría. Con independencia de la denominación que se le otorgase y de como fuera contabilizado, pues los contratos o compromisos son lo que son con independencia del nombre o naturaleza que les atribuyan las partes, entendemos que participa de la naturaleza jurídica de la dotación, al amparo de lo dispuesto en el nº 3 del citado art. 12, pues se trata de un compromiso de aportación dineraria asumido en título que lleva aparejado ejecución, cual es la escritura pública de constitución de la Fundación, conforme a lo dispuesto en el art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pasando por tanto el derecho de crédito que la Fundación ostentaba a la percepción de las cantidades en cuestión a integrar su patrimonio para el cumplimiento y desarrollo de los fines fundacionales. O bien al amparo del nº 4 del precepto comentado, pues se trata de un bien o derecho de contenido patrimonial aportado a posteriori y con destino al cumplimiento de las actividades y fines fundacionales. No deja de ser un dato relevante para atribuir a dichas aportaciones la naturaleza de dotación y no de donación, tal y como consigna el juzgador de instancia, el hecho propio de que los patronos aportantes no procedieran a su desgravación fiscal al amparo de lo dispuesto en la Ley 42/2002, cuando el compromiso asumido, tal y como se expone, no se asumió de forma condicionada o revocable".

Sin embargo, la Audiencia Provincial también destacó que, aunque el supuesto de hecho se hubiese examinado desde el prisma de la segunda, la solución alcanzada hubiese sido idéntica, debido a su carácter vinculante y coercible:

[451] SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:APVA:2015:774, AC 2015\1127; ponente Ángel Muñiz Delgado).

> "En todo caso y si dichas cuotas ordinarias no fueran consideradas como dotación, el compromiso de su aportación a título gratuito integraría la denominada donación obligacional u obligatoria. (…) Nacería con cargo a los donantes la obligación de transmitir a la Fundación las sumas de dinero calificadas como cuotas ordinarias, integrándose en el patrimonio de la Fundación el derecho de crédito para exigir el cumplimiento de dicha obligación, bien en los plazos pactados bien a posteriori y mientras no prescribiera la acción al efecto".

No obstante, deseamos aclarar que la individualidad que presenta la dotación sucesiva de una fundación en formación frente a la donación obligacional no impide que cualquier fundación ya constituida pueda incrementar su patrimonio a través de donaciones[452]. La LF no contempla expresamente que las fundaciones puedan recibir donaciones, aunque se desprende implícitamente del art. 22 LF, a tenor del cual "la aceptación de legados con cargas o donaciones onerosas o remuneratorias y la repudiación de herencias, donaciones o legados sin cargas será comunicada por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de los diez días hábiles siguientes, pudiendo éste ejercer las acciones de responsabilidad que correspondan contra los patronos, si los actos del Patronato fueran lesivos para la fundación". Y aun cuando no existiese el citado precepto, la posibilidad de que las fundaciones reciban donaciones se fundamentaría en el art. 38.1 CC, que dice que "las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales". En consecuencia, es perfectamente válido que una fundación ya constituida pueda recibir bienes por donación, tanto dispositiva como obligacional.

[452] DÍAZ BRITO, FRANCISCO JAVIER: "La aportación de bienes a las fundaciones", *cit*., p. 1053; BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA: *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular*, *cit*., pp. 166-167.

CAPÍTULO CUARTO
LA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA

Una vez explicado el concepto de donación obligacional, y perfilado su deslinde respecto a otros negocios, resulta imprescindible realizar un detenido análisis de la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la figura, tanto explícita como implícitamente.

Comenzaremos nuestro análisis con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para continuar con los pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Finalmente, realizaremos una valoración de la jurisprudencia.

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Existen diversas Sentencias del Tribunal Supremo que se han pronunciado sobre la naturaleza dispositiva u obligacional de la donación en el CC. También existe jurisprudencia relativa a compromisos de entrega gratuita de bienes que no terminan de amoldarse a los esquemas de la regulación de la donación en el CC, lo que habitualmente se ha vinculado con la donación obligacional.

A continuación, dividiremos los pronunciamientos del Tribunal Supremo en varios grupos, atendiendo a razones temáticas.

1.1 Sentencias favorables a la donación como contrato obligacional

Un primer grupo de Sentencias caracterizaron implícitamente a la donación como contrato de naturaleza obligacional, creadora de una obligación vinculante y exigible a favor del donatario.

La naturaleza obligacional de la donación fue implícitamente reconocida por la curiosa STS de 13 de julio de 1910[453]. Unos hermanos constituyeron una sociedad en Puerto Rico. Tiempo después, dos de los socios se obligaron a entregar a su sobrino, contratado como empleado, una participación del cinco por ciento de los beneficios que obtuviesen de la sociedad. La sociedad inicial fue disuelta, y los donantes constituyeron una segunda con

[453] STS de 13 de julio de 1910 (ECLI:ES:TS:1910:410, JC, t. 118, 106; ponente Ramón Barroeta y Jiménez).

idéntico nombre, y se comprometieron a entregarle al sobrino una participación en los beneficios del veinte por ciento, y al mismo tiempo, dejaron de pagarle el salario. El sobrino interpuso una demanda en la que solicitó que sus tíos fuesen condenados a pagarle el cinco por ciento de los beneficios de la sociedad en liquidación. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, condenando a los socios a pagar los beneficios comprometidos. En el recurso de casación, los socios alegaron que con el nuevo compromiso relativo a la nueva sociedad había quedado extinguido el compromiso primigenio. El Tribunal Supremo declaró que una cosa era el vínculo de servicios entre la sociedad y el asalariado, y otra muy distinta, el pacto suscrito entre los tíos y su sobrino, para concluir que "recayendo la promesa ó convenio otorgado por D. Mateo y D. Rafael Amorós sobre una parte de los beneficios que á los mismos correspondieran en la Sociedad tantas veces mencionada, es visto que mientras ésta no se liquidara definitivamente, quedaba subsistente la obligación particular contraída con Esteva". En definitiva, la Sala obligó a los tíos a cumplir la entrega gratuita comprometida al sobrino sobre los beneficios de la sociedad, lo que constituye un claro supuesto de donación obligacional o promisoria. A la vista del carácter vinculante y coercible del pacto suscrito, el supuesto de hecho no podía ser calificado como obligación natural.

La STS de 10 de mayo de 1916[454] se pronunció sobre una escritura pública que contenía la siguiente cláusula:

> "Movidos de su liberalidad hacen donación á Doña Rosario García y García de la suma fija y alzada de 62.500 pesetas que los donantes le entregarán mancomunadamente en fincas ó en dinero, á elección de los mismos, si la donataria llegase á quedar viuda de su actual marido, y dentro de los tres primeros meses de viudez renunciará á todo lo que por sus aportaciones, gananciales, cuota legal, herencia voluntaria, legado ó cualquier otro título pudiera correspondería al fallecimiento del mismo, pues en otro caso, esta donación se tendrá por no hecha; el impuesto de la donación será de cuenta de la donataria".

Ante la falta de entrega de los bienes comprometidos, la donataria interpuso una demanda en la que solicitó la entrega de los bienes donados. La Audiencia, revocando el fallo del Juzgado, estimó la demanda. Los donantes interpusieron un recurso de casación en el que alegaron, en esencia, que el compromiso alcanzado en la escritura no fue una donación, sino una transacción alcanzada en el marco de un juicio de testamentaría, y que al

[454] STS de 10 de mayo de 1916 (ECLI:ES:TS:1916:136, JC, t. 136, 65; ponente Mariano Luján Tejada).

haber estimado la demanda la Audiencia, había incurrido en incongruencia, toda vez que la estimación de la acción de cumplimiento de la donación se había acordado al mismo tiempo que se había constatado que no se había pactado ninguna donación, sino una transacción. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, negando que se hubiese producido incongruencia "aun cuando en los Considerandos aprecie que el contrato discutido es de transacción y no de donación, porque esta diferencia de criterio no afecta esencialmente á la naturaleza [y] efectos de la acción ejercitada, quedando resueltas, al tener por eficaz y subsistente el contrato". Añadió, además, que "en cuanto á los efectos jurídicos del contrato es indiferente que por los interesados se le califique con mayor ó menor acierto en el orden doctrinal, ya que debe atenderse á la naturaleza de la convención con preferencia al nombre que se le asigne y la interpretación que del pacto, cesión ó donación, complemento de la transacción convenida establece el tribunal a quo al examinar ambas escrituras". Si la reclamación fue estimada, condenando a los demandados a la entrega de los bienes comprometidos a título gratuito, es porque la Sala asumió un concepto obligacional de donación; de lo contrario, no podría haber dicho que resultaba indiferente que se calificase al compromiso como transacción o como donación. A mayor abundamiento, si el Tribunal Supremo hubiese partido de una naturaleza dispositiva de la donación, las demandantes deberían de haber ejercitado una acción reivindicatoria, y no una acción de cumplimiento de contrato, en cuyo caso, con total seguridad, sí que se habría apreciado una incongruencia entre lo pedido y lo concedido.

La STS de 15 de octubre de 1924[455] resolvió un litigio entre un duque y el Ayuntamiento de Madrid. El primero solicitó la revocación de la donación de un edificio con el argumento de la cesión gratuita del inmueble había quedado condicionada a que estuviese destinado a escuela-asilo, lo que habría incumplido por la corporación municipal. El Ayuntamiento se opuso a la demanda alegando que había instruido un expediente para la instalación del Bazar del Obrero en el inmueble donado, y que el duque había dirigido una carta mostrando su conformidad con el cambio de destino del edificio. En la réplica, el duque solicitó asimismo la nulidad de la donación con fundamento en que el Ayuntamiento no había aceptado la donación cumpliendo los requisitos formales exigidos en el art. 633 CC. El Tribunal Supremo confirmó las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia, que habían desestimado la demanda. En primer lugar, declaró que la pretensión de nulidad de la

[455] STS de 15 de octubre de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:78, JC, t. 164, 27; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane).

donación por cuestiones formales, introducida en el escrito de réplica, constituía un argumento novedoso, no expresado en la demanda, por lo que no podía ser examinado. En segundo lugar, entendió que se había producido una novación del contrato de donación en relación con el destino del inmueble donado, lo que era admisible con arreglo a lo dispuesto en el art. 621 CC. Y en tercer lugar, el Tribunal Supremo destacó que "en orden a la resolución de este recurso es antecedente básico del mismo el hecho, no discutido, de que como la donación del edificio Asilo se hizo por el hoy recurrente en el año 1904, y hasta 1909 primero, y 1915 después, el Ayuntamiento estuvo en posesión del mismo, conservándolo y cuidándolo, sin que por el donante se hubiese hecho, durante tal espacio de tiempo, reclamación alguna, es indudable había tenido una verdadera tradición o entrega de la cosa, por el donante al donatario". La aplicación de la teoría del título y el modo a la donación cuestionada es evidente, en la medida en que el Tribunal consideró perfeccionado el contrato a la vista de la posesión continuada por parte del donatario.

La STS de 8 de abril de 1926[456] constató que una señora y su dama de compañía habían suscrito un contrato de alquiler de una caja de seguridad en un establecimiento bancario. Al fallecer la señora, el administrador de la herencia abrió la caja de seguridad, y descubrió que existía gran número de valores, efectos y alhajas, que fueron incluidos en el inventario judicial. La señora de compañía promovió un incidente en el que solicitó la exclusión de tales bienes del caudal hereditario, con el argumento de que le pertenecían. Dicha pretensión fue desestimada, por lo que la señora de compañía interpuso una acción reivindicatoria, solicitando que le fuesen entregados los bienes encontrados en la caja de seguridad, con el argumento de que la causante se los había donado en vida. El Tribunal Supremo señaló, en primer lugar, que el título dominical esgrimido por la demandante era la donación, por lo que "debiendo ajustarse las donaciones entre vivos, según el artículo 621 del Código civil, a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones, incumbía a la demandante acreditar que en los actos realizados por doña Araceli, después de alquilado el departamento en la Caja acorazada del Banco, concurrieron los requisitos de consentimiento, objeto cierto materia del contrato y causa de la obligación, necesarios para la existencia del contrato, y que dicha señora conociese la aceptación de la donataria, sin la que no se puede estimar perfecta la donación, conforme al artículo 623 del propio Código". Además, la Sala negó

[456] STS de 8 de abril de 1926 (ECLI:ES:TS:1926:1247, JC, t. 170, 95; ponente Diego Medina García). Esta Sentencia fue objeto de comentario en DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Estudios sobre la jurisprudencia civil. II*, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 84-89.

que la entrega de unas llaves de la caja pudiese significar la existencia de la pretendida donación, ni una *traditio clavium* de los bienes depositados en la caja de seguridad. La cita del art. 1463 CC, invocado al dilucidar si había existido o no donación, vuelve a evidenciar que el Tribunal Supremo consideró a la donación cono un contrato obligacional, en el que la entrega de las cosas donadas constituía requisito indispensable para la transmisión de la propiedad. De lo contrario, no hubiese tenido sentido la discusión sobre el valor traditorio de las llaves de la caja de seguridad, a la vista de que lo que se discutió en el procedimiento judicial fue si la poseedora de las llaves podía ejercitar la acción reivindicatoria por haber adquirido la propiedad de los bienes existentes dentro de la caja de seguridad en virtud de una donación.

La STS de 22 de enero de 1930[457] resolvió un litigio promovido a resultas de un documento que decía lo siguiente: "como recompensa a los servicios prestados y premio a la conducta observada para conmigo por doña Graciela, le reconozco y soy en deber la cantidad de 100.000 pesetas, que le serán abonadas por mis herederos en metálico o fincas, a su elección. E ínterin se formaliza la correspondiente escritura, le doy el presente, que quiero que tenga la misma fuerza". La beneficiaria interpuso demanda contra los herederos de la donante, que fue desestimada en primera y en segunda instancia, debido a que la donataria no había aceptado la donación en los términos exigidos en el art. 632 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso con la siguiente argumentación:

> "El documento otorgado por D. Artemio en 9 de Mayo de 1907, constituye una donación intervivos (de cosa mueble), dado el carácter contractual que a esta clase de donaciones concede el artículo 621 del Código civil, es preciso justificar, para que tenga validez y eficacia jurídica, no sólo la aceptación por parte de la donataria, sino, además, que ésta sea por escrito y que se ponga en conocimiento del donante, sin cuyos requisitos no existe contrato perfeccionado, la donación es nula y no obliga a aquél, y, por tanto, tampoco a sus herederos, si no se prestan a cumplirla, conforme a lo prevenido en los artículos 623, 629, 630 y 632 del Código civil".

De nuevo es evidente que en esta Sentencia se entendió que la donación era un contrato obligacional, ya que entendió que la obligación de entrega de los bienes donados se hubiese transferido a los herederos si la donación hubiese sido aceptada cumpliendo los requisitos formales legalmente establecidos. En el razonamiento empleado por el Tribunal Supremo es

[457] STS de 22 de enero de 1930 (ECLI:ES:TS:1930:1519, RJ 1930\599; ponente Saturnino Bajo de Manjíbar).

evidente una concepción de donación idéntica a lo dispuesto en P 5.4.4, donde la propiedad de las cosas donadas se transmitía en virtud de la entrega o tradición de los bienes donados[458].

La STS de 7 de marzo de 1932[459] constató la existencia de una donación de dinero. La abuela, quien era donante y a la sazón tutora de sus nietos donatarios, "otorgó una verdadera donación de cosa mueble por ser de la manera más económica y factible que en esa época podía hacerse; es decir, constituyendo los depósitos, lo cual equivaldría a la entrega de la cosa, ya que careciendo los menores de capacidad para hacerse cargo de la donación y siendo su tutora la donante, es innegable que fueron simultáneas la donación constituyó los depósitos bancarios, que quedó perfeccionada con la aceptación y la entrega de los resguardos de los depósitos (…) y, por tanto, existiendo tal entrega y aceptación es válida y consumada la donación, según lo dispuesto en los artículos 618, 612, 629 y 632 del precitado Código civil, sin que sea lícito a la donante yendo en contra de sus propios actos revocarla". La alusión a la consumación de la donación, que fue anudada a la entrega de los títulos representativos del dinero donado y depositado, es bien elocuente.

La STS de 7 de diciembre de 1948[460] ha sido citada frecuentemente como un ejemplo de respaldo jurisprudencial a la donación obligacional[461]. En el litigio, se descartó la existencia de donación, con el argumento de que "en el caso controvertido no concurren ni el carácter de gratuidad de las prestaciones ni la intención en los contratantes de otorgar y recibir respectivamente una atribución patrimonial a título de liberalidad", dado que en el caso se había producido una retribución de ciertas actividades comerciales realizadas. Sin embargo, la Sentencia dijo expresamente, "en contra de la afirmación sentada por el Juzgado de primera instancia", que "son compatibles los términos obligación y donación, pues ésta puede revestir formas diversas, y entre ellas la creación de un crédito a favor del donatario". Por tanto, si bien es cierto que en las actuaciones no constaba la existencia de una donación

[458] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.
[459] STS de 7 de marzo de 1932 (ECLI:ES:TS:1932:1772, RJ 1932\947; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane).
[460] STS de 7 de diciembre de 1948 (RJ 1948\1433, ponente Felipe Gil Casares). Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).
[461] GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 71; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit.*, p. 125; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 337.

obligacional, y en consecuencia el pronunciamiento constituyó un *obiter dicta*[462], no hay duda de que el Tribunal Supremo dejó bien clara su postura favorable a su validez y eficacia.

La STS de 6 de febrero de 1954[463] constató la existencia de una donación por razón de matrimonio, descartando que se tratase de una donación *mortis causa*, y afirmó que la donación en cuestión no era incompatible con la entrega diferida de la cosa donada:

> "Constituye un acto intervivos por razón de matrimonio y no en consideración a la muerte, que va a tener vida real desde el momento que se casen en uno de sus extremos: el de la convivencia y cooperación, que está tan íntima e inseparablemente ligado con la donación al hijo del tercio de los bienes que dejen los padres al morir, que constituyen una prestación recíproca de esta donación, carácter este último que tiene ese acto de liberalidad, según el artículo 618 del Código Civil, porque en él se dispone gratuitamente de los bienes en favor del hijo que la aceptó, sin que opte para tal calificación que de momento no se hiciera entrega de cantidad alguna".

Con dicho razonamiento, se admitió implícitamente el carácter obligacional de la donación, pues de haberse asumido una concepción dispositiva de la donación, no hubiese tenido sentido la alusión a la entrega de los bienes donados.

La STS de 27 de marzo de 1957[464] constató la existencia de una donación *inter vivos* con efectos *post mortem*, negó que la donación en cuestión pudiese ser calificada como *mortis causa*, y destacó que la donación existió desde el momento de su perfección, y que generó un crédito a favor de los donatarios, si bien la entrega quedaba diferida hasta la muerte de los donantes:

> "Aquella donación contractual en capitulaciones matrimoniales, sobre las que se basa el régimen económico del matrimonio, es esencialmente irrevocable y motiva la propia donación que se ratifica por razón de matrimonio, otorgada con efectos indiscutibles en vida de donantes y donatarios, originando un crédito a favor de éstos, real y efectivo desde entonces, aunque de exigibilidad y cumplimiento diferido hasta la muerte de ambos donantes, con fecha incierta en el cuándo, pero con vida propia e irrevocable tanto porque no se reservó esa facultad, cuanto por la propia naturaleza de la donación integrada en aquellas capitulaciones y hecha en razón del matrimonio

[462] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 59; PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "Artículo 609", *cit*., p. 4461; ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 180.
[463] STS de 6 de febrero de 1954 (ECLI:ES:TS:1954:976, RJ 1954\689; ponente Acacio Charrín y Martín Veña).
[464] STS de 27 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:216, RJ 1957\1573; ponente Francisco Eyré Varela).

> proyectado y celebrado, como por los propios términos contractuales o voluntad de las partes contratantes que donan de presente y sólo aplazan para después de la muerte de ambos, la posesión de lo donado, lo que no es suficiente para calificarla de "mortis causa", conforme a la misma jurisprudencia de esta Sala, por cuanto quedó perfeccionada e irrevocable en vida, sin que su valor y efectos dependan de ese acontecimiento, salvo en la entrada en posesión antes aludida".

En la Sentencia late claramente una concepción obligacional de la donación, pues en caso contrario no hubiese tenido ningún sentido aludir a un derecho de crédito y a la entrega de la posesión. De haberse asumido una concepción dispositiva de la donación, llegado el término pactado, que era el fallecimiento de los donantes, los donatarios hubiesen adquirido automáticamente la adquisición de la propiedad de las cosas donadas, sin necesidad de entrega o tradición.

En el supuesto de hecho analizado por la STS de 13 de noviembre de 1962[465], un canónigo del Cabildo Metropolitano de Zaragoza había fallecido sin haber ordenado su disposición testamentaria. No obstante, su hermana, conocedora de su última voluntad, se comprometió a hacerla efectiva, otorgando un documento privado en el que hacía constar las cantidades de dinero que se donaban y las personas beneficiarias. La donante falleció sin haber entregado el dinero. Uno de los donatarios interpuso una demanda contra los herederos de la donante, solicitando que fuesen condenados al pago de la cantidad comprometida. En la segunda Sentencia de casación, el Tribunal Supremo declaró que "emitida la declaración de voluntad con ánimo de obligarse una persona a otra a título de disposición, se genera un derecho de crédito a favor de la designada por reflejar la voluntad del promitente y su consciente intención de asumir el deber de cumplir lo ofrecido, doctrina que no es posible dejar de tener presente cuando el acto unilateral va seguido de la aceptación del otro interesado". Tras destacar que la aceptación del donatario debe ser conocida por la donante, y que debe ser expresa y constar por escrito (arts. 623 y 632 CC), la Sala entendió que ambos requisitos se habían cumplido, debido a que la donataria reclamó la cantidad comprometida mediante una demanda de conciliación, lo que comportaba la expresa aceptación y por escrito de la donación efectuada a su favor, resultando intrascendente que la donante se hubiese personado o no en el acto de conciliación celebrado ante el Juzgado. Con ello, "quedó obligada al pago de lo ofrecido, que a su fallecimiento deben abonar los demandados

[465] STS de 13 de noviembre de 1962 (ECLI:ES:TS:1962:3047, RJ 1962\4288; ponente Federico Rodríguez Solano).

como se dispone en los artículos 661 y 1257 del Código Civil". En consecuencia, los herederos fueron condenados al pago de las cantidades comprometidas por su difunta madre.

Esta Sentencia reconoció la existencia de una donación obligacional[466]: una vez aceptada la donación, fue constatada la existencia de un derecho de crédito exigible por los donatarios, cuya obligación de pago se transmitió a los herederos. La similitud del razonamiento empleado por la Sala con el régimen jurídico de la donación justinianea, expresamente reconocida en las Partidas (P.5.4.4)[467], es notoria. Es evidente que más allá de las razones de conciencia que pudieron llevar a la hermana a asumir con cargo a su propio patrimonio la última voluntad de su hermano canónigo, el carácter vinculante y coercible de la obligación impide calificar el supuesto de hecho como obligación natural.

La STS de 27 de abril de 1972[468] negó la existencia de una donación *mortis causa*, y justificó la calificación de donación *inter vivos* porque se había producido la entrega o tradición ficticia de la cosa donada:

> "Según criterio del recurrente, la donación llevada a efecto no fue "intervivos", sino "mortis causa", supuesto este totalmente distinto y contrario al establecido en la sentencia combatida, que sienta categóricamente que la entrega de la escritura de donación a la donataria equivale a una "traditio ficta" y opera la transmisión real del inmueble donado, cuya porción más importante -el piso superior- permanecía desocupado, y por lo tanto, a disposición de la donataria, por lo que todo ello hace inoperante el alegato de encubrir una donación "mortis causa"".

---

[466] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 125. En contra, ATAZ LÓPEZ, para quien en esta Sentencia "no hay, propiamente, una promesa de donación futura", dado que "se trataba de una donación de dinero que, según el Código civil, solo requería que constara por escrito la voluntad del donante y la aceptación del donatario" (ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., pp. 172-173). Este planteamiento no parece acertado: si la donación no hubiese sido obligacional, la donataria debería de haber ejercitado una acción reivindicatoria, y no una acción de cumplimiento de contrato. Por otro lado, no explica este autor cómo es admisible, fuera del marco de una donación obligacional, que se pueda ejercitar una acción personal de cumplimiento frente a los herederos de la donante, con la finalidad de pagar un crédito coercible.
También negó DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS que esta Sentencia reconociese una donación obligacional: calificó el supuesto de hecho como "pacto corvino", y añadió que "no se trata de una verdadera *donación promisoria*, sino de una *donación aplazada* al momento de hacer efectiva la herencia de su hermano. (…) Luego no se trata del *cumplimiento* de una obligación, sino de la entrega *debida* a la donataria de algo que es suyo" (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 61). Sin embargo, no explicó este autor cómo era compatible su planteamiento con la estimación de una acción de cumplimiento forzoso, que se transmitió a los herederos de la donante; ni tampoco por qué no se ejercitó una acción reivindicatoria para reclamar la entrega, si la donataria ya era la propietaria al tiempo de interponer la demanda.
[467] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.c).
[468] STS de 27 de abril de 1972 (ECLI:ES:TS:1972:3018, RJ 1972\1862; ponente Antonio Peral García).

La STS de 6 de abril de 1979[469] afirmó que el párrafo segundo del art. 632 CC contempla expresamente la donación obligacional[470]. De hecho, se ha llegado a afirmar que esta Sentencia se pronunció "a favor de una consideración prácticamente absoluta de entender la donación como una institución obligacional"[471]. La Audiencia había revocado la Sentencia del Juzgado, y al estimar la demanda, había condenado al donante demandado a pagar un millón de pesetas a la donataria demandante. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, partiendo de la siguiente premisa:

> "Si en la donación manual -inciso primero del párrafo segundo del artículo 632 del Código Civil- se perfecciona y consuma el contrato por la simultaneidad en la expresión de voluntad y el acto dispositivo de transferencia y tránsito de un patrimonio a otro de la cosa donada, en la no manual, carente de esa unidad de acto, se precisa la aceptación posterior y por escrito del donatario que transforma la voluntad del oferente o donante en obligación exigible y a éste en deudor y así lo establece el citado precepto del Código Civil".

En el supuesto de hecho litigioso, se entendió que la donataria había aceptado expresamente y por escrito la donación al promover una demanda de conciliación, en la que reclamó el pago del millón de pesetas que el donante se había comprometido a entregar, "con lo que quedó obligado al pago de lo ofrecido". En todo caso, el planteamiento de la Sentencia es claro, al sostener que la perfección de la donación comporta el nacimiento de una obligación exigible al donatario, quien se convierte en deudor.

La STS de 10 de noviembre de 1979[472] dilucidó un procedimiento judicial motivado en que, durante varios años, un socio de una compañía mercantil entregó una parte de sus beneficios a sus hermanos, también socios, sin que tal entrega de dinero tuviese respaldo en las normas estatutarias. Cuando el hermano dejó de entregar a sus hermanos los beneficios, estos le demandaron. La pretensión fue desestimada en primera y en segunda instancia. El

[469] STS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas).
[470] En contra, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, quien adujo que el supuesto de hecho sería en realidad una donación remuneratoria, y que no existiría *animus donandi* (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 59). Las objeciones son fácilmente rebatibles. En primer lugar, la donación obligacional también puede ser remuneratoria. En segundo lugar, además de que el autor no justificó por qué no existiría en este caso *animus donandi*, no hay que perder de vista que es más que dudoso que constituya un requisito exigible a toda donación (*vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.6).
[471] MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLES JOAN: "Donación y revocación", *cit.*, p. 1962.
[472] STS de 10 de noviembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4813, *Colección Legislativa de España*, noviembre-diciembre 1979, 369; ponente Antonio Fernández Rodríguez).

Tribunal Supremo consideró que cada una de las entregas de dinero fue una donación manual independiente y diferenciada, y que no se había pactado una donación "a futuro" que obligase al hermano a entregar los beneficios de los ejercicios sociales sucesivos, dado que el convenio no se había plasmado por escrito, y, por tanto, no se había cumplido la forma exigida por el art. 632 CC. No obstante, la Sentencia dio a entender que sí que existiría una "donación obligación", amparada por el art. 632 CC, si el convenio se hubiese plasmado en un documento privado:

> "Aunque, a los efectos dialécticos, se entendiese que la invocada donación, con el alcance pretendida por el tan citado recurrente, pudiese merecer la consideración jurídica de donación obligación, en cuanto actúa creando un crédito amparado por el artículo 632 del Código Civil, siempre significaría el acto de liberalidad que contempla el artículo 618 del Código Civil, al reflejar enriquecimiento del donatario, empobrecimiento del donante y "animus donandi", o sea, intención de hacer liberalidad, como consecuencia de transferir un derecho propio, del donante, constituyendo un derecho a favor del donatario, asumiendo hacia éste una obligación, en todo caso afectando a bienes muebles, como lo es en el presente caso, que como ya viene dicho únicamente tiene valor, si es constituido de modo verbal, cuando es manual, es decir, si va acompañado de la entrega simultánea de la cosa donada, ya que, también una vez más sea dicho, en otro caso no surtiría efecto si no es haciéndolo por escrito y consta en la misma forma la aceptación".

La STS de 21 de febrero de 1986[473] conoció de un litigio en el que el demandante alegó ser propietario de unas acciones al portador de una sociedad anónima, como consecuencia de la donación que le había hecho su padre en documento privado. La demanda, dirigida contra la heredera del donante, solicitó la declaración de propiedad y la entrega de los títulos depositados en la caja de la sociedad. La demanda fue estimada en primera y en segunda instancia. El Tribunal Supremo confirmó el pronunciamiento, haciendo hincapié en que una cosa era el contrato de transmisión de las acciones, que producía todos sus efectos entre quienes lo suscribieron y sus herederos, quienes recíprocamente podían compelerse a formalizarlo, puesto que su efectividad no dependía de la presencia del funcionario o mediador de ninguna clase; y cosa distinta, la ejecución o transmisión de las acciones enajenadas; "lo que equivale a decir, como correctamente proclama la Sala "a quo", que nos

[473] STS de 21 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7723, RJ 1986\934; ponente Matías Malpica González-Elipe).

hallamos en una situación similar a la contemplada en el art. 1279 del C. Civil, que es precisamente la facultad que ha esgrimido el donatario, con vista de la celebración correcta del contrato de donación (art. 632-2º párrafo del C. Civil) para lograr la ejecución o transmisión de las acciones donadas". En definitiva, esta Sentencia reconoció una donación obligacional[474], por cuanto determinó que la heredera del donante estaba obligada a la entrega de las cosas donadas con la finalidad de ejecutar la transmisión dominical, sin plantear en ningún momento que para obtener la posesión de las acciones resultase procedente el ejercicio de una acción reivindicatoria.

La STS de 14 de mayo de 1987[475] abordó los requisitos formales de las cláusulas de reversión de las donaciones de bienes inmuebles, aunque también se pronunció, *obiter dicta*, en el sentido de asumir una donación obligacional. Según la Sala, el requisito formal de la escritura pública (art. 633 CC) abarcaba todo el contenido negocial, incluido, en su caso, el pacto de reversión, que debía estar sometido a sus mismas exigencias solemnes. En consecuencia, declaró que en las donaciones de bienes inmuebles no son admisibles los pactos de reversión, simultáneos o posteriores a la donación, de carácter verbal o plasmados en documento privado. Y ello es así, "ya se entienda que la reversión produce simple efectos modificativos de la anterior donación, ya se admita, lo que parece más acorde con el mecanismo de este negocio jurídico, que una vez producido el efecto traslativo del dominio en virtud de la donación, seguida de tradición, la introducción de dicho pacto implica una nueva donación del donatario al donante o a un tercero -según quién sea el favorecido- en la hipótesis de cumplimiento de la condición a la que se supedita la reversión". Aunque la referencia a que la donación transmite la propiedad seguida de tradición era perfectamente prescindible para resolver el objeto del recurso, el Tribunal consideró conveniente plasmar su sentir en relación con la mecánica transmisiva de la donación.

La STS de 17 de abril de 1998[476] hubo de dirimir cómo conciliar los aparentemente contradictorios arts. 623 y 629 CC. Para reforzar su argumentación, el Tribunal dijo lo siguiente:

[474] ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA: "Sentencia de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2548). Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, 2006, pp. 779-780.
[475] STS de 14 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:9066, RJ 1987\3442; ponente Rafael Pérez Gimeno).
[476] STS de 17 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:2474, RJ 1998\2983; ponente Alfonso Villagómez Rodil).

> "Ha de tenerse en cuenta que la donación controvertida no se trata de obligacional, sino efectuada como traslativa de la propiedad y así se hace constar en la escritura de 17 de junio de 1983, en la que los donantes ceden la nuda propiedad del inmueble, que hacen suyo los cuatro hijos beneficiados por cuartas partes indivisas, por lo cual resulta concurrente, de modo bien expresado, la voluntad de trasmitir y la de adquirir generada por la aceptación de los destinatarios del bien transferido, que ingresó de este modo en el patrimonio de los mismos, con lo cual los donantes quedaron vinculados y el acto jurídico de donar resulta plenamente eficaz por la cesión patrimonial llevada a cabo a medio de la escritura pública en la que consta".

A la luz de esta Sentencia, es obvio que el Tribunal partió de la base de que era posible un doble efecto transmisivo de la donación, como negocio traslativo y como contrato obligacional. De no ser así, la alusión que realizó la Sentencia a la donación obligacional no hubiese tenido ningún sentido.

La STS de 18 de marzo de 2005[477] reconoció implícitamente la validez de una donación obligacional. El demandante solicitó la declaración de inexistencia, o alternativamente, la nulidad de una donación de acciones, plasmada en documento privado, con el argumento de que "no existían en esa fecha y por consiguiente no podían ser donadas", debido a que se habían suscrito en un aumento de capital no inscrito. A estos efectos, conviene mencionar que el art. 62 LSA, aplicable *ratione temporis*, decía que "hasta la inscripción de la sociedad o, en su caso, del acuerdo de aumento del capital social en el Registro Mercantil no podrán entregarse ni transmitirse las acciones". Las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia Provincial habían declarado la nulidad de pleno derecho de la donación. Sin embargo, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación y desestimó la demanda. A tal efecto, argumentó que la prohibición del art. 62 LSA afectaba solamente a la emisión y entrega de las acciones antes de la inscripción de la sociedad o del aumento del capital, pero no prohibía la celebración de negocios sobre esas acciones, dejando para momento posterior su consumación mediante la transmisión de los títulos una vez creados. Por tanto, consideró la validez de la donación de las acciones suscritas en un aumento de capital todavía no inscrito aludiendo a la eficacia obligacional de la transmisión. Ahora bien, en la medida en que la transmisión de las acciones tuvo lugar a través de una donación, la decisión del Tribunal Supremo podría entenderse contraria al art. 635 CC, que prohíbe la

[477] STS de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1728, RJ 2005\2548; ponente Román García Varela).

donación de bienes futuros. La única manera de eludir la aplicación de este precepto es calificar el negocio de transmisión como donación obligacional, debido a que a esta modalidad de donación no resulta de aplicación el art. 635 CC, como consecuencia de su ausencia de efectos dispositivos inmediatos[478]. Por tanto, esta Sentencia constituye una aceptación implícita de la donación obligacional, aunque cabe dudar si la Sala llegó a plantearse la resolución del litigio tomando en consideración esta perspectiva[479].

La STS de 25 de enero de 2008[480] analizó un convenio regulador en el que los cónyuges pactaron donar unos determinados bienes inmuebles a sus hijos cuando estos cumpliesen veinticinco años. La Sala entendió que se trataba de una promesa de donación, que nunca fue aceptada por los donatarios, "no donación meramente obligatoria como afirma el recurrente". La puntualización de la Sala denota la admisión de la donación obligacional, que fue correctamente distinguida de una donación dispositiva no aceptada por el donatario.

1.2 Sentencias que aludieron a "promesas de donación" distinguibles de la donación obligacional

En este análisis jurisprudencial no pueden ser orilladas algunas Sentencias del Tribunal Supremo un tanto heterogéneas, cuyo nexo común viene constituido por alusiones a promesas de donar. Sin embargo, un detenido análisis de los hechos enjuiciados permite constatar que en los supuestos de hecho analizados no se había pactado una donación obligacional.

La STS de 14 de marzo de 1985[481] ha sido destacada como supuesto apoyo jurisprudencial a la donación obligacional[482]. En un contrato de extinción y disolución de una sociedad civil, se pactó que el marido se quedaría con el negocio y varios de sus activos, y que a cambio cedería a su mujer el pleno dominio de una nave industrial, sin recibir cantidad o precio alguno a cambio. Ante el incumplimiento de la cesión del inmueble, la beneficiaria interpuso una demanda en la que se solicitó la condena al otorgamiento de

[478] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 3.3.3.
[479] ALONSO PÉREZ señaló que "la consecuencia se cifra en admitir una donación obligacional, resultado que, probablemente, no pretendía el Tribunal Supremo" (ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA: "Sentencia de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2548). Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil", *cit*. p. 785).
[480] STS de 25 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:211, RJ 2008\225; ponente Encarnación Roca i Trias).
[481] STS de 14 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:568, RJ 1985\1165; ponente Rafael Casares Córdoba).
[482] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 337.

escritura pública de donación de la nave industrial. La pretensión fue estimada en segunda instancia. El demandado interpuso recurso de casación, que fue desestimado. El Tribunal Supremo dijo que "abstracción hecha de la verdadera naturaleza del contrato", su interpretación no había sido absurda, porque que la obligación de ceder la nave industrial no estaba condicionada al cumplimiento de ninguna obligación por parte del beneficiario. Y en lo relativo al incumplimiento de los requisitos formales del art. 633 CC, dijo:

> "La validez de la donación que el recurrente cuestiona por faltarle el requisito de forma que aquella norma civil impone tampoco afecta al mandato jurisdiccional que, atento a tal exigencia formal lo que impone es, justamente, el otorgamiento por el demandado a favor del demandante de escritura pública de donación de un inmueble, por entender, la Sala sentenciadora en la función interpretativa de los contratos de que se ha hecho mérito más atrás, que eso fue lo convenido por los suscribientes de aquel repetido contrato de uno de octubre de mil novecientos setenta y tres".

Lo cierto es que a la vista de las circunstancias del caso no existió donación, sino transacción[483]: la cesión del inmueble fue acordada como contraprestación a las atribuciones patrimoniales convenidas en una disolución patrimonial compleja, el reparto de los activos de la sociedad. Por tanto, no hubo liberalidad, porque la cesión del inmueble comprometida no tenía carácter gratuito, sino oneroso. Como prueba de ello, la STS de 3 de marzo de 1995[484] se refirió a la Sentencia comentada diciendo que "no es válida, pues, la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública, que parece mantener la Sentencia de 14 de marzo de 1985, ocurriendo que en el caso que contemplaba, aunque calificado el acto de donación, no lo era".

La STS de 23 de diciembre de 1995[485] versó sobre un documento privado en el que las propietarias de un piso, de una casa con huerto y de otras fincas con mobiliario y animales, declararon ceder sus derechos al demandante, "en reconocimiento por los servicios y asistencias que recibimos de Gerardo y su esposa, y que tan pronto podamos las haremos en escritura ante Notario, queriendo que en este momento, por si nos ocurre algo, sea firme y valedero". Ante el incumplimiento del compromiso de cesión, el beneficiario demandó a los

[483] DURÁN RIVACOBA, RAMÓN: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 233; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 60; PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "Artículo 609", *cit*., p. 4461.
[484] STS de 3 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:1245, RJ 1995\1775; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes).
[485] STS de 23 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6648, RJ 1995\9396; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).

herederos de las cedentes, pidiendo el cumplimiento de lo convenido. Quizá debido a que el compromiso constaba en documento privado, y no en escritura pública, en la demanda se calificó el documento como precontrato de donación, haciendo hincapié en la diferencia entre el contrato preliminar, y el que se debe celebrar en cumplimiento o ejecución del anterior. La pretensión fue desestimada en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandante. Respecto a los bienes inmuebles, señaló que, tratándose de un precontrato de donación, y al no constar en escritura pública, debía reputarse como nulo o inexistente, porque "tenemos que coincidir con la mayoritaria doctrina y entender, que el donante que prometió informalmente donar, está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no ha donado". En este contexto de falta de requisitos formales, el Tribunal señaló que "la promesa bilateral de donar inmuebles, aceptada por el donatario, o es ya en sí mismo una donación perfecta, o no puede determinar en el futuro la obligación de realizar una donación. Así pues, la simple promesa, como obligación de realizar una donación de inmuebles en el futuro, no es admisible en nuestro derecho, si tenemos en cuenta las prescripciones terminantes del art. 633 del C.c.". En relación con los bienes muebles, la Sala entendió que el objeto del compromiso (mobiliario, bienes, ganado) quedaba "totalmente indeterminado, y posiblemente indeterminable", por lo que la cesión de bienes carecía de eficacia.

De esta Sentencia puede deducirse que el Tribunal Supremo consideró que en el Derecho vigente no está admitido el precontrato de donación, especialmente si tiene por objeto la disposición a título gratuito de bienes inmuebles sin cumplir los requisitos del art. 633 CC[486]. Sin embargo, a la vista de la calificación del negocio enjuiciado, no se pronunció sobre la validez de la donación obligacional o promisoria.

La STS de 16 de febrero de 1996[487] trajo causa de un desigual reparto de los bienes de la herencia de una madre. El hijo que resultó beneficiado confeccionó un documento privado unilateral en el que expresó "la fehaciente manifestación y expreso deseo de compartir en partes iguales con sus indicados hermanos, la plena propiedad, posesión, usufructo o beneficios que puedan producir las cerca de treinta y dos aludidas hectáreas (…) consignando a todos los efectos legales, que por esta manifestación se obliga así mismo, si

[486] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.2.
[487] STS de 16 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:1000, RJ 1996\1257; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo).

fuera necesario o conveniente al reparto del patrimonio familiar al fallecimiento del padre, a otorgar las oportunas escrituras públicas". El beneficiario rindió a sus hermanos cuentas de los productos de las fincas hasta el fallecimiento del padre. Tras un cambio de actitud, los hermanos solicitaron judicialmente el cumplimiento del compromiso. El Tribunal Supremo rechazó la pretensión, señalando lo siguiente:

> "La declaración de distribuir en su día la finca, sólo podría calificarse, como ha hecho la Audiencia, en el uso de su facultad calificadora, como una promesa de futura donación de bienes inmuebles, y esta calificación no puede alterarse en casación, porque no es ilógica ni ilegal. Y consecuencia de esta calificación, es la negación de efectos jurídicos, puesto que esta Sala tiene declarado, la última vez en la reciente sentencia de 23 de diciembre de 1995, que no son admisibles las promesas de donación futura de bienes inmuebles".

A la vista de los hechos enjuiciados, el supuesto de hecho no constituía un precontrato de donación, ni una donación obligacional, sino una promesa u oferta unilateral de donación de bienes inmuebles, que además no constaba en escritura pública, y que no había sido aceptada por los beneficiarios.

La STS de 25 de noviembre de 2004[488] conoció de un litigio derivado de una promesa de retribuir los servicios prestados por el demandante como mandatario en la gestión de recalificación y venta de un solar, cuantificados en el valor equivalente al apartamento más barato de los construidos en el edificio. Frente a la Sentencia de la Audiencia, que había revocado la del Juzgado estimando la reclamación, se interpuso recurso de casación, en el que se argumentó, en síntesis, que se trataría de una donación remuneratoria que no constaba en escritura pública, por lo que era nula de conformidad con el art. 633 CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, señalando que no existía donación remuneratoria, sino un contrato atípico o complejo de mandato y arrendamiento de servicios, en el que la contraprestación ofrecida dependía del resultado beneficioso para los intereses económicos del demandado, que se produjo, por lo que, cumplida la condición, le incumbía el deber de atender a lo que prometió. La Sala añadió que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles (Sentencias de 23-12-1995 y 16-2-1996), debiendo tenerse en

[488] STS de 25 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7675, RJ 2004\7251; ponente Alfonso Villagómez Rodil).

cuenta las prescripciones terminantes del artículo 633 del C. Civil". Esta cita resultó un tanto extravagante: si el convenio origen del pleito tenía naturaleza onerosa, no parece tener ningún sentido la alusión a unas promesas de donación que en el supuesto de hecho brillaban por su ausencia.

En la STS de 10 de mayo de 2019[489], se había formalizado una escritura pública en la que la madre se comprometía a transmitir gratuitamente a su hijo una serie de inmuebles, fijándose un plazo máximo de diez años para llevar a cabo dicha transmisión. Además, en la misma escritura, la madre confirió poder especial al hijo para que pudiese otorgar la correspondiente escritura de transmisión gratuita, aunque incurriese en autocontratación o existiesen intereses opuestos. Un año después, la madre otorgó escritura de revocación del compromiso de transmisión gratuita y del poder. El hijo interpuso demanda en la que solicitó que la madre fuese condenada a otorgar escritura pública de formalización del compromiso de transmisión gratuito efectuado en el plazo que fijase el juzgador. El Juzgado estimó la demanda, que fue confirmada en segunda instancia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la madre, con el argumento de que no se trataba de un compromiso obligacional, desconectado de la donación, sino de una promesa de donación, figura que "se encuentra al margen de nuestro ordenamiento jurídico como reiteradamente ha establecido la doctrina jurisprudencial de esta sala". Además, se destacó que "no consta[ba] en el presente caso la aceptación de los bienes inmuebles ni de las participaciones sociales con anterioridad a la revocación". En el supuesto de hecho no se aprecia la existencia de una donación obligacional, ni de un precontrato de donación, sino de una promesa unilateral de donación que jamás fue aceptada por el pretendido donatario, a pesar de constar en escritura pública.

1.3 Sentencias aparentemente contrarias a la donación obligacional

Existen varias Sentencias del Tribunal Supremo que aparentemente habrían manifestado expresamente su oposición a admitir una donación obligacional. Sin embargo, un análisis detallado de los supuestos de hecho enjuiciados no permite alcanzar una conclusión tal evidente.

[489] STS de 10 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1452. RJ 2019\1910; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas).

La STS de 6 de junio de 1908[490] es muy relevante, en la medida en que ha sido reiteradamente destacada por la doctrina como pretendido ejemplo paradigmático de jurisprudencia opuesta a la donación obligacional[491]. Una persona prometió a otra donar el capital suficiente para que le rentase treinta duros mensuales. La Sentencia dijo lo siguiente:

> "Del concepto de la donación, según lo establecen los artículos 618 y 619 del Código civil, se desprende que constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa de disponer de una cosa en favor de otra persona, aunque fuese aquélla aceptada, porque siendo la mera voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos, es indispensable para su efectividad la acción ó realización del acto por el donante y la aceptación probada de parte del donatario en la forma y términos que establece el artículo 632 del mencionado Código".

Lo bien cierto es que no se declaró la nulidad de la donación porque fuese una donación obligacional. La única razón por la que consideró nulo el contrato de renta vitalicia constituida a título gratuito fue porque la aceptación no había cumplido los requisitos formales exigidos por el art. 632 CC[492]. De hecho, varias Sentencias posteriores han citado la STS de 6 de junio de 1908 para destacar el carácter formal de la aceptación de las donaciones, so pena de nulidad[493]. La propia Sentencia lo aclaró sin solución de continuidad:

---

[490] STS de 6 de junio de 1908 (ECLI:ES:TS:1908:131, JC, t. 111, 84; ponente Ramón Barroeta y Jiménez).

[491] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, pp. 1229-1231; FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 357-358; GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, pp. 71-72; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit.*, p. 125; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, pp. 58-59.

[492] SALVADOR CODERCH, PABLO: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 62, 1978, p. 671; ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit.*, pp. 171-172.

[493] La STS de 27 de junio de 1914 (ECLI:ES:TS:1914:227, JC, t. 130, 133; ponente Miguel María Rives y Sabater) citó la STS de 6 de junio de 1908 para fundamentar la nulidad de una donación por la existencia de defectos formales relativos a la aceptación: "Supuesta la validez del acto que acredita el documento de 1° de Enero de 1897, hay que admitir que constituye una donación al tenor de lo que prescriben los artículos 618 y 619 del Código civil, para cuya eficacia y efectividad es necesario que el donatario la acepte según los artículos 629 y 630 del propio Código, requisito sin el cual no tendrá fuerza de obligar, debiendo constar la aceptación por escrito como de un modo terminante prescribe el art. 632 y tiene declarado esta Sala en su sentencia de 6 de Junio de 1908". En el mismo sentido, la STS de 21 de noviembre de 1935 (ECLI:ES:TS:2004:1255, RJ 1935\2078; ponente José Fernández Orbeta) dijo que "es doctrina constante rigurosamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 6 de junio de 1908, 27 de junio de 1914, 22 de enero de 1930, al interpretar los ya claros y explícitos términos del artículo 632 del Código civil, que aun acreditada la existencia y validez de una donación por escrito de cosa mueble, es ineludible para su eficacia y efectividad, que el donatario la acepte también por escrito, extremo que debe ser concreta y especialmente probado sin que pueda ser sustituido por actos del donatario que impliquen su aceptación, la cual por exigencias formales de la ley ha de manifestarse, precisamente por escrito, careciendo, en absoluto de eficacia y valor sí, por cualquier otro medio o forma, se intentara demostrar su cumplimiento". Y la STS de 10 de noviembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4813, RJ *Colección Legislativa de España*, noviembre-diciembre 1979, 369; ponente

> "No habiendo existido en el caso del pleito más que la simple promesa realizada por D. Joaquín Santa Marina de constituir una renta vitalicia á D. Julio Justo Arranz, aun en el supuesto establecido por el recurrente de que él aceptó aquella oferta, faltaría siempre la realización del acto que integra la donación, esto aparte de no ser posible estimar acreditada la aceptación del donatario, porque en una carta del donante se hiciese referencia á la conformidad de aquél, en razón á que el expresado requisito ha de justificarse con actos propios y por escrito del propio favorecido por la donación, según el claro y preciso precepto del mencionado artículo 632".

Así las cosas, esta Sentencia, lejos de constituir un precedente contrario a la viabilidad de la donación obligacional, la acogió implícitamente, pues: i) consideró que una renta vitalicia constituida a título gratuito es una donación, lo cual es relevante, porque en dicho contrato siempre se constituye un crédito a favor del donatario[494]; y ii) *a contrario sensu*, la donación sería válida si se hubiesen cumplido los requisitos formales exigidos por el CC.

La STS de 22 de junio de 1982[495] también ha sido frecuentemente citada por la doctrina como ejemplo paradigmático de jurisprudencia contraria a la donación obligacional[496]. Los hechos que dieron lugar al procedimiento judicial fueron los siguientes: un hombre casado tuvo un hijo legítimo, y posteriormente tuvo un hijo extramatrimonial, por lo que su esposa pidió y obtuvo la separación eclesiástica. En el testamento, el padre legó a su hijo concebido fuera del matrimonio un tercio de la herencia, libre de cargas, mientras que instituyó heredero universal al hijo legítimo, sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria a favor de la esposa. Años antes, había suscrito un documento privado en el que hacía formal promesa de cederle

Antonio Fernández Rodríguez) se refirió a la STS de 6 de junio de 1908 para justificar la inexistencia de una donación de dinero por no constar cumplimentados los requisitos formales del art. 632 CC: "No tendría validez con el carácter verbal que en tesis del propio recurrente se manifiesta constituida, de conformidad con lo prevenido en el artículo 632 del Código Civil, porque faltando, cual faltaría en los períodos correspondientes al tracto sucesivo, o sea, en los períodos de futuro no entregados, aquella precisa entrega inmediata, no surte efecto de no hacerse la donación, cual no consta hecha, por escrito, y en la misma forma la aceptación, a causa, según tiene declarado esta Sala en sentencia, de 6 de junio de 1908, que constituyendo la donación un acto de liberalidad no basta, en materia de donación verbal afectante a bienes muebles, la simple promesa de disponer en favor de otra persona, pues siendo la mera voluntad ambulatoria la determinante de la naturaleza de estos actos, es indispensable para su reconocimiento la acción o realización efectiva y real del acto del donante, es decir, la entrega simultánea de la cosa donada, reveladora de aceptación con la sola circunstancia de recepción por el donatario, que es la forma y términos referidos en el artículo 632 del Código Civil, y cuya exigencia de manifestación por escrito, tanto por el donante como por el donatario, en donación de bienes muebles sin entrega simultánea de la cosa donada". Esta Sentencia no consta en la base de datos del repertorio de jurisprudencia Aranzadi.

[494] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.5.

[495] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).

[496] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., pp. 59-60; PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "Artículo 609", *cit*., p. 4461.

al hijo extramatrimonial una casa de tres plantas, siempre y cuando continuase acogiéndole en su domicilio y atendiéndole y prestándole esmeradamente cuantos cuidados y servicios precisase. Padre e hijo estamparon sus firmas en el documento.

Tras la muerte del padre, el hijo extramatrimonial interpuso una demanda en la que solicitó que la casa en cuestión fuese excluida del inventario de los bienes de la herencia, y que se condenase al hijo matrimonial y a la esposa del causante a otorgar escritura de cesión gratuita del dominio del inmueble, con el argumento de que se trataba de un negocio oneroso, dado que la cesión se había producido como contrapartida a los cuidados realizados por el demandante en vida del padre. La Audiencia, revocando la Sentencia del Juzgado, había estimado la demanda, con el argumento de que el documento privado constituía un contrato atípico de vitalicio, de carácter oneroso.

Los demandados interpusieron recurso de casación, que fue estimado. El Tribunal Supremo constató que el documento no tenía virtualidad transmisiva inmediata, sino a la muerte del promitente, así como que el convenio tenía carácter gratuito, y no oneroso. Sin solución de continuidad, mostró su desacuerdo con la calificación del negocio argumentada por el Tribunal de apelación:

> "La calificación que merece lo plasmado en el documento no ha de ser otra que la de la donación promisoria o donación "in promitendo" ya que obviamente no se transmitió la finca y es éste justamente lo que en el juicio se persigue, siendo dicha figura -según declaró la sentencia de esta Sala de 6 de junio de 1908- ajena a la regulación positiva de la donación dentro del Código Civil que la regula como negocio con formas propias (artículos 632 y 633) y también, según la definición del 618, esencialmente dispositivo, carácter que no se pierde ni siquiera cuando concurre con la donación -esencialmente traditoria siempre- la condición, la cual habrá de entenderse afectante a la donación misma, de tal suerte que la propiedad de la cosa se adquiera por modo automático, producido que sea el evento en que la condición consista (en el caso, el esmerado cuidado, etcétera) y sin otro momento de voluntad del donante (en el caso, indispensable, según los términos del documento), de tal suerte que la supuesta obligación de donar no pueda existir ni funcionar de otro modo que, una vez efectuada la donación, excluyendo el juego de la "condictio indebiti"

(artículo 1.101), como ha puesto de relieve la mejor doctrina[497]; careciendo por lo tanto de toda exigibilidad -no existe una obligación de dar, directamente originada por la donación promisoria- ésta que se llama "formal promesa", con matiz condicional: "siempre y cuando"".

A continuación, la Sentencia hizo hincapié en que el pacto no cumplía los requisitos formales exigidos en el art. 633 CC, y que entraba en colusión con las disposiciones testamentarias del promitente:

> "La total ineficacia aparece no sólo como una indeclinable consecuencia de la radical ineficacia de la figura de la promesa de donación, sino también de que aun valiendo como donación y aun prescindiendo en tal tesis de la omisa exigencia de forma "ad solemnitatem" que le sirvió al Juez del primer grado para la desestimación de la demanda, si ahora y como la demanda postula se cumpliese con la entrega de la finca, se arriesgaría la última voluntad del donante quien en trance de ordenarla en el testamento de 3 de junio de 1971 favoreció cuanto le fue posible el hijo común, omitiendo toda referencia y tomar en consideración de algún modo el contenido del documento (…) de tal suerte que el dar la eficacia que se pretende a la promesa de donación, firme el testamento en que el disponente agotó todas sus posibilidades jurídicas de favorecerla en cabeza del hijo común, ofrecería el riesgo de la inoficiosidad de la donación y desde luego que la incompatibilidad de la misma con el legado del tercio de libre disposición por no respetar lo donado más lo legado la intangibilidad de la legítima del demandado – recurrido".

El razonamiento empleado por el Tribunal Supremo obliga a destacar las siguientes cuestiones:

- En primer lugar, es dudoso que el convenio fuese oneroso o gratuito. En todo caso, no parece acertada la calificación de vitalicio, sostenida por la Audiencia, dado que en dicho contrato existe una disposición actual, no futura[498].
- En segundo lugar, se trataría de una donación obligacional o promisoria de un bien inmueble que no estaba documentada en escritura pública, incumpliendo lo dispuesto en el art. 633 CC.

[497] Como indicó DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, resulta evidente el seguidismo de esta Sentencia respecto a los planteamientos de VALLET DE GOYTISOLO acerca de la donación obligacional (DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MARÍA DOLORES: "La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia", *cit*., p. 740).
[498] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 173.

- En tercer lugar, y con independencia del óbice formal, la pretendida donación obligacional entraba en colusión con las disposiciones testamentarias del causante, lo que efectivamente provocaría su inoficiosidad.

A la vista de las especiales circunstancias concurrentes, puede afirmarse que la presencia de defectos formales insubsanables fue clave en la estimación del recurso de casación[499]. Aun así, no puede negarse que el Tribunal Supremo hizo patente su abierta hostilidad hacia las donaciones obligacionales o promisorias. En todo caso, llama la atención que la Sala no justificase su cambio de criterio respecto de la STS de 6 de abril de 1979[500] y de la STS de 10 de noviembre de 1979[501], dictadas apenas tres años antes, en las que se admitió explícitamente la donación obligacional.

1.4 Sentencias que afirmaron expresamente que la donación transmite la propiedad sin necesidad de entrega o tradición

Desde 1982, varias Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo han manifestado con claridad que a la vista de la regulación del CC, la donación es un negocio dispositivo, que transmite los derechos reales sin necesidad de entrega o tradición. Sin embargo, de manera muy significativa, ninguna de estas Sentencias se pronunció sobre si resultaba posible concebir una donación obligacional al margen del régimen normativo de la donación en el CC.

La STS de 22 de junio de 1982[502], que acabamos de analizar, dijo que la donación, según la definición del art. 618 CC, es un negocio "esencialmente dispositivo", y que es "esencialmente traditoria siempre".

La STS de 22 de diciembre de 1986[503] se enfrentó directamente a la mecánica transmisiva de la donación en el CC. El recurrente había defendido que no se había producido la transmisión de la propiedad por donación porque no había existido entrega o tradición de los bienes donados. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, argumentando lo siguiente:

[499] DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MARÍA DOLORES: "La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia", *cit*., pp. 742-744; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 125; ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 174.
[500] SSTS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas).
[501] STS de 10 de noviembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4813, *Colección Legislativa de España*, noviembre-diciembre 1979, 369; ponente Antonio Fernández Rodríguez).
[502] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).
[503] STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).

> "A partir del artículo 609 del Código Civil, se advierte que la donación es un negocio jurídico dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al del donatario. Se trata, en suma, de un negocio jurídico dispositivo que atribuye, de suyo y sin necesidad de otra colaboración del donante, la propiedad del donatario, a diferencia del régimen de la compraventa en que ha de terciar un mecanismo traslativo del dominio y que sin duda es un fenómeno distinguible de los propios modos de adquirir la propiedad que enuncian el citado artículo 609 y el 1.095 consistente en la entrega, «datio rei», «datio possesionis», signo exterior denotador de la transmisión dominical al consistir en un signo exterior de recognoscibilidad del dominio en favor del cesionario, indispensable ya que el artículo repetidamente citado es reflejo de la primera parte de la base 20 de la Ley de Bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888. En el caso de las donaciones el efecto traslativo hay que anudarlo a la escritura pública de donación según el artículo 633 en relación con el 1.462 y con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. La forma exigida «ad solemnitatem» para la existencia de la donación se equivale con la tradición que es precisa dentro del ámbito de los contratos a que alude el artículo 609 de tal suerte que en aquélla la entrega de la cosa donada al donatario se efectúa por cuanto es ya suya mientras que en la compraventa la entrega es cumplimiento de la obligación de entregar y tradición de efectos traslativos del dominio y antes de la cual la cosa permanece en el patrimonio de «tradens»".

La STS de 25 de septiembre de 1993[504] dirimió el conflicto de sucesivas transmisiones de un mismo panteón. La donación de la concesión administrativa del panteón fue reputada nula por tratarse de un bien inmueble (art. 334.10º CC) que no constaba en escritura pública (art. 633 CC). Además, el Tribunal entendió que el art. 1473 CC no resultaba aplicable para dirimir la preferencia de adquisiciones entre una compraventa y una donación[505], porque la compraventa transmite la propiedad solamente cuando se ha producido la entrega de las cosas vendidas, y "por el contrario, como entiende actualmente la doctrina predominante no es necesaria la tradición para la transmisión de la propiedad por donación para la transmisión

[504] STS de 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda).

[505] Es claro que el art. 1473 CC no sirve para resolver quién ha adquirido el derecho de propiedad cuando se hayan producido múltiples transmisiones sobre una misma cosa, en el supuesto de colisión entre compraventa y donación dispositiva. Sin embargo, el art. 1473 CC sí que sirve para resolver el conflicto de adquisiciones cuando uno de los contratos traslativos sea una donación obligacional. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartados 9.5 y 9.6.

de la propiedad por donación", reproduciendo literalmente acto seguido lo que manifestó al respecto la STS de 22 de diciembre de 1986.

La STS de 14 de octubre de 2002[506], en un litigio en el que se ejercitaron acumuladamente la acción reivindicatoria y la de deslinde, justificó el cumplimiento de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para el ejercicio de la primera de la siguiente manera:

> "En cuanto al título de dominio de la actora consta en autos que ésta adquirió el dominio de la finca por donación que de la misma le hizo su madre en escritura pública de fecha 1 de octubre de 1992, «negocio dispositivo que, por vía directa y sin precisión de tradición en forma alguna, produce el traspaso de la propiedad del patrimonio del donante al donatario» (sentencias de 22 de diciembre de 1986 y 25 de octubre de 1996)".

La STS de 5 de noviembre de 2019[507] también versó sobre una acción reivindicatoria. El debate litigioso se centró en si una donación efectuada en documento privado, no elevado a escritura pública, podía transferir la posesión en concepto de dueño, a efectos de hacer valer la usucapión extraordinaria. El demandante había adquirido la finca litigiosa en virtud de escritura de donación otorgada en 1971. Posteriormente, el demandante otorgó a favor de la demandada un documento privado de donación que nunca se elevó a escritura pública. El Tribunal Supremo decidió que procedía revocar la Sentencia de segunda instancia y estimar la acción reivindicatoria, con el siguiente razonamiento:

> "Esta sala en sentencia 786/1986, de 22 de diciembre, declaró que en la donación se produce el traspaso de propiedad sin necesidad de tradición, al tratarse de un negocio jurídico dispositivo que no precisa de más colaboración del donante que la misma cesión o transferencia del dominio (art. 609 C. Civil).
>
> En el mismo sentido la sentencia 966 /1993, de 25 de octubre.
>
> Sentado lo declarado, debemos aceptar que procede la estimación de la acción reivindicatoria (art. 348 del C. Civil), al contar el demandante con el dominio de la finca, que le fue transmitido en virtud de la escritura pública de donación, constitutiva de la entrega".

[506] STS de 14 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6701, RJ 2002\10171; ponente Pedro González Poveda).
[507] STS de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3523, RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas).

En el supuesto enjuiciado, la donación de la demandada, que no cumplía con los requisitos formales, no constituía título hábil para poder esgrimir usucapión ordinaria; y aunque la donación sin forma sí puede servir para la usucapión extraordinaria, no habían trascurrido treinta años de posesión ininterrumpida, pacífica y a título de dueño. Por tanto, la Sala confirió eficacia dispositiva a la donación en la que el reivindicante fundamentó su derecho de propiedad, al equiparar la perfección del negocio con la transmisión del dominio.

La STS de 24 de marzo de 2023[508] calificó a la donación como "negocio jurídico dispositivo del dominio", y añadió que "con carácter general la perfección de la donación y su efecto traslativo no se subordina en el caso de las donaciones modales u onerosas al cumplimiento de la carga o gravamen impuesto por el donante, sin perjuicio de la facultad de exigir su cumplimiento o su revocación". Aunque la eficacia traslativa de la donación no fue la cuestión de fondo dilucidada, la Sala volvió a dejar constancia de que la transmisión de los derechos reales como consecuencia de una donación se produce automáticamente con la perfección del negocio.

1.5 Sentencias que eludieron pronunciarse sobre la donación obligacional

Nos parece apropiado mencionar dos Sentencias del Tribunal Supremo en las que la Audiencia Provincial o la parte recurrente habían calificado el supuesto de hecho como donación obligacional. Sin embargo, al resolver los recursos de casación, el Tribunal Supremo eludió pronunciarse sobre la validez o eficacia de la donación obligacional.

La STS de 10 de septiembre de 2007[509] analizó un compromiso incumplido de cesión gratuita de bienes inmuebles. Un señor manifestó su deseo de que unas determinadas fincas pasasen a formar parte del patrimonio de los demandantes. A tal efecto, acudieron a una notaría, donde les fue preparado un documento privado, por el que se cedía, a título gratuito, la mitad indivisa de cuatro fincas. Dicha cesión fue aceptada por los demandantes, con una condición impuesta por el donante, consistente en que satisficieran los gastos e impuestos que se originasen como consecuencia de la transmisión. El cedente falleció sin haber elevado a público el documento privado. Las herederas del cedente se negaron a hacerlo, por lo que fueron demandadas por los beneficiarios del documento. El Juzgado desestimó la demanda, con el argumento de que se trataba de una donación de bienes inmuebles nula por no respetar

[508] STS de 24 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1176, RJ 2023\2130; ponente Juan María Díaz Fraile).
[509] STS de 10 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5826, RJ 2007\4980; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).

los requisitos formales del art. 633 CC. La Audiencia Provincial confirmó la decisión, haciendo hincapié en que dejando de lado el debate sobre el alcance de la donación obligacional o la validez o no de la promesa de donar, no resultaba cuestionable la imposición de la forma *ad solemnitatem* en las donaciones de inmuebles. El recurso de casación se fundamentó en la supuesta infracción de los arts. 1091, 1225, 1261 y 1279 CC, por cuanto que el difunto y las recurrentes habrían acordado una donación obligacional, a la que, entendieron, no resultaba de aplicación el art. 633 CC, ya que "choca contra cualquier lógica de que la simple firma de un Notario, sea más importante que la voluntad libre y solemne de los otorgantes de un documento privado". El Tribunal Supremo desestimó el recurso, con el único argumento de que se trataba de una donación de bienes inmuebles y que no se habían respetado los ineludibles requisitos formales exigidos en el art. 633 CC. Por tanto, el Tribunal Supremo se acogió al defecto formal concurrente, eludió pronunciarse sobre si en el supuesto de hecho se había pactado una donación obligacional, tal y como habían esgrimido los recurrentes.

En la STS de 25 de marzo de 2013[510], la Audiencia Provincial había calificado el supuesto de hecho como una donación obligacional de bienes inmuebles, plenamente eficaz y aceptada por el donatario, a pesar de no haberse formalizado en escritura pública, en aplicación de la teoría de los actos propios y el principio de buena fe, porque había sido claramente consentida por el donante. El recurrente alegó que, al haber calificado la Audiencia el negocio jurídico controvertido como donación obligacional, también resultaba de aplicación el art. 633 CC, y que la donación en cuestión no constaba en escritura pública, por lo que no podía producir efecto alguno. El Tribunal Supremo eludió pronunciarse sobre la validez y eficacia de la donación obligacional, con el argumento de que el negocio sobre el que giraba el litigio no fue gratuito, sino oneroso:

> "Más allá de la mera literalidad o referencia al plano de la donación empleado, el negocio dispositivo tuvo una clara causa onerosa, recalificación de terrenos y no asunción de los gastos derivados de urbanización, incardinándose dichas cesiones en el marco del cumplimiento de las obligaciones que, en su día, derivaron del proceso urbanizador plenamente consentido por la parte recurrente, por lo que su calificación

[510] STS de 25 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4910, RJ 2013\6694; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).

> responde al juego de la dación en pago determinada por la finalidad o función solutoria que informaron dichas transmisiones (solvendi causa)".

2. Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales

Un análisis pormenorizado de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales resulta complejo e inabarcable: complejo, porque no todas las Sentencias dictadas por estos órganos jurisdiccionales están digitalizadas; e inabarcable, porque debido a razones cuantitativas, resultaría inasumible analizar detenidamente todas las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que de manera directa o indirecta se hayan pronunciado sobre la eficacia transmisiva de la donación.

Por estos motivos, nuestra atención se va a centrar preferentemente en las Sentencias dictadas durante el último cuarto de siglo que aludieron expresamente a la transmisión de la propiedad por donación de manera especialmente reseñable, y que admitieron la viabilidad de una donación obligacional o promisoria. Esta aproximación es suficiente para poder obtener una visión general sobre los planteamientos de la denominada jurisprudencia menor.

La SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 16 de marzo de 1977[511] se manifestó de manera muy contundente a la hora de calificar la donación como modo de adquirir que no precisa de la tradición para transmitir el dominio, negando asimismo que la donación pueda ser considerado un contrato:

> "No podemos olvidar que la donación en el derecho romano clásico considerada como una causa especial justificativa de una atribución patrimonial, llegando a decir un autor muy cualificado: «que es la causa justificativa de una adquisición de derechos, o liberación de obligaciones a favor de un sujeto de derecho y en detrimento del patrimonio de otro, con el acuerdo de ambos de que tenga lugar sin contraprestación», coincidiendo casi plenamente el concepto que de ese instituto ha formado nuestro derecho, que pone el acento en dos matices esenciales: empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario, a los que hay que unir la aceptación de éste, elementos que están plasmados significativamente en el artículo 618 del Código Civil, al decir «que la donación

[511] SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 16 de marzo de 1977 (CR 318; ponente Antonio Hernández Díaz; *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. En materia civil y penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, p. 200). Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

es un acto de liberalidad, por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra que acepta», artículo que se halla en íntima relación con el 609 del mismo Cuerpo Legal, que declara que «la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes, se adquieren y transmiten por la Ley, por donación, por sucesión testada e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», denotándose de estas transcripciones una diferencia, cual es, que la donación queda equiparada a los contratos, que transmiten la propiedad de una cosa mediante la tradición, pero no se afirma que la donación transmita la propiedad mediante la tradición, lo que nos lleva a la conclusión de que aquélla está considerada como un acto dispositivo en sí y no como contrato y por consiguiente no se establece en ella, la separación de las dos fases de un contrato tipo; el de la perfección y consumación, por lo que como se decía al principio, el Código Civil conforma a la donación como un acto [de] disposición y no como un verdadero contrato en el que sea necesaria la concurrencia de los elementos tipificadores de éstos, pues aunque, en aquélla sea indispensable la concurrencia de la aceptación, para su existencia en el derecho con consecuencias jurídicas, ésta, no lo es de una oferta contractual, sino que lo único que se admite al aceptar, es el manifestar el consentimiento de que otro influya en nuestro patrimonio".

La SAP de Teruel (Sección 1ª) de 5 de febrero de 2000[512] realizó unas muy interesantes consideraciones sobre la eficacia inmediatamente traslativa de la donación en el CC, sin necesidad de entrega o tradición, argumentando que fue una decisión deliberada de los juristas que formaron parte del poder legislativo, y que los redactores del CC no actuaron ni con ligereza ni con ignorancia jurídica al obrar de tal manera[513]:

> "Los legisladores, como juristas de prestigio en la época en que se redactó dicho precepto, no ignoraban que la donación, pese a denominarla «acto» en el art. 618 y someter el mismo a las reglas generales de los contratos y obligaciones sólo en lo que no se halle expresamente regulado en el título correspondiente (art. 621 también del Código Civil), es un negocio jurídico bilateral y, por ende, un contrato, si bien unilateral; pero lo evidente es que tampoco quisieron que la misma tuviera una naturaleza y alcance idéntico a los demás contratos aptos para transmitir el dominio y demás derechos reales. En consecuencia, la precisa, expresa y consciente

[512] SAP de Teruel (Sección 1ª) de 5 de febrero de 2000 (ECLI:ES:APTE:2000:37, AC 2000\167; ponente José Antonio Ochoa Fernández).
[513] Opinión que compartimos plenamente, en la medida en que coincide con lo que expusimos al examinar los antecedentes legislativos de la donación. *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.2.

diferenciación entre el contrato de donación y la compraventa o la permuta, tuvo que deberse a alguna razón jurídica de peso y trascendencia; razón que no pudo ser otra que su deseo de atribuir a la donación, como expresa el art. 609, el carácter de contrato especial y modo automático para transmitir y adquirir los derechos reales en general y el dominio en particular, o, si se quiere, la naturaleza de contrato dispositivo, que por sí solo produce la transmisión del derecho real correspondiente.

(…)

Entendemos que de la conjunta interpretación de los arts. 609, 633, 1095 y 1462 del Código Civil, con referencia a las donaciones de inmuebles, los redactores del primero de dichos preceptos ni obraron con ligereza ni con ignorancia jurídica: o bien se lleva a efecto la liberalidad en escritura pública o no existe tal donación; pero si se realiza guardando ese esencial requisito, como forma «ad solemnitatem» y no simplemente «ad probationem» -así ocurre en la mayoría de los demás contratos por la conjunta aplicación de lo dispuesto en el art. 1258 en relación con los 1278, 1279 y 1280 también del Código Civil- y se produce la aceptación del donatario en el mismo instrumento público, la transmisión y la correlativa adquisición del dominio o del derecho real se produce «ipso facto»; de aquí que se pueda hablar, en este tipo de donación -como en la manual de cosa mueble- de modo de adquirir el dominio y explica el porqué los redactores del art. 609 sacaron, consciente y deliberadamente, la donación del ámbito general de los demás contratos, aptos para transmitir derechos reales mediante la «traditio», sobre la base del sistema contractual consagrado para nuestro Derecho; ya que, por ejemplo, la compraventa de un inmueble puede llevarse a cabo y es perfectamente válida y obligatoria hecha oralmente o en documento privado, en tanto que la donación de dichos bienes sería inexistente o nula, de forma absoluta, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6.3 y 633 del Código Civil en relación con los 1258, 1261, 1278 a 1280 del mismo texto".

El AAP Navarra de 22 de diciembre de 1994[514] se dictó en una ejecución dimanante de un convenio regulador, una de cuyas cláusulas estipulaba que uno de los cónyuges se comprometía a transmitir al otro un determinado bien inmueble. La Sala fundamentó el carácter obligatorio del pacto en la donación obligacional:

"Ningún obstáculo legal existe para poder hablar de una donación obligacional, en virtud de la cual el donatario pueda exigir al donante el cumplimiento de una promesa

[514] AAP Navarra de 22 de diciembre de 1994 (AC 1994\2548; ponente José Julián Huarte Lázaro). Este Auto no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

de donar que este le hubiera hecho y aquél aceptado como donatario, ya que la amplia definición que del contrato y de amplitud de pactos permiten los artículos 1254 y 1255 del CC, y la prevalencia que a la voluntad unilateral o bilateral concede la Ley 7 de Compilación, hace perfectamente posible desde el punto de vista legal, que aquella obligación nazca para una de las partes contratantes".

La SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 27 de junio de 2000[515] se mostró proclive a admitir una donación obligacional, aunque entendió que los requisitos formales exigidos en los arts. 632 y 633 CC resultan igualmente exigibles a las donaciones dispositivas y a las obligacionales. Por ello, confirmó el pronunciamiento del Juez, que había descartado la validez de la pretendida donación obligacional de bienes inmuebles por no constar documentada en escritura pública:

"La donación obligacional es doctrinalmente admitida pues se afirma que la donación puede configurarse con arreglo a un doble modo de adquisición: a) con eficacia inmediatamente traslativa en el sentido señalado en el art. 618 CC determinando la adquisición de la propiedad a favor del donatario, y b) con eficacia meramente obligatoria, determinando el nacimiento de un crédito y de una correlativa obligación.

(…)

Aparte del debate sobre el alcance de la donación obligacional o la validez o no de la promesa de donar -calificaciones también alegadas por el recurrente en la alzada- lo que no resulta cuestionable ni por doctrina ni por la jurisprudencia es la imposición de la forma "ad solemnitatem", en determinados casos de tal modo que:

a) En las donaciones traslativas con entrega inmediata de cosa mueble, existe libertad de forma pudiéndose hacer tanto verbal como por escrito -art. 632. 1º y 2º-; mientras que en las donaciones obligacional es de cosa mueble es necesario la forma escrita bien en documento privado o público -art. 632. 2 CC-, y

b) En las donaciones de inmuebles tanto si es traslativa (con entrega inmediata) o meramente obligatoria siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque ésta última no se precisa sea realizada en unidad de acto pero siempre debe efectuarse en vida del donante y por escritura

[515] SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 27 de junio de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:8476, JUR 2000\284349; ponente José Francisco Valls Gombau).

> pública art. 633 CC-, extremos ambos incumplidos en autos por lo que, en definitiva, procede rechazar la apelación con confirmación de la sentencia recurrida"[516].

La SAP de Madrid (Sección 12ª) de 29 de junio de 2005[517], al pronunciarse sobre una donación *inter vivos* con efectos *post mortem*, asumió una concepción obligacional de la donación, afirmando que "la plenitud de la misma, es decir la transferencia de la posesión que la donante se reserva en vida, se produce precisamente tras su fallecimiento (…) ya que sólo entonces la donación produce sus plenos efectos, de tal manera que si los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones (artículo 659 y 661 CC), entre tales obligaciones puede hallarse la de entregar la posesión del bien del donante -ya por entonces además causante de la herencia-".

La SAP de Girona (Sección 1ª) de 11 de junio de 2007[518] dilucidó la eficacia de un documento privado en el que un matrimonio se comprometió a hacer donación pura y simple a su hija y a su yerno de un piso que tenían expectativas de adquirir en un futuro próximo, por "lo que se comprometen a efectuar [la donación] en el momento en que el piso entre a formar parte de su patrimonio y tengan sobre el derecho de libre disposición". Tras constatar la aceptación doctrinal de las donaciones obligacionales, afirmó que en el caso concreto no podía ser válida, porque no constaba la aceptación de los donatarios, y además la promesa unilateral de donación del bien inmueble constaba en documento privado:

> "Se califique de promesa de futura donación, o de verdadera donación obligacional, es lo cierto que no hay aceptación, y por ello, conforme al artículo 633, no existe tal donación, puesto que, en las donaciones de inmuebles, como ya se dijera, tanto si es traslativa o meramente obligatoria, siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque esta última no se precisa sea realizada en unidad de acto, pero siempre debe efectuarse en vida del donante y en escritura pública (art. 633 CCivil)".

[516] Sobre esta Sentencia se pronunció en casación la STS de 10 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5826, RJ 2007\4980; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares), aunque sin aludir en ningún momento a la donación obligacional. *Vide supra*, Capítulo Cuarto, apartado 1.5.
[517] SAP de Madrid (Sección 12ª) de 29 de junio de 2005 (ECLI:ES:APM:2005:8002, JUR 2005\258359; ponente Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo).
[518] SAP de Girona (Sección 1ª) de 11 de junio de 2007 (ECLI:ES:APGI:2007:1033, JUR 2007\301501; ponente Fernando Lacaba Sánchez).

La SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009[519] admitió una donación obligacional documentada en un acta notarial de manifestaciones. En el testamento de la madre se desheredó a sus cinco hijos, defiriendo la herencia hacia los nietos. Una vez adjudicada la herencia en escritura pública, el mismo notario autorizó un acta de manifestaciones del padre viudo, quien se comprometió a entregar al único de sus hijos que no tenía descendencia (quien apareció como compareciente en el mismo documento) ciertas cantidades de dinero, la misma cantidad que a los nietos, como consecuencia de la venta futura de dos bienes inmuebles. La Sala señaló que "cuestión controvertida es también la posibilidad de la donación meramente obligatoria, de modo que el donante no transfiere el dominio en el momento de pactar, obligándose a hacerlo en el futuro (donación obligacional)". Sin embargo, el Tribunal consideró que en el caso concreto existía una donación obligacional vinculante:

> "El "compromiso" contraído por el padre demandado, inmediato al acto de distribución y adjudicación de la herencia de la causante Doña Nuria, se inscribe como una donación promisoria, pues se ha creado un crédito a favor del donatario, subordinado a la venta de bienes concretos que se señalan, pues la intención o ánimo del demandado fue, la de corregir la situación de su hijo -demandante- quien, ante la desheredación y la falta de descendencia, quedaba en desventaja, respecto de los demás hermanos, a quienes sus hijos, como nietos de la testadora, resultaban adjudicatarios, decidió comprometerse a la entrega de la cantidad que resultase de la venta de ciertos bienes, y en la cuota que correspondería a los nietos. Por ello, no puede negarse la relación contractual de donación promisoria u obligacional, creadora de un crédito, pero que no impide estimarla como tal donación, pues, pese a que la palabra "donación" no se ha empleado, sin embargo late en la actuación del demandado, la intención o ánimo de entregar a su hijo -demandante- por vía de obligación, pero instrumentada como donación, la cantidad en que se debía traducir la cantidad resultante para los nietos de la testadora".

Sin embargo, en el caso enjuiciado, el Tribunal también constató que el donatario había cometido ingratitud contra el donante, que se había concretado en ciertas conductas reprobables, que incluso podían ser calificadas como delictivas. Esta fue la razón por la que la Audiencia Provincial confirmó la Sentencia del Juzgado, que había desestimado la

[519] SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:APSA:2009:627, AC 2009\2381; ponente Longinos Gómez Herrero).

demanda interpuesta por el donatario en reclamación del cumplimiento de la donación obligacional.

La SAP de Jaén (Sección 1ª) de 13 de abril de 2010[520] conoció de un litigio en el que la difunta madre, en un acta notarial de manifestaciones, afirmó haber realizado varias donaciones de bienes muebles a siete de sus ocho hijas, con motivo de bodas, bautizos, aniversarios y demás acontecimientos familiares, describiendo con detalle los objetos regalados a cada una de ellas. También especificó la madre que dichas donaciones se habían hecho verbalmente y que se había producido la entrega de las cosas donadas, a pesar de lo cual tales bienes continuaron en la casa materna, circunstancia consentida gustosamente por las donatarias respectivas. Tras el fallecimiento de la madre, una de las hijas ejercitó la acción reivindicatoria contra una de las hermanas, con fundamento en que esta última estaba en posesión de los bienes muebles que la madre le había donado, que aparecían especificados en el acta notarial de manifestaciones. La Sentencia del Juzgado desestimó la demanda con el argumento de que se había acreditado que los bienes nunca habían sido entregados a las presuntas donatarias, con lo que nunca habría existido donación, a la vista del art. 632 CC, que exige entrega simultánea de los bienes donados cuando la donación no consta por escrito, como era el caso. En el recurso de apelación, la hija demandante insistió en que la donación se había perfeccionado por la entrega efectuada a las hijas, y que, en todo caso, se trataría de una donación obligacional, admitida por la doctrina y por alguna jurisprudencia, en la que el donante se obliga a la posterior entrega, permaneciendo su facultad de disposición y uso de la cosa que se obliga a entregar gratuitamente. La Audiencia Provincial señaló que a la vista de la prueba practicada debía mantenerse la conclusión que nunca se produjo la entrega de los bienes 'donados' expresada por la madre en el acta notarial, por lo que la demandante no había acreditado ser la propietaria de los bienes muebles reivindicados. Y en lo que aquí interesa, añadió:

> "No puede estimarse el recurso de apelación, en el que se intenta hábilmente sustentar las pretensiones de las demandas en la figura doctrinal de la donación obligacional, lo que no es sino plantear una cuestión nueva que no se mencionaba ni argumentaba en aquellas y que resulta vedada en esta instancia, pues se alteran sustancialmente los propios hechos en ellas contenidos, en los que se partía de la base de la efectiva entrega, para sostener ahora que lo que se plasma en el documento

[520] SAP de Jaén (Sección 1ª) de 13 de abril de 2010 (ECLI:ES:APJ:2010:1526, JUR 2012\335645; ponente Elena Arias-Salgado Robsy).

> es la obligación actual de transmitir después. De hecho tal planteamiento, en opinión de la Sala, no tendría encaje en una acción reivindicatoria, sino en la acción de cumplimiento de contrato".

El interés de esta Sentencia radica en que admitió implícitamente la validez de la donación obligacional, perfiló correctamente que en dicho contrato el donante asume una obligación actual de transmitir después, y además señaló las consecuencias que se derivarían de su incumplimiento, especificando que en la hipótesis de falta de entrega posesoria el donatario debería ejercitar contra el donante una acción de cumplimiento de contrato, y no una acción reivindicatoria.

La SAP de Toledo (Sección 2ª) de 30 de julio de 2010[521] conoció de un recurso de apelación en el que el demandante había interesado la nulidad de pleno derecho de la donación en virtud de la cual un Ayuntamiento había tomado posesión de ciertos terrenos, con el argumento de que tal donación no había sido formalizada en escritura pública. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, afirmando que el apelante había infringido el principio de los actos propios, quebrantando la seguridad jurídica y no actuando de buena fe, pues antes de la interposición de la demanda había ofrecido por escrito al Ayuntamiento la donación de los terrenos a los que se refería la donación, con la finalidad de que se destinasen a instalaciones deportivas. También desestimó el argumento de que en el caso concreto no hubiese existido ánimo liberal por parte del donante. Y remachó la argumentación señalando que en todo caso se habría pactado una donación obligacional de un bien inmueble, válida y eficaz, a pesar de haber sido plasmada en un documento privado[522]:

> "Incluso partiendo de considerar que la falta de ánimo de liberalidad y la existencia de un móvil más o menos interesado no excluye la consideración como donación del negocio celebrado, lo que sí es evidente, en todo caso, que podría afirmarse la existencia de una donación obligacional, en tanto el hoy actor ofreció en tal concepto los terrenos objeto de controversia e igualmente ese ofrecimiento fue aceptado por el donatario (folio 171 y 172 de las actuaciones).

[521] SAP de Toledo (Sección 2ª) de 30 de julio de 2010 (ECLI:ES:APTO:2010:663, JUR 2010\344308; ponente Rafael Cáncer Loma).

[522] Criterio que no se comparte, pues la donación obligacional de bienes inmuebles siempre debe constar en escritura pública. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.3.

> En este sentido, y dada la amplia definición de contrato que recoge el artículo 1254 del Código civil, es posible que la obligación nazca para una de las partes (donante) y si bien el donatario no adquirirá la propiedad de lo donado hasta la realización de la traditio o entrega material o simbólica, el contrato (aunque sujeto a las reglas de forma y fondo de la donación traslati[va] de bienes inmuebles) mantendría su eficacia obligacional entre las partes, estando legitimado el donatario a compeler al donante a lle[n]ar la forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y la aceptación (art. 1279 CC) de modo que el consentimiento de las partes pueda intercambiarse en la escritura de donación con su correspondiente aceptación"[523].

La SAP de Lleida (Sección 1ª) de 19 de abril de 2011[524] estudió un documento en el que un sobrino manifestó a sus dos tías que les iba a ceder una sexta parte del precio de la venta prevista de una casa. La Sentencia de apelación consideró que no se trataba de una donación, porque el documento tenía carácter transaccional. En todo caso, a la vista de que la Sentencia del Juzgado había resuelto la controversia aludiendo a la donación obligacional, la Sala dijo que "con respecto a la admisibilidad de la donación obligacional en el ámbito del Código Civil, a lo ya apuntado en la resolución apelada, debe añadirse que se trata de una figura generalmente admitida por la doctrina". Y finalizó afirmando que cabría la donación obligacional siempre que no tuviese por objeto bienes futuros[525]:

> "Una cosa es el supuesto admisible consistente en que en el momento de la firma del contrato el donante dona un bien asumiendo la obligación de transmitirlo, es decir, aquella en la que el donante se obliga a transferir el bien al donatario, y otra cosa distinta es la donación de un bien cuando no es un hecho cierto que se pueda llegar a disponer de él".

También admitió la donación obligacional la SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011[526]. En un documento privado, calificado por las partes implicadas como "compromiso", una mercantil se comprometió a donar anualmente, durante todo el tiempo de vigencia de unas patentes, cuarenta mil euros anuales a una fundación de carácter

[523] Sobre esta Sentencia se pronunció en casación la STS de 25 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4910, RJ 2013\6694; ponente Francisco Javier Orduña Moreno). El Tribunal Supremo desestimó el recurso con el argumento de que no había donación, sino un negocio atípico de carácter oneroso.
[524] SAP de Lleida (Sección 1ª) de 19 de abril de 2011 (ECLI:ES:APL:2011:291, JUR 2011\260012; ponente Albert Montell García).
[525] Argumentación que no compartimos, pues es perfectamente viable la donación obligacional de bienes futuros, e incluso de bienes ajenos. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 3.3.3.
[526] SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011 (ECLI:ES:APZA:2011:346, JUR 2011\348790; ponente Andrés Manuel Encinas Bernardo).

sociosanitario. En 2008 y 2009, y en virtud del compromiso adquirido, se abonó parte de la cantidad anual comprometida. La Sala señaló en un principio que "visto el concepto de donación, y toda vez que el documento al que nos venimos refiriendo lleva por título "compromiso", no puede por menos de poner de manifiesto, que efectivamente resulta controvertida la posibilidad de la donación meramente obligatoria, de modo que el donante no transfiere el dominio en el momento de pactar, obligándose a hacerlo en el futuro (donación obligacional)". Sin embargo, el Tribunal concluyó que "sin lugar a duda podemos concluir que el "compromiso" contraído por el hoy demandado, previo a la constitución de la entidad GCEBIO, seguido de la constitución de esta entidad y del acuerdo con la Fundación Intras, a la que ya ha efectuado algunos pagos, lo podemos calificar como una donación promisoria, pues se ha creado un crédito a favor del donatario. (…) Por ello, no puede negarse la relación contractual de donación promisoria u obligacional, creadora de un crédito, pero que no impide estimarla como tal donación, máxime cuando en los documentos a los que nos venimos refiriendo se utiliza la palabra "donación" y además el demandado ha llevado a cabo diversas entregas, como resulta de las transferencias bancarias aportadas como documental". Así las cosas, estimó el recurso de apelación, revocó la Sentencia desestimatoria del Juzgado, y condenó a la empresa a pagar las cantidades adeudadas en virtud de la donación correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009.

La SAP de Madrid (Sección 21ª) de 27 de mayo de 2014[527], al conocer del recurso de apelación interpuesto contra una Sentencia dictada en un procedimiento cambiario, manifestó lo siguiente:

> "El pagaré puede firmarse y entregarse con finalidad de mera liberalidad a favor del beneficiario. En este caso, la obligación cambiaria se asume por el firmante del pagaré "donandi causa". No se trata de la donación del título sino de una promesa de donación (o contrato de donación obligatori[a]) por el cual asume gratuitamente la obligación cambiaria de satisfacer una determinada cantidad. Siendo válido el pagaré por liberalidad en la medida en que lo es en nuestro derecho civil la donación obligatoria o promesa de donación".

Ciertamente, la Sala constató que el pagaré se había firmado por el obligado al pago de la cantidad convenida, a modo de garantía. No obstante, a pesar de constituir un *obiter*

[527] SAP de Madrid (Sección 21ª) de 27 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:10283, AC 2014\1611; ponente Ramón Belo González).

dicta, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial fue contundente al sostener que toda obligación cambiaria asumida *donandi causa* constituye un supuesto de donación obligacional[528].

La SAP de Pontevedra (Sección 3ª) de 9 de junio de 2014[529] reconoció la validez de una donación obligacional de cosa ajena. En el supuesto de hecho, un señor donó a su hija la nuda propiedad de dos fincas, y a su esposa el usufructo vitalicio que gravaba esas mismas fincas, añadiendo que el usufructo en cuestión "empezará a regir al fallecimiento de la actual usufructuaria", que era la madre del donante. Por tanto, se había donado un derecho de usufructo que al tiempo de la donación pertenecía a una tercera persona. En el procedimiento, la controversia se concretó exclusivamente en una cuestión jurídica: la validez de la donación obligacional del usufructo ajeno. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial entendieron que tal donación obligacional era válida y eficaz. La Sala señaló al respecto lo siguiente:

> "Es obvio que en el momento del otorgamiento el donante conoce que no puede transmitir el usufructo por no ser titular del mismo en vida de su madre. No es posible la donación real, a diferencia de lo que sucede con la nuda propiedad que con la expresa aceptación en la misma escritura queda consumada. Por el contrario la donación del usufructo es de naturaleza obligacional, pues su cumplimiento queda condicionado al fallecimiento de la actual usufructuaria. Sólo al producirse este acontecimiento futuro el nudo propietario recupera la plena propiedad y puede disponer también del usufructo haciendo efectiva su obligación".

La SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015[530] consideró que el compromiso de dotación inicial de una fundación constituye un supuesto equiparable a la donación obligacional. Una fundación interpuso una demanda contra tres de sus patronos, reclamándoles el pago de las cantidades dinerarias que se comprometieron a aportar en concepto de dotación, dos de ellos en la propia escritura fundacional y el tercero en escritura pública de fecha posterior. El Juzgado estimó la demanda, considerando que se trataba de un

[528] Razonamiento completamente correcto, dado que toda donación de dinero es obligacional, a no ser que el numerario se entregue físicamente en el mismo momento de la formalización de la donación, o que se identifique la procedencia, ubicación u origen del dinero en cuestión. *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.4.

[529] SAP de Pontevedra (Sección 3ª) de 9 de junio de 2014 (ECLI:ES:APPO:2014:1812, JUR 2014\221199; ponente Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes).

[530] SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:APVA:2015:774, AC 2015\1127; ponente Ángel Muñiz Delgado).

compromiso de dotación exigible asumido conforme al art. 12 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, y no una donación. En el recurso de apelación, los patronos solicitaron la revocación de la Sentencia, argumentando que el compromiso de dotación no era exigible, y que, en todo caso, no se trataría de una donación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la condena al pago de la dotación comprometida. Para la Sala, "no deja de ser un dato relevante para atribuir a dichas aportaciones la naturaleza de dotación y no de donación, tal y como consigna el juzgador de instancia, el hecho propio de que los patronos aportantes no procedieran a su desgravación fiscal al amparo de lo dispuesto en la Ley 42/2002, cuando el compromiso asumido, tal y como se expone, no se asumió de forma condicionada o revocable". Sin embargo, la Sentencia de segunda instancia añadió que, aunque el supuesto de hecho fuese calificado como donación obligacional, y no como aportación de la dotación, el carácter vinculante del compromiso conduciría a idéntica solución:

> "En todo caso y si dichas cuotas ordinarias no fueran consideradas como dotación, el compromiso de su aportación a título gratuito integraría la denominada donación obligacional u obligatoria. Dicho instituto es admitido por la doctrina mayoritaria, pues entiende que aunque lo más común o frecuente sea que mediante la donación se transmita lo donado, ello no es requisito esencial para que la donación exista y sea válida, pues puede el donante simplemente obligarse a traspasar al donatario la titularidad de lo donado. La autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1255 del Código Civil, permite obligarse en tal sentido y el interés de las partes o las circunstancias concurrentes pueden aconsejar, cual sucedería en el presente caso, que se asuma actual y gratuitamente la obligación de transmitir más tarde. El donar consiste en este caso en, con ánimo de liberalidad, constituirse deudor a título gratuito, de modo que cuando se entrega a posteriori la cosa no hace sino ejecutarse una prestación que ya se debía. (…)
>
> Como consecuencia de dicho compromiso, aceptado en la propia escritura fundacional por su destinataria, nacería con cargo a los donantes la obligación de transmitir a la Fundación las sumas de dinero calificadas como cuotas ordinarias, integrándose en el patrimonio de la Fundación el derecho de crédito para exigir el cumplimiento de dicha obligación, bien en los plazos pactados bien a posteriori y mientras no prescribiera la acción al efecto".

3. Valoración de la jurisprudencia

3.1 Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se aprecia una clara evolución:

- Desde la entrada en vigor del CC, y hasta 1982, todas las Sentencias, explícita o implícitamente, enmarcaron a la donación dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo.
- Algunas Sentencias, dictadas entre 1948 y 1979, llegaron a afirmar expresamente que la donación podía tener por objeto la transmisión de un crédito a favor del donatario, quien podía exigir el cumplimiento de la obligación, solicitando la entrega de las cosas donadas.
- La STS de 22 de junio de 1982[531] fue la primera que mostró cierta hostilidad hacia la donación obligacional o promisoria.
- Sin embargo, hasta finales del siglo XX continuaron siendo habituales las Sentencias que sostuvieron implícitamente que la transmisión del dominio por donación se producía en virtud de la entrega o tradición.
- No fue hasta las STS de 22 de junio de 1982[532], la STS de 22 de diciembre de 1986[533] y la STS de 25 de septiembre de 1993[534] cuando el Tribunal Supremo señaló con claridad que a tenor del CC la donación transmite la propiedad de las cosas donadas sin necesidad de tradición.
- Tal planteamiento se ha venido reiterando hasta la actualidad, aunque ello no ha impedido que el Tribunal Supremo haya admitido implícitamente en algunas Sentencias la posible eficacia obligacional de la donación.

A pesar de que el contenido del CC apunta decididamente a una naturaleza dispositiva de la donación[535], la jurisprudencia del Tribunal Supremo dio por hecho durante prácticamente todo el siglo XX que la donación precisaba de la entrega o tradición de las cosas donadas para operar la transmisión del dominio. Quizá este planteamiento fuese el

[531] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).
[532] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).
[533] STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso).
[534] STS de 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6242, RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda).
[535] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.

resultado del arrastre de la jurisprudencia anterior al CC[536], o de la doctrina más influyente durante la primera mitad del siglo XX[537], pues ambas concebían a la donación como un contrato obligacional. No obstante, en los últimos veinte años del siglo XX la jurisprudencia fue permeable al cambio de posición de la doctrina especializada, que desde mediados del siglo XX había preconizado el carácter dispositivo de la donación en el CC[538]. En consecuencia, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo es apreciable un seguidismo de la doctrina mayoritaria, cuya influencia se ha trasladado con el paso del tiempo a las resoluciones judiciales.

No obstante, en relación con la posible configuración de una donación obligacional o promisoria al margen de la eficacia transmisiva de la donación en el CC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido mucho menos clara. Como es obvio, fue admitida en las Sentencias que dieron por bueno expresa o implícitamente el carácter obligacional de la donación en el CC. Pero desde que en los últimos cuarenta y cinco años se viene afirmando cada vez con mayor constancia que la donación es un negocio dispositivo, no existe un posicionamiento claro sobre la donación obligacional. La STS de 22 de junio de 1982[539] pareció rechazarla, aunque las concretas circunstancias del caso fueron singulares. Las Sentencias que han afirmado rotundamente que con arreglo al CC la transmisión de la propiedad por donación se produce sin necesidad de tradición, no han llegado al punto de afirmar la imposibilidad de configurar una donación obligacional, y de hecho se ha aceptado implícitamente en algunas Sentencias.

Con todo, hay dos circunstancias especialmente llamativas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

- La primera, que en las tres ocasiones en las que el Tribunal Supremo tuvo una oportunidad de oro para pronunciarse sobre la donación obligacional, evitó hacerlo; bien resolviendo los recursos de casación interpuestos con base en otros argumentos (SSTS de 10 de septiembre de 2007[540] y de 25 de marzo de 2013[541]), bien no percatándose de

[536] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 6.1.
[537] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 6.1.
[538] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartados 6.2. y 6.3.
[539] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).
[540] STS de 10 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5826, RJ 2007\4980; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares).
[541] STS de 25 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4910, RJ 2013\6694; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).

la existencia de una donación obligacional en el caso enjuiciado (STS de 18 de marzo de 2005[542]).

- La segunda, la ligereza y falta de rigor con la que el Tribunal Supremo ha empleado la expresión "promesa de donación", ya que en algunos casos la ha utilizado con toda propiedad para aludir al precontrato de donación (STS de 23 de diciembre de 1995[543]), mientras que en otras ocasiones se ha referido con esas mismas palabras a la oferta de donación sin aceptación del donatario (SSTS de 16 de febrero de 1996[544], de 25 de enero de 2008[545] y de 10 de mayo de 2019[546]).

A la vista de lo expuesto, la conclusión es que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que se haya pronunciado sobre la posibilidad de pactar una donación con eficacia obligacional al margen de la donación regulada en el CC; aserto que a primera vista puede parecer sorprendente, pero que es ajustado a la realidad, a la vista de las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento.

Con todo, de las Sentencias analizadas pueden extraerse algunas pautas: el Tribunal Supremo parece mostrar cierta desconfianza hacia la donación obligacional, aunque nunca se ha aventurado a afirmar categóricamente su ilicitud, ineficacia o invalidez. Asimismo, parece haber pretendido señalar que las formas exigidas en los arts. 632 y 633 CC resultarían exigibles para toda donación, incluida la obligacional.

3.2 Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales

El análisis jurisprudencial permite constatar que las Audiencias Provinciales han asumido en sus pronunciamientos el sentir mayoritario de la doctrina con mayor rapidez que el Tribunal Supremo. Ya en 1977 la Audiencia Provincial de Ciudad Real argumentó que según el CC la donación transmitía la propiedad sin necesidad de tradición, circunstancia que el Tribunal Supremo no manifestaría implícitamente hasta 1982, y de manera más decidida, en 1986 y en 1993.

[542] STS de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1728, RJ 2005\2548; ponente Román García Varela).
[543] STS de 23 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6648, RJ 1995\9396; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).
[544] STS de 16 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:1000, RJ 1996\1257; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo).
[545] STS de 25 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:211, RJ 2008\225; ponente Encarnación Roca i Trias).
[546] STS de 10 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1452. RJ 2019\1910; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas).

Por otro lado, es perceptible que en el último cuarto de siglo existen numerosas Sentencias de las Audiencias Provinciales que admiten la validez y eficacia de las donaciones obligacionales, siempre y cuando cumplan los requisitos formales exigidos por los arts. 632 y 633 CC. Esta jurisprudencia constituye una natural asunción del criterio doctrinal predominante[547], que todavía no ha sido acogido de un modo expreso en las Sentencias del Tribunal Supremo.

[547] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartados 6.2 y 6.3.

CAPÍTULO QUINTO
FUNDAMENTACIÓN DE LA VIABILIDAD DE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL EN EL DERECHO CIVIL COMÚN

1. Planteamiento

El objetivo de este Capítulo de la Tesis consiste en analizar los argumentos que pueden esgrimirse a favor y en contra de un contrato de donación obligacional, cuya mecánica transmisiva sería claramente diferente de la donación dispositiva regulada en el CC.

En primer lugar, se enunciarán y se someterán a juicio crítico los argumentos expuestos por la doctrina que no se ha mostrado proclive a admitir la figura. En segundo lugar, se enumerarán y analizarán los argumentos favorables. Finalmente, una vez expuestos ambos, se adoptará una postura, que responderá a la siguiente pregunta: ¿es viable jurídicamente la donación obligacional en el Derecho Civil común español?

2. Argumentos en contra de la donación obligacional

2.1 Etimología de la palabra donación

Varios autores defensores del carácter dispositivo de la donación con arreglo a la regulación del CC aludieron a la etimología de la palabra donación para defender que transmite la propiedad sin necesidad de entrega.

A modo de ejemplo, MANRESA Y NAVARRO señaló que "la etimología de la palabra donación, *doni datio*, dación gratuita, expresa perfectamente el acto que el Código define"[548]. Por su parte, VALVERDE Y VALVERDE dijo que "etimológicamente, donatio, *doni datio*, significa dación gratuita, dar graciosamente"[549].

Este argumento, en principio empleado para argumentar el carácter dispositivo de la donación en el CC, ha sido asumido más recientemente, pero con una finalidad distinta: intentar argumentar la inviabilidad de la donación obligacional. Fue el caso de ALONSO

[548] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., p. 63.
[549] VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, *cit*., p. 387.

PÉREZ, quien adujo que "*causa donandi* y *datio* forman una unidad como el cuerpo y alma. Donación viene de *donum dare*, no de *prommitere*"[550].

Sin embargo, la referencia a la cuestión terminológica constituye un argumento muy débil en contra de la donación obligacional, por varias razones.

En primer lugar, el peso del argumento etimológico en el análisis jurídico es más que relativo. Baste recordar que la etimología no ha sido impedimento para que el legislador haya reconfigurado múltiples instituciones jurídicas[551].

En segundo lugar, la palabra donación ha sido utilizada, y sigue siendo utilizada, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que la institución tiene, o puede tener, carácter obligacional, como Italia o Portugal. Tampoco puede negarse que en el Derecho justinianeo o en el Derecho castellano histórico la palabra donación fue utilizada a pesar de que el contrato solo transmitía los derechos reales mediante la entrega o tradición. Por tanto, el origen lingüístico de la palabra no está reñido con la eventual mecánica transmisiva de la donación.

En tercer lugar, la estricta aplicación del criterio etimológico a la donación, llevado hasta las últimas consecuencias, no resulta congruente con la mecánica transmisiva regulada en la normativa vigente. Si la mecánica traslativa de la donación se fundamentase exclusivamente en la dación, la donación siempre sería un contrato real, que se perfeccionaría necesariamente con la entrega de la cosa donada. Sin embargo, más allá de la donación manual (art. 632.I CC), que ciertamente tiene carácter real[552], el CC no exige que la entrega de las cosas donadas deba producirse de manera simultánea a la perfección de la donación. De hecho, se permite la donación de bienes muebles sin entrega material simultánea (art. 632.II CC), así como la donación de bienes inmuebles sin entrega material simultánea (art. 633 CC).

---

[550] ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", *cit*., p. 94.

[551] Quizá el ejemplo más claro venga constituido por el matrimonio, expresión cuyo origen se encuentra en las expresiones *mater* (madre) y *monium* (obligación, calidad de). Qué duda cabe que la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, al introducir un párrafo segundo en el art. 44 CC, según el cual "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo", conservó la palabra matrimonio (cuya etimología estaba fundada en la ineludible presencia de una madre) para delimitar conceptualmente una institución cuyo contenido esencial fue alterado radicalmente al admitir la validez del matrimonio concertado entre dos hombres o dos mujeres. Por tanto, la ley despojó al matrimonio del significado que cabría deducir tomando en consideración exclusivamente el origen lingüístico del término.

[552] JORDANO BAREA, JUAN B.: *La categoría de los contratos reales*, *cit*., pp. 147-148.

En cuarto lugar, en todo contrato traslativo de dominio, sea dispositivo u obligacional, existe una dación o entrega de la cosa. La cuestión se centra en determinar si la dación o entrega debe producirse porque la perfección del negocio comporta la transmisión del dominio, y el donante pasa a ostentar la condición de poseedor de cosa ajena (caso de la donación dispositiva), o si la entrega debe producirse para operar la transmisión del dominio (caso de la donación obligacional, de la compraventa o de la permuta). Así las cosas, la relevancia de la dación de los bienes enajenados debe ser analizada con arreglo a criterios jurídicos, y no con fundamentos etimológicos.

Finalmente, en quinto lugar, en la donación obligacional también tiene lugar la dación de la cosa donada, que sirve para dar cumplimiento a la obligación de entrega gratuita asumida por el donante, produciendo el traspaso dominical a favor del donatario. Por consiguiente, no existe una contradicción insalvable entre el contrato de donación obligacional y la etimología de la palabra donación.

2.2 Alteración de la mecánica transmisiva de la donación elegida por el legislador

Parte de la doctrina ha afirmado que una donación obligacional es inviable en el Derecho civil común porque supone una alteración de la mecánica transmisiva elegida por el legislador.

A modo de ejemplo, ALBIEZ DOHRMANN dijo que "entre los varios modelos sobre la donación, hay dos que se oponen claramente: la donación como modo de adquisición (que sigue nuestro Código Civil) y la donación como puro contrato (modelo por el que optó el BGB). Sin menospreciar otros modelos ni el derecho comparado, la discusión sobre el significado jurídico de las donaciones debe hacerse a partir del modelo legal vigente"[553]. Y añadió que "no es que la donación no pudiera ser obligacional, si ésta hubiera sido la voluntad del legislador, pero conforme al derecho vigente la donación fue concebida por el legislador como un acto, negocio o contrato caracterizado por la disposición que realiza el donante a favor del donatario, con un efecto además traditorio que no se produce por la entrega ni por la forma, sino por la donación misma"[554].

En la misma línea se pronunció PARRA LUCÁN, para quien "admitir la donación obligacional pone en entredicho el sistema del Código de transmisión del dominio mediante

[553] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4713.
[554] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4717.

la donación: en la donación regulada por el Código, el donatario adquiere la propiedad de lo donado cuando la donación se ha hecho con las formalidades legales. En la donación obligacional, en cambio, no se adquiere la propiedad hasta que no se produce la *traditio* o entrega"[555]. Posteriormente, la misma autora añadió que la donación obligacional "es incoherente con el modelo de donación por el que ha optado el Código civil de modo que, en nuestro sistema, o ya hay donación (con transmisión de la propiedad, en su caso, supeditada a la entrega o un plazo) o no será exigible en el futuro"[556], poniendo énfasis en que "hay que recordar que el juego de la autonomía de la voluntad es más amplio en el ámbito de los derechos de crédito pero tiene un papel más reducido en el de los derechos reales y la transmisión de la propiedad"[557].

El argumento expuesto tampoco parece un óbice sólido a la viabilidad de la donación obligacional.

De entrada, constituye un argumento apriorístico, pues parte de la base de que el CC no contempla más donación que la obligacional. Sin embargo, tal conclusión constituye una verdad a medias. Ciertamente, el Título II del Libro III del CC regula exclusivamente la donación dispositiva o inmediatamente transmisiva. Sin embargo, también es forzoso reconocer que las donaciones de bienes determinables o genéricos son siempre donaciones obligacionales[558], así como que el art. 1807 CC, al posibilitar la constitución de una renta vitalicia gratuita *inter vivos*, está reconociendo implícitamente el posible carácter obligacional de la donación[559].

Además, el argumento está planteado de una forma un tanto tautológica. Se fundamenta en que la regulación normativa de la donación es la propia de un negocio dispositivo, de donde cabe deducir la exclusión de una mecánica transmisiva diversa. Sin perjuicio de que estemos conformes con el carácter dispositivo de la donación en el CC, pretendemos dar un paso más, que estos autores no abordan: determinar si es posible celebrar una donación con eficacia obligacional al margen de la regulación positiva del CC.

Por otro lado, la alteración de la mecánica transmisiva de la donación determinada en el art. 609 CC en absoluto constituye un argumento sólido, pues en verdad reafirma la

[555] PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "Artículo 609", *cit.*, pp. 4460-4461.
[556] PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "La donación", *cit.*, p. 85.
[557] PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "La donación", *cit.*, p. 85.
[558] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.4.
[559] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.5.

viabilidad de una donación obligacional como contrato atípico. No en vano, la jurisprudencia ha admitido en múltiples ocasiones la alteración convencional del sistema de transmisión del dominio previsto en el CC. Sin ir más lejos, la compraventa con reserva de dominio constituye una evidente derogación convencional del art. 609.II CC[560]. Pero en todo caso, resulta muy destacable que la alteración de la mecánica de transmisión de la propiedad también ha sido aceptada jurisprudencialmente en el ámbito de los contratos gratuitos. En efecto, aunque de los arts. 1740 y 1753 CC se desprende el carácter real del contrato de préstamo, la jurisprudencia ha admitido sin problemas la posible celebración de un préstamo consensual[561]. Por tanto, a la luz de esta jurisprudencia sería perfectamente posible suscribir un contrato consensual de préstamo gratuito (y unilateral, si no se ha pacta el devengo de intereses).

A mayor abundamiento, como puso de relieve LALAGUNA DOMÍNGUEZ[562], incluso en los contratos consensuales las partes contratantes pueden llegar a difuminar casi por completo la aplicación de la teoría del título y el modo, mediante el uso de formas espiritualizadas de entrega.

Por otro lado, no parece acertado afirmar que una donación obligacional supondría crear un sistema novedoso de adquisición de los derechos reales, en la medida en que es un contrato que se ajusta completamente a la teoría del título y el modo. La donación

[560] La STS de 19 de octubre de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:1166, RJ 1982\5563; ponente Jaime Santos Briz) afirmó que "la validez del «pactum reservati dominii» y de su singular eficacia, de que mientras no sea abonado el precio en su totalidad, por acuerdo de las partes, no se produce el traspaso de la propiedad al comprador, no obstante la entrega de la cosa vendida, dando lugar a una derogación convencional del art. 609, párr. 2.º, en relación con el 1461 y concordantes, ambos del C. Civ., pacto cuya validez y licitud ha venido proclamando la jurisprudencia desde fines del siglo pasado, en doctrina legal mantenida sin fisuras hasta el día de hoy". En el mismo sentido se pronunció la STS de 12 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:18998, RJ 1993\1794; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes).

[561] STS de 26 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1796, RJ 2007\2343; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel): "Esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código Civil y la falta de toda regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad (artículo 1255 del Código Civil), una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo"; STS de 11 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2551, RJ 2018\2793; ponente María de los Ángeles Parra Lucán): "Al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció esta sala, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal común. (…) La «promesa» de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. (…) La entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo").

[562] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 285.

obligacional es uno de esos "ciertos contratos" que transmiten la propiedad y los demás derechos sobre los bienes "mediante la tradición" (art. 609.II *in fine* CC).

En suma, que el CC parta de que la donación transmite los derechos reales sin necesidad de entrega o tradición no impide que se pueda configurar un contrato atípico de donación, situado dentro del ámbito de aplicación de la doctrina del título y el modo. Como puso de relieve MONTERO LEÓN, "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 el 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"[563].

2.3 El principio *donner et retenir ne vaut*

También se ha afirmado que la supuesta vigencia en el Derecho español del principio *donner et retenir ne vaut* impediría concebir un contrato de donación obligacional atípico.

En esta línea, FERNÁNDEZ OTERO señaló que "la donación según el Código Civil, es un negocio traslativo, bilateral, inmediato y unidireccional. Su carácter traslativo es incompatible con la donación obligacional, o lo que es lo mismo, conlleva que la promesa de donación carece de eficacia jurídica (*donner et retenir non vaut*) por lo que «lo prometido» no «es deuda»"[564].

Tal criterio nos obliga a determinar en qué consiste el principio *donner et retenir ne vaut*, analizar sus implicaciones, y verificar si tiene vigencia en nuestro Derecho, a la vista de la regulación de la donación en el CC.

Al parecer, la regla *donner et retenir ne vaut* obedece a un error en que incurrieron los intérpretes franceses al interpretar los textos romanos[565]. De hecho, se ha puesto de manifiesto que ninguna regla romana daba cobijo a dicho principio, del cual comienzan a detectarse rastros en el derecho consuetudinario francés[566].

---

[563] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit.*, p. 2120.
[564] FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *cit.*, p. 425.
[565] BIONDI, BIONDO: *Le donazioni*, *cit.*, p. 61.
[566] CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL: "El principio de irrevocabilidad de las donaciones", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 226, 1969, pp. 704-706.

El significado y las implicaciones del principio *donner et retenir ne vaut* fue cambiando a lo largo de los siglos[567]. Sin embargo, en la doctrina francesa contemporánea a la promulgación del *Code Civil* de 1804, consistía en un principio especial de irrevocabilidad de las donaciones, cuyas principales implicaciones, que fueron incorporadas al Código napoleónico, eran las siguientes[568]:

- La donación era concebida como un desprendimiento actual e irrevocable. En consecuencia, la única donación admisible era la dispositiva o inmediatamente traslativa. La donación obligacional quedaba proscrita, al no comportar una transmisión inmediata de la cosa donada. Esta característica fue incorporada a la definición de donación contenida en el art. 894 del Código Civil francés: "la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se desprende actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta"[569].

- La idea de desprendimiento actual también suponía que no era posible donar bienes futuros, entendiendo por tales aquellos sobre los cuales el donante no tuviese poder de disposición en el momento de perfeccionarse la donación. De ahí el art. 943 del Código Civil francés: "la donación entre vivos sólo puede comprender los bienes presentes del donante; si incluye bienes futuros, será nula a este respecto"[570].

- Estaba prohibida la donación sometida a condición potestativa *a parte donantis*. Por ello, el art. 944 del Código Civil francés dice que "cualquier donación entre vivos hecha bajo condiciones cuya ejecución dependa únicamente de la voluntad del donante, será nula"[571].

- Finalmente, en la donación con reserva de la facultad de disponer, si el donante moría sin haber dispuesto de los bienes reservados, estos eran atribuidos a los herederos del donante, sin posibilidad de pacto en contrario. Así lo establece el art. 946 del Código

[567] RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *cit*., pp. 428-429.
[568] BIONDI, BIONDO: *Le donazioni*, *cit*., pp. 63-64; RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *cit*., pp. 432-438; CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL: "La regla «donner et retenir ne vaut» y los Códigos Civiles de Francia, Italia y España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 230, 1971, pp. 492-510.
[569] "La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte".
[570] "La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur; si elle comprendre des biens à venir, elle sera nulle à cette égard".
[571] "Toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle".

Civil francés: “en el caso de que el donante se haya reservado la libertad de disponer de un bien comprendido en la donación, o de una suma establecida sobre los bienes donados, si muere sin haber dispuesto de ellos, dicho bien o dicha suma pertenecerán a los herederos del donante, con independencia de todas las cláusulas y estipulaciones en contrario”[572].

Examinadas las cuatro implicaciones más relevantes del principio *donner et retenir ne vaut* en el *Code* francés de 1804, procede constatar si fueron incorporadas al CC español.

- La definición legal de donación (art. 618 CC) en ningún momento dice que el acto de disposición tenga que ser ni actual ni irrevocable.

  Así las cosas, a la vista de la remisión que el art. 621 CC realiza a las normas de las obligaciones y de los contratos, es perfectamente válido que la donación esté sometida a condición suspensiva (en cuyo caso, la donación no producirá efectos hasta un momento posterior a la perfección negocial, una vez cumplida la condición) o resolutoria (en cuyo caso, una vez cumplida la condición, los bienes donados retornarán al patrimonio del donante).

- El art. 635 CC prohíbe la donación de bienes futuros, lo cual es coherente a la vista de que la donación regulada en el Título II del Libro III del CC es un negocio dispositivo.

- En CC no prohíbe en ningún momento la donación sometida a condición suspensiva.

  Sin embargo, a la vista del art. 1115 CC, precepto aplicable por remisión del art. 621 CC, habrá de reputarse nula una donación sometida a condición suspensiva puramente potestativa, es decir, aquella cuyo cumplimiento dependa exclusivamente del mero arbitrio del donante.

- Según el art. 639 CC, “podrá reservarse el donante la facultad de disponer de algunos de los bienes donados, o de alguna cantidad con cargo a ellos; pero, si muriere sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiere reservado”. A diferencia de la normativa francesa, el CC dice que si el donante

[572] “En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fix sur les biens donnés, s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou ladite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires”.

muere sin haber utilizado la facultad de disponer, los bienes o las cantidades impuestas sobre dichos bienes pasarán al donatario, y no a los herederos del donante[573].

Así las cosas, parece evidente que las implicaciones más destacadas del principio *donner et retenir ne vaut* no han sido incorporadas al CC. Buena prueba de ello es que existe poquísima jurisprudencia que se haya hecho eco de dicho principio, sin haberla aplicado efectivamente en los supuestos de hecho analizados[574]. De ahí que ALBALADEJO GARCÍA dijese, un tanto cachazudamente, "que no nos cuenten más la historia de que «donner et retenir ne vaut»; en Derecho español «oui que vaut»"[575].

La práctica totalidad de la doctrina española ha concluido que el principio *donner et retenir ne vaut* no ha sido incorporado al Derecho español[576]. Y resulta muy destacable que esta constatación haya sido asumida sin dificultad incluso por autores que han afirmado la naturaleza dispositiva de la donación en el CC.

---

[573] Como dijo RODRÍGUEZ ADRADOS, "con materiales franceses e italianos, traduciendo al pie de la letra los textos de sus Códigos, nuestros codificadores, con una pequeña modificación, al parecer sólo en la consecuencia jurídica, crearon un sistema radicalmente opuesto" (RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *cit*., p. 427).

[574] La STS de 22 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:19218, RJ 1993\2029; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez), de difícil lectura, afirmó "la vigencia en nuestro derecho de la regla «donner et retenir ne vaut»". Sin embargo, dicha manifestación fue vertida por el Tribunal al aludir a la polémica sobre si el art. 639 CC permite al donante establecer una reserva sobre todos los bienes donados, o solo sobre parte de ellos; cuestión, además, sobre la cual el Tribunal consideró innecesario pronunciarse para resolver el recurso de casación. ALBALADEJO GARCÍA fue extraordinariamente duro con esta Sentencia, que calificó como "modelo de fárrago pasmoso, que al lector de varias como ella le pueden producir pérdida de masa encefálica" (ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 551).

La STSJ de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal) de 7 de enero de 2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:101, RJ 2010\4869; ponente Carlos Ramos Rubio) se limitó a repetir literalmente lo que había señalado la antedicha STS de 22 de marzo de 1993, sin que la manifestación tampoco tuviese implicaciones en el fondo del asunto, que versó sobre la calificación de la donación enjuiciada, como donación *inter vivos* con reserva de la facultad de disponer, o como donación *mortis causa*.

Mucho más clara fue la SAP de Granada (sección 3ª) de 11 de junio de 2010 (ECLI:ES:APGR:2010:663, JUR 2010\356374; ponente José Requena Paredes), que dijo que el art. 639 CC "se aparta del Derecho francés cuya regla "donner et retenir ne vaut" no fue acogida".

[575] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 18.

[576] RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *cit*., pp. 441-442; CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL: "La regla «donner et retenir ne vaut» y los Códigos Civiles de Francia, Italia y España", *cit*., pp. 539-557. LACRUZ BERDEJO se refirió, sin ambages, a la "exclusión, en nuestro ordenamiento, de la regla tradicional del derecho francés *donner et retenir ne vaut*" (LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 166). Incluso DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, acérrimo opositor a la donación obligacional, calificó a la donación con reserva de la facultad de disponer como "forma excepcional y anómala", y se vio forzado a reconocer a regañadientes que "si lo esencial de la donación, en el largo proceso de su configuración que consolida la codificación, es su irrevocabilidad, conforme a la regla «donner et retenir ne vaut», la reserva de la facultad de disponer sobre los bienes donados, no deja de ser una excepción a la aplicación de aquella regla general", que pretendió circunscribir al "caso concreto y, excepcional, del art. 639" (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 291).

En este sentido, VALLET DE GOYTISOLO dijo que "el verbo disponer tiene en nuestro Código una amplitud no restringida por la nota de actualidad o inmediatividad, como sucede en el Código francés, con las palabras «se desprende desde luego», del artículo [8]94, y en el Código italiano de 1865, con la expresión de que «el donante se despoja actual [e] irrevocablemente», del artículo 1.050. (…) Un examen del articulado, contenido en el título que el Código dedica a la donación, confirma esa amplitud del verbo disponer, referido a las donaciones, no ceñida por la nota de su actualidad, ni por la irrevocabilidad"[577].

Más recientemente, ATAZ LÓPEZ afirmó que "aunque es cierto que en nuestro régimen legal quedan evidentes rastros de ese viejo principio, lo cierto es que, al no estar éste incorporado a la propia noción legal de donación, no parece que la vulneración del mismo sea razón suficiente para no admitir las promesas de donación; sobre todo habida cuenta de que nuestro Código civil admite claramente las donaciones sometidas a término suspensivo, así como las donaciones con cláusula reversional a favor del donante, siendo, unas y otras, totalmente contrarias a la vieja afirmación francesa de que no vale donar y retener"[578].

Por las razones expuestas, el principio *donner et retenir ne vaut* no constituye un impedimento para perfeccionar un contrato de donación obligacional, en la medida en que no forma parte del Derecho español.

2.4 Creación del crédito en la persona del donante en el momento de perfección del contrato y su subsiguiente cesión al donatario

VALLET DE GOYTISOLO refirió una posible objeción a la viabilidad de la donación obligacionales. Tras admitir que "los créditos y los demás derechos incorporales pueden ser objeto de donación, como pueden serlo de compraventa"[579], adujo lo siguiente:

> "¿Podrá el donante crear un crédito contra sí mismo para donarlo seguidamente un instante después? Notemos el absurdo lógico que supone la operación. Yo no puedo obligarme jurídicamente a favor de mí mismo, ni puedo crearme un crédito contra mí mismo. Luego si no he podido crearlo no podré donarlo, puesto que para transferir algo debe tenerse previamente".

Este argumento parte de una premisa errónea, pues confunde la donación obligacional con la donación dispositiva de un crédito. Anteriormente tuvimos ocasión de deslindar con

[577] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1224.
[578] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 168.
[579] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., p. 748.

precisión ambas figuras[580]. Sintéticamente, reiteraremos en este punto que la cesión de un crédito a título gratuito supone la transmisión de un crédito preexistente, que el donante-cedente trasmite a cambio de nada al cesionario-donatario. En cambio, en una donación obligacional, el donante no transmite al donatario ningún crédito: no existe ninguna 'auto creación' del crédito para cederlo de inmediato al donatario. La perfección de la donación obligacional supone la creación de un crédito que ingresa directamente en el patrimonio del donatario, pero no consiste en la transmisión gratuita de un crédito preexistente. Como dijo ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "cuando se plantea que un crédito pueda ser objeto de donación no se está haciendo referencia a una donación obligacional sino a una donación transmisiva, cuya única particularidad le viene dada por su objeto, que en el caso no es un bien corporal sino incorporal pero ya preexistente en el patrimonio del donante, nada más" [581].

También SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO se hizo eco de este planteamiento para refutar la crítica de VALLET DE GOYTISOLO:

> "No es necesario admitir la posibilidad de que una persona (el donante) cree un crédito contra sí mismo para admitir la donación obligacional.
>
> El crédito nace en la persona del donatario. Pero su creación, o para ser más exactos, la voluntad de crearlo responde a una causa gratuita. El "animus donandi" se da, pues, efectivamente, no al transferir al crédito, ni al pagarlo, sino al constituirlo"[582].

Por nuestra parte, deseamos añadir lo siguiente. Si se admitiese el obstáculo planteado por VALLET DE GOYTISOLO, sería inviable un contrato de mandato gratuito, pues el mandatario "crearía un crédito" que transmitiría acto seguido al mandante. También sería inviable la prestación de una fianza a título gratuito, pues el fiador "crearía un crédito" que transmitiría acto seguido al acreedor. Evidentemente, no es un planteamiento acertado, pues no repara en que el crédito nace en el momento de la perfección del contrato, por obra del propio contrato, e ingresa directamente en el patrimonio de la parte contratante beneficiaria de la prestación gratuita. Así, en la donación obligacional, la prestación consiste en entregar la cosa donada, y el derecho de crédito que consiste en recibirla lo adquiere el donante; en

[580] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.6.
[581] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., p. 590.
[582] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., p. 809.

el mandato, la prestación consiste en cumplir el encargo encomendado, y el derecho de crédito que consiste en la realización del encargo lo adquiere el mandante; en la fianza, la prestación consiste en pagar una deuda, y el derecho de crédito que consiste en el pago de la deuda lo adquiere el acreedor.

En suma, es evidente que el argumento que hemos refutado no puede ser aceptado, porque además de estar basado en un error de base, conduciría a consecuencias claramente perturbadoras, que pondrían en cuestión la validez de todos los contratos gratuitos.

2.5 Ausencia de liberalidad y de gratuidad debido al carácter coercible del contrato

Un reseñable número de autores ha afirmado que la donación obligacional no sería admisible, debido a que el donante estaría obligado a entregar la cosa, y que ese deber jurídico de entrega constituiría una obligación coercible, radicalmente incompatible con la liberalidad y con la gratuidad características de toda donación.

Según NÚÑEZ-LAGOS MORENO, "si la donación fuera realmente un acuerdo obligacional, la *datio* subsiguiente solo sería ejecución de un convenio previo, cumplimiento de una obligación de dar, en una palabra, pago; y la *traditio* en todo caso se verificaría *causa solvendi*"[583].

VALLET DE GOYTISOLO afirmó, de un lado, que "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 podrían considerarse como tales las transmisiones verificadas en cumplimiento de una obligación contraída anteriormente"[584]. De otro lado, afirmó que "la obligación de verificar una donación no puede existir, puesto que la donación es un acto de liberalidad -«bienfecho que nasce de nobleza e bondad del corazón»- que, por tanto, nadie puede obligarse a hacerla. Porque si su otorgante a ella se obligó, ya no es donación su cumplimiento"[585].

En parecidos términos, PARRA LUCÁN dijo que "resultaría un rodeo inútil entender que no hay donación ahora, porque no se quiere donar, pero que la habrá en el futuro y será exigible por el donatario la transmisión futura de la propiedad"[586].

---

[583] NÚÑEZ-LAGOS MORENO, RAFAEL: "Pago de lo indebido sin error", *cit.*, p. 142.
[584] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit.*, p. 685.
[585] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit.*, pp. 748-749.
[586] PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "La donación", *cit.*, p. 85.

Un buen resumen de este planteamiento fue sintetizado por COSTAS RODAL:

> "No puede admitirse que se pueda exigir lo prometido por el donante como si se tratara del cumplimiento de una obligación, pues ello iría en contra del ánimo liberal que es predicable de la donación imponiendo al donante un acto de liberalidad que aún no ha realizado. La donación hecha por obligación no puede ser donación. La donación es un acto de liberalidad que nadie puede obligarse a hacer, de manera que el que sólo se obliga a donar una cosa ni dona ni se obliga"[587].

A nuestro entender, el problema que aprecian estos autores no existe, si se tienen en cuenta una serie de consideraciones.

En primer lugar, en la objeción existe un error de principio. En una donación obligacional, el donante, de manera libre y espontánea, asume una obligación gratuita, consistente en entregar una cosa al donatario a cambio de nada, con la finalidad de transmitirle un derecho real. La liberalidad radica en la asunción de una prestación sin contraprestación. La donación es actual e inmediata; lo que se dilata en el tiempo es la ejecución de la prestación gratuita. Por ello, no es correcto hablar de donación futura, pues la donación obligacional es una donación actual con ejecución futura, que es algo muy distinto. Tampoco es correcto decir que el donante promete a donar, pues dona en el momento de la perfección del contrato.

Así las cosas, la donación obligacional tampoco se opone a la espontaneidad característica de toda donación, pues el donante dona espontáneamente obligándose, generando correlativamente un derecho de crédito a favor del donatario. La liberalidad existe en el momento de perfección de la donación obligacional: el donante asume una obligación de entrega sin recibir nada a cambio, y el crédito, consistente en la entrega de la cosa donada, surge en la persona del donatario desde el mismo momento en que se perfecciona el contrato. Como señaló ATAZ LÓPEZ, "para recuperar la idea de la liberalidad, bastaría con fijarse en el momento de realización de la promesa, y no en el de su cumplimiento; éste sería, sin duda, forzoso, y difícilmente calificable como liberalidad; pero la promesa en sí misma considerada, sí que habría sido hecha libre y espontáneamente, sin venir obligado a ello por ninguna circunstancia"[588]. Este mismo planteamiento fue expuesto por ALBALADEJO GARCÍA, quien indicó que el donante "realiza *solvendi causa* la prestación en que dicha

[587] COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit*., p. 2832.
[588] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 165.

obligación consiste: entonces hay *animus donandi*; fue al donar -obligarse- cuando se obró *donandi animo*"[589].

En segundo lugar, que la prestación asumida por el donante en una donación obligacional constituya una obligación coercible de ninguna manera puede ser considerado contradictorio con la existencia de liberalidad. En todos los contratos gratuitos (donación obligacional, comodato, préstamo, depósito, mandato, fianza) existe una causa liberal: la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 CC). Pero esa liberalidad no está reñida con que el deudor esté obligado a cumplir con la prestación, y a que pueda ser compelido a cumplirla. No solo el donante: también el prestatario, el mandatario o el fiador a título gratuito pueden ser compelidos forzosamente a cumplir sus obligaciones. De lo contrario, se llegaría a la absurda conclusión de que los contratos gratuitos no tendrían fuerza de ley para los contratantes; una suerte de inaplicación de los arts. 1091 y 1256 CC, carente de toda lógica jurídica. Cuestión distinta será el mayor o menor grado de responsabilidad del obligado en caso de incumplimiento, tomando en consideración el carácter gratuito del contrato[590].

En tercer lugar, y como consecuencia lógica derivada de lo expuesto hasta este momento, el pago o cumplimiento de la donación obligacional tampoco es incompatible con el carácter gratuito del contrato. El pago o cumplimiento de la obligación gratuita por parte del donante, que se realiza *solvendi causa*, no convierte en onerosa a la donación obligacional, que se perfeccionó *donandi causa*.

De entrada, como puso de relieve por ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "si se habla con rigor de «onerosidad» y «gratuidad», hay que tener presente que el término de referencia de esos dos adjetivos viene constituido por el negocio, no por el pago, y por tanto que la idea de pago de la obligación derivada de un negocio gratuito no es un absurdo lógico"[591]. "Si se habla con rigor de la *causa solvendi* y *donandi*, hay que tener en cuenta que el término de referencia propio de las mismas viene constituido principalmente por la atribución patrimonial (enfocada desde la perspectiva del fundamento objetivo que la justifica), y por tanto con una cierta independencia del negocio que la articula, resultando entonces que no hay dificultad ninguna para compatibilizar una *datio* hecha como pago o cumplimiento de

[589] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 54-55.
[590] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.2.
[591] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., pp. 592-593.

una obligación o un contrato previo, con la afirmación de que esa misma *datio* responde a una *causa donandi*, ya que cada una de esas nociones hace referencia a planos distintos"[592].

Por tanto, no existe ninguna incompatibilidad entre el carácter gratuito del contrato y el pago o cumplimiento de la prestación comprometida. Lo expresó muy claramente SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, quien tras afirmar que "el concepto de obligación de dar gratuitamente no es tan ilógico como se supone"[593], señaló:

> "No vemos que sea incompatible el carácter gratuito de una obligación con que el cumplimiento de esa obligación (gratuita) constituya una *datio solvendi causa*. El argumento alegado implica la creencia de que *todo* pago haya de ser *forzosamente* oneroso, lo cual, como ha puesto de manifiesto la más moderna doctrina alemana e italiana, es totalmente inexacto.
>
> El atribuir al pago carácter intrínsecamente oneroso corresponde a una tendencia, dominante en otros tiempos, que consideraba la liberación del deudor como "correspondencia" de la prestación por él recibida. Sin embargo, estudios más recientes y más profundos sobre el concepto de onerosidad han desvanecido esta falsa apariencia, haciendo resaltar que la extinción de la deuda no puede ser considerada como correspectiva atribución del acreedor. En el pago se produce la extinción de la deuda pagada de una manera automática, y constituye un efecto ligado por la Ley al pago e implícito en su concepto. No es que el acreedor "renuncie" a la deuda en correspondencia a la prestación del deudor, lo cual significaría que "podía no renunciar". Por tanto, es evidente que en el pago no hay prestaciones recíprocas y que falta, en consecuencia, el presupuesto necesario para hablar de onerosidad"[594].

En términos didácticos, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN manifestó que "quien se compromete a donar un automóvil y, en cumplimiento de su promesa, entrega efectivamente uno, está consumando un contrato gratuito, y no presta a título oneroso, aun cuando no hace entonces donación, que ya convino antes"[595].

---

[592] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., p. 593.
[593] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., p. 808.
[594] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., pp. 808-809.
[595] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El *animus donandi*", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 35, 1996, p. 316.

Así las cosas, en acertada expresión de GULLÓN BALLESTEROS, en una donación obligacional "la entrega de la cosa se haría *solvendi causa* (es decir, para cumplir una obligación). Pero el contrato se habrá celebrado *donandi causa*"[596]. No existe ninguna incompatibilidad o contradicción conceptual entre ambos términos.

En resumidas cuentas, el carácter vinculante y coercible de la obligación de entrega asumida por el donante no es incompatible ni con la liberalidad ni con el carácter gratuito del contrato de donación obligacional.

2.6 El art. 1901 CC

Según el art. 1901 CC, "se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa".

VALLET DE GOYTISOLO argumentó que el art. 1901 CC constituiría un obstáculo para admitir la donación obligacional:

> "El art. 1901 CC señala como supuestos de pago indebido no repetibles los hechos «a título de liberalidad o por otra justa causa». Esto es, en virtud de donación o en cumplimiento de alguna de las llamadas obligaciones naturales o de un deber moral. Por tanto, si el pago hecho a título de donación es un caso de pago de lo indebido, aunque no sea repetible, sin duda la obligación de dar contraída con ánimo de liberalidad no será exigible, aunque una vez pagada no pueda repetirse. (…) La mal llamada obligación de donar, aunque parezca paradójico, sólo es obligación cuando ya se ha cumplido"[597].

Sin embargo, el propio VALLET DE GOYTISOLO reconoció que su planteamiento era "discutible"[598], y apuntó una posible visión alternativa a su planteamiento:

> "Es posible sostener que la excepción de que «la entrega se hizo a título de liberalidad», contenida en el artículo 1901, solo se refiera a las donaciones traditorias, sin previa promesa, y que las promisorias escapan del artículo 1901 CC. Pues su cumplimiento no será nunca un pago indebido, sino el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída"[599].

---

[596] GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 71.
[597] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1231.
[598] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1231.
[599] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1231.

Desde nuestro punto de vista, el óbice plantado por VALLET DE GOYTISOLO no fue acertado, como tampoco resultó del todo satisfactorio su propia explicación alternativa.

En efecto, el argumento parte de una premisa incorrecta, ya que se fundamenta en que el pago realizado a título de liberalidad sería un supuesto de pago de lo indebido, no repetible. Sin embargo, el art. 1901 CC en ningún caso preceptúa que la entrega hecha en virtud de donación sea un supuesto de pago indebido y repetible, sino todo lo contrario[600]. Lo que la norma hace es permitir que quien ha recibido una donación pueda defenderse de una posterior reclamación de un donante sin escrúpulos, que reclame la restitución de lo donado con el pretexto de que hizo una entrega al donatario por error. En suma, el art. 1901 CC reconoce que el donatario es dueño de algo en virtud de un justo título de atribución, la donación; de ahí el carácter no repetible de la entrega de la cosa donada.

Asumiendo este planteamiento, FERRANDIS VILELLA señaló que "dicho artículo establece una *presunción de error* en el pago que, cuando no sea destruida mediante la prueba en contrario, implicará una *presunción de pago de lo indebido*. Pero si se aporta dicha prueba en contrario desparecen o quedan sin efecto tales presunciones, de manera que ya no se podrá hablar ni de error en el pago ni de pago de lo indebido. Es decir, la prueba en contrario no se limita a excluir la repetición (dejando en pie las presunciones de error y de pago de lo indebido), sino que excluye plenamente la aplicación de las reglas del pago de lo indebido, ya que a lo que se dirige dicha prueba es a demostrar que efectivamente se pagó lo que se debía"[601].

Paradójicamente, VALLET DE GOYTISOLO reconoció que, en una donación obligacional, la entrega de la cosa donada "no será nunca un pago indebido, sino el cumplimiento de una obligación anteriormente contraída" [602]. Como es natural, a la vista del planteamiento que venimos defendiendo a lo largo de esta Tesis, estamos completamente de acuerdo con esta afirmación, que mal casa con la premisa de la que parte el pretendido obstáculo a la donación obligacional fundamentado en el art. 1901 CC.

Por otro lado, en lo que se refiere a la explicación alternativa ofrecida por el propio VALLET DE GOYTISOLO, tampoco nos parece demasiado atinada. Si según su planteamiento

[600] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., p. 591.
[601] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., pp. 360-361.
[602] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1231.

(con el que estamos plenamente conformes[603]) el Título II del Libro III del CC regula exclusivamente la donación dispositiva, no parece que tenga sentido colegir que cuando el art. 1901 CC alude al "título de liberalidad" se esté refiriendo implícitamente a la donación obligacional, cuyo régimen jurídico no regula. Parece claro, como dice el referido precepto, que "puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad" toda persona que posea una cosa reclamada como indebida que la haya adquirido en virtud de cualquier título gratuito válido: el donatario (bien en virtud de una donación dispositiva, bien en virtud de una donación obligacional), el comodatario, el prestatario o el depositario.

2.7 La prohibición de donación de bienes futuros

También se ha afirmado que el art. 635 CC, al proscribir la donación de bienes futuros, estaría prohibiendo implícitamente la posible configuración de una donación obligacional atípica.

Sin duda fue ATAZ LÓPEZ quien expresó este planteamiento de un modo más rotundo:

> "En cuanto a la prohibición de bienes futuros, entiendo que es muy significativa de lo que pretendía el legislador al configurar la donación como traslativa: si simplemente se hubiera hecho así, por pensar que esa es la donación más corriente, no se habría procedido a *prohibir* la donación de bienes futuros; si acaso se habría considerado que esta era imposible pues ¿cómo se va a disponer de un bien que aún no nos pertenece? Pero el legislador expresamente prohibió este tipo de donaciones, lo que, a mi modo de ver, revela una voluntad que va algo más allá de la consideración de la donación como normalmente dispositiva: se pretende impedir una donación que no puede ser dispositiva, por referirse a bienes sobre los que el donante carece de poder de disposición. De manera que incluso la propia noción que da el Código de bienes futuros (aquellos de los que no se puede disponer en el momento de la donación) resulta significativa de que la razón de ser de la prohibición está en que dicha donación no podría ser dispositiva"[604].

A nuestro modo de ver, este argumento no resulta convincente.

En primer lugar, parte de la premisa de que las donaciones obligacionales siempre tendrían por objeto bienes futuros, entendiendo por tales bienes sobre los cuales el donante no tiene poder de disposición en el momento de celebración del contrato. Sin embargo, no

[603] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.
[604] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., pp. 185-186.

estamos conformes con esta asunción. De hecho, lo habitual será que el bien donado a través de una donación obligacional sea un bien propio. Cuestión distinta es que no exista impedimento para considerar que la donación obligacional pueda tener por objeto la transmisión gratuita de bienes futuros. Piénsese en una compraventa de cosa ajena: desde el punto de vista técnico es perfectamente viable, aunque sea infrecuente en la práctica. No parece razonable tomar en consideración la excepción para constituir una prohibición implícita de carácter general.

En segundo lugar, este planteamiento conduciría, evidentemente, a sostener que una hipotética donación obligacional no podría tener por objeto bienes futuros. Sin embargo, tal prohibición no tendría sentido en un contrato obligacional como la donación obligacional, al igual que tampoco lo tiene en la compraventa[605].

En tercer lugar, el argumento resulta un tanto contradictorio. Si el CC regula exclusivamente una donación con efectos dispositivos o inmediatamente traslativos, ¿por qué iba a cerrar el paso implícitamente a otro tipo de donación? No parece razonable afirmar que el Título II del Libro III del CC regula exclusivamente la donación dispositiva para prohibir implícitamente otra clase de donación, la obligacional, que, según el punto de partida del propio razonamiento, no regula el CC.

En cuarto lugar, si lo que el legislador pretendía era prohibir las donaciones obligaciones, tampoco parece lógico colegir que lo hubiese hecho de una manera implícita, tan enrevesada. ¿Acaso no hubiese tenido más sentido introducir en el CC una prohibición expresa?

En quinto lugar, los antecedentes históricos del art. 635 CC de ninguna manera respaldan esa pretendida prohibición implícita de la donación obligacional. El precepto tiene su origen en el art. 634 del anteproyecto de CC de 1882-1888 ("la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entienden los que no se hallaban en poder del donante, o aquellos que éste no podía disponer al tiempo de la donación"[606]), que tomó como referencia el art. 953 del proyecto de 1851 ("la donación no puede comprender

[605] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 3.3.3.

[606] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., pp. 611-612; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit*., p. 196.

los bienes futuros"[607]) y el art. 1453 del Código Civil portugués de 1867 ("la donación no puede comprender bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos que no se encuentran en poder del donante, o sobre los cuales este no tiene derecho al tiempo de la donación"[608]). El origen de ambas normas radica en el art. 943 del Código Civil francés de 1804, que decía que "la donación entre vivos sólo puede comprender los bienes presentes del donante; si incluye bienes futuros, será nula a este respecto"[609]. Por tanto, el art. 635 CC no tiene otra finalidad que resaltar que la donación, al igual que en el *Code* de 1804 y en el *Codice* de 1865, es un negocio de disposición, razón por la cual no es posible donar cosas sobre las que no se tiene capacidad de disposición al tiempo de su perfección. Es muy reveladora la explicación que ofreció GARCÍA GOYENA acerca del art. 953 del proyecto de CC de 1851: "la donación entre vivos transfiere al donatario, irrevocablemente y en el acto, la propiedad de los bienes donados, lo que no puede tener lugar en los futuros"[610].

En sexto lugar, no es acertado afirmar que el art. 635 CC pretendía prohibir implícitamente la donación obligacional, con el argumento de que la imposible donación de bienes futuros, como consecuencia del carácter dispositivo de la donación, era algo evidente que no tenía por qué ser aclarado expresamente en la ley. A este respecto, baste con señalar que la dilucidación de la mecánica transmisiva de la donación en el CC constituyó una cuestión muy controvertida durante muchas décadas en la jurisprudencia y en la doctrina española, y que solo durante los últimos cuarenta años ha existido un consenso bastante generalizado, aunque no unánime. Por tanto, el art. 635 CC de ninguna manera podía ser tildado de superfluo en 1889, ya que constituye una suerte de 'cláusula de cierre' que redunda en el carácter dispositivo de la donación. A mayor abundamiento, la prohibición de la donación de bienes futuros resultaba doblemente necesaria en el CC, en la medida en que en el Derecho castellano anterior la donación era un contrato obligacional, que podía tener por objeto bienes ajenos o futuros, tal y como señalaba la doctrina jurídica de la Edad Moderna[611]

[607] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit*., p. 399.
[608] "A doação não póde abranger bens futuros. Por bens futuros entendem-se aquelles, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito au tempo de doação".
[609] "La donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur; si elle comprendre des biens à venir, elle sera nulle à cette égard".
[610] GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, p. 299.
[611] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1215.

y del siglo XIX[612]. Por tanto, el art. 635 CC cumplía una misión adicional: enfatizar una clara ruptura con la regulación normativa anterior, y despejar posibles dudas interpretativas.

En suma, parece claro que la prohibición de donar bienes futuros sancionada en el art. 635 CC no debe ser interpretada como una prohibición implícita de la donación obligacional.

2.8 El pretendido carácter no formal del contrato

Diversos autores han argüido que la donación obligacional no sería admisible en nuestro Derecho porque sería un contrato no formal, en contraposición al marcado carácter formalista que preside la regulación de la donación a la vista de los arts. 632 y 633 CC.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, al plantearse una eventual donación obligacional, manifestó que "parece que el carácter formal de la donación -eje de su eficacia traslativa- no lo tolera", así como que "contra la admisibilidad milita el carácter formal de la donación"[613]. Y ATAZ LÓPEZ, al responder a idéntico interrogante, dijo que "en el Código Civil, toda promesa gratuita de dar requiere, para hacer nacer una obligación, la forma escrita o la entrega voluntaria del donante, de donde resulta que, o bien no hay contrato hasta que la prestación gratuita ya se ha cumplido, por lo que no llegó a haber una obligación nacida de la promesa, o bien la obligación nace de la promesa y de la forma esencial; pero no de la mera voluntad de obligarse sin ningún otro requisito"[614].

Respecto a la opinión expresada por LALAGUNA DOMÍNGUEZ, deseamos reiterar que no estamos conformes con que la forma de la donación regulada en el CC sea lo que le confiere carácter dispositivo o inmediatamente traslativo[615]. No obstante, es evidente que rechazó la donación obligacional presuponiendo su carácter no formal.

En cuanto a lo expresado por ATAZ LÓPEZ, de sus palabras se deduce que en realidad no cuestionó la posible configuración de una donación obligacional, sino una donación obligacional carente de todo requisito formal. Es decir, implícitamente la admitió en el

[612] AGUIRRE DE LA PEÑA, JOAQUÍN, y GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo. Tomo III*, *cit*., p. 176: "pueden donarse todas las cosas que están en el comercio de los hombres, y hasta las agenas"; FALCÓN Y OZCOIDI, MODESTO: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinion de los escritores. Tomo II*, *cit*., p. 688: "todas las cosas, así presentes como futuras, así perfect[a]s como dudos[a]s, pueden ser materia de una donación".

[613] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit*., p. 278.

[614] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 87.

[615] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.5.

supuesto de que se dé cumplimiento a los requisitos formales que el CC exige a las donaciones.

Realmente, nuestro planteamiento es coincidente con el de estos autores: no es admisible una donación obligacional que no cumpla con los requisitos formales exigidos por los arts. 632 y 633 CC. Como tendremos ocasión de justificar extensamente, la forma en las donaciones obligacionales cumple las mismas funciones que en las donaciones dispositivas, y, en consecuencia, constituye un presupuesto necesario para la validez del contrato[616].

Así las cosas, el aparente obstáculo que plantearon LALAGUNA DOMÍNGUEZ y ATAZ LÓPEZ no es tal, pues la categorización de la donación obligacional como contrato esencialmente formal deja sin contenido a sus objeciones, que están fundadas en una premisa incierta: que la donación obligacional sería un contrato carente de toda forma escrita.

No obstante, parte de la doctrina ha ido más allá, y partiendo del pretendido carácter no formal de la donación obligacional, la terminó identificando con las obligaciones naturales. GOMÁ SALCEDO expresó tal planteamiento de la siguiente manera:

> "En el ámbito normal de las relaciones sociales, una promesa hecha al viento, sin forma y sin entrega, puede estimarse carente de toda operatividad, sin más consecuencia para el incumplidor que un cierto descrédito y la acusación de poca fiabilidad y seriedad.
>
> El que promete donar y luego no lo hace no actúa ilícitamente; tal proceder no merece un reproche jurídico, aunque sí, en la mayoría de los casos, puede ser reprobable y reprobado desde el punto de vista personal y social, perjudicando su fama o concepto público. Incluso es posible que genere responsabilidad extracontractual o aquiliana si el favorecido por la promesa se embarca, confiado en ella, en una empresa que luego fracasa por falta de ese apoyo económico, o asume compromisos que luego no puede satisfacer por fallarle el presunto donante"[617].

Con anterioridad tuvimos ocasión de justificar cumplidamente las diferencias que existen entre una obligación natural y una donación obligacional, sobre las que nos reiteramos[618]. Entonces, ya apuntamos que las obligaciones naturales carecen de forma esencial, en tanto que la donación obligacional que venimos postulando está presidida por

[616] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.3.
[617] GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II. Obligaciones y contratos*, *cit*., p. 511.
[618] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.7.

un carácter rigurosamente formal, pues debe cumplir necesariamente los requisitos formales de los arts. 632 o 633 CC, según corresponda, para existir jurídicamente. Así las cosas, el indispensable requisito formal permite distinguir con total claridad las donaciones obligacionales de las obligacionales naturales.

2.9 Injusticia e inequidad

ATAZ LÓPEZ expuso que admitir una donación obligacional sería contrario a la idea de justicia y de equidad. Su razonamiento está asentado, de un lado, en la evolución histórica de los contratos gratuitos, y de otro lado, en consideraciones personales, y, por tanto, subjetivas.

Así, afirmó que "porque el régimen de las obligaciones es y ha de ser exigente, en los casos en los que el «obligado» se obligó gratuitamente, solo por la intención de beneficiar a alguien, puede ser poco equitativo considerarlo automáticamente vinculado, por la sola fuerza de su voluntad"[619]. Por ello, adujo, históricamente se exigió la forma solemne: la *stipulatio* en el Derecho romano, y el contrato *under seal* el Derecho anglosajón. "Con ello, se obtenía un sistema razonable y seguro: cabían las promesas gratuitas obligatorias, pero se garantizaba que el deudor de las mismas supiera con exactitud que le había concedido a alguien el derecho de exigirle el cumplimiento"[620]. Añadió que, en la época codificadora, pese a reconocerse la primacía de la voluntad, la fuerza obligatoria de las promesas gratuitas fue limitada mediante la imposición de requisitos formales añadidos. Sin embargo, lamentó que "el movimiento de modernización del Derecho Civil da un paso más, pero en la dirección de facilitar la fuerza obligatoria de cualquier promesa. No creo que sea un paso razonable ni justo"[621]. Y remachó afirmando que "el caso de las promesas gratuitas es, creo, un buen ejemplo en el que se propone una regulación que favorece el nacimiento de obligaciones en un caso en el que probablemente sea más equitativo no favorecerlo"[622].

El análisis de la evolución histórica que expresó este autor es acertado, por lo general. No obstante, cabría realizar algunas puntualizaciones, en la medida en que existen diversos

[619] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 111.
[620] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 111.
[621] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 111.
[622] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 113.

supuestos en los que las prestaciones gratuitas ni han estado ni están condicionadas al cumplimiento de requisitos formales. Por de pronto, en el Derecho justinianeo no se exigió una *stipulatio* para que las donaciones obligacionales tuviesen fuerza de obligar, ya que el donatario tenía a su disposición la *condictio ex lege* para exigir la entrega de la cosa donada (CI 8.53.35, Nov 162)[623]. También hay que destacar que el CC no exige requisito formal alguno para el mandato gratuito (art. 1711 CC), ni para la fianza gratuita (art. 1823 CC), y que la jurisprudencia ha admitido la figura del préstamo consensual (que puede ser sin remuneración de intereses, y, por tanto, gratuito), sin exigir ninguna formalidad especial.

En todo caso, el óbice planteado se fundamenta en que una donación obligacional sería un contrato que no exigiría el cumplimiento de formalidad alguna. Lo hemos señalado anteriormente[624], y lo reiteramos de nuevo en este lugar: nuestro concepto de donación obligacional presupone, necesariamente, el cumplimiento de los requisitos formales contemplados en los arts. 632 y 633 CC, en función del carácter muebles o inmueble de los bienes donados. Así las cosas, la objeción que planteó ATAZ LÓPEZ se esfuma, en la medida en que el donante siempre tendrá la oportunidad de reflexionar sobre el contenido de su obligación gratuita, y las consecuencias comportará en el futuro.

Por otro lado, las valoraciones sobre la equidad y la justicia están influidas por la percepción individual, por lo que son muy discutibles. ATAZ LÓPEZ tuvo a bien reconocer que "la equidad, como justicia del caso concreto que es, implica necesariamente un juicio valorativo que no está exento de connotaciones subjetivistas. Por lo tanto, hay que admitir que lo que a mí me parece poco equitativo, a otros puede parecerles perfectamente normal y razonable"[625].

Desde nuestro punto de vista, no parece de recibo apelar al ideal de justicia o a la equidad para fundamentar planteamientos jurídicos, cuyas características objetivas son extraordinariamente difíciles de perfilar. De hecho, al razonamiento de ATAZ LÓPEZ se le podría dar la vuelta: ¿sería justo que alguien que se compromete seriamente a entregar algo a cambio de nada incumpla su obligación sin justificación alguna? Entendemos que tal hipótesis sería imposible de conciliar con nuestra propia concepción de lo que representa la justicia y la equidad. Estimamos que en el fondo del razonamiento subyace la idea de que

[623] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.b).
[624] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 3.7.
[625] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 113.

todo contrato o negocio gratuito sería injusto. El problema de este planteamiento es que reputaría como injusto o inequitativo a todo acuerdo vinculante que no esté presidido por la idea de reciprocidad o de justicia conmutativa, lo que llevado al extremo conduciría a legitimar incumplimientos contractuales sobre la base del carácter gratuito de la obligación. Cuestión distinta es que la gratuidad y la ausencia de conmutatividad sean tomadas en consideración para atenuar o moderar la responsabilidad del deudor a título gratuito[626]; pero a nuestro juicio, la naturaleza gratuita de una obligación no puede servir como fundamento para negar la validez de contratos gratuitos atípicos como la donación obligacional.

2.10 Fraude de ley

Una vez más, ATAZ LÓPEZ planteó otro argumento contrario a la admisión de la donación obligacional. Según su interpretación, constituiría un contrato dirigido a la comisión del fraude de ley. De una parte, porque "la referencia a la donación obligacional suele hacerse pensando en que esta pueda ser un mecanismo que permita eludir las exigencias formales, lo que, muy probablemente, podría ser considerado como un fraude de ley"[627]. De otra parte, porque "el recurso a la donación obligacional se suele plantear para eludir la prohibición de donar bienes futuros lo que, pienso, también sería un fraude de ley"[628].

En primer lugar, debemos volver a destacar que nos parece un error mantener una visión siempre negativa hacia los negocios gratuitos[629]. Evidentemente, una donación obligacional puede ser utilizada como mecanismo fraudulento dirigido a eludir la norma aplicable al supuesto de hecho. Pero semejante posibilidad debe ser apuntada respecto de cualquier contrato o negocio jurídico, ya que pueden incurrir en fraude de ley tanto los negocios gratuitos como los negocios onerosos. No en vano, el art. 6.4 CC, que dice que "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir", se encuentra

[626] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.2.
[627] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 85.
[628] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 85.
[629] *Vide supra*, Capítulo Primero, apartado 6.

en el Título Preliminar del CC, y, por tanto, resulta de aplicación a todo el ordenamiento jurídico y a toda clase de negocios.

En segundo lugar, el riesgo aducido respecto de la posible elusión de las exigencias formales de la donación dispositiva es infundado, pues parte de la premisa de que las donaciones obligaciones serían contratos que podrían celebrarse sin cumplir ningún requisito formal. Sin embargo, insistimos en que nuestro planteamiento es diametralmente opuesto: la donación obligacional es un contrato esencialmente formal, que debe cumplir, como presupuesto ineludible para su validez, los requisitos contemplados en los arts. 632 y 633 CC[630]. En consecuencia, el temor a que la donación obligacional pueda ser utilizada como instrumento para perpetrar un fraude de ley carece de fundamento.

En tercer lugar, consideramos un error pensar que una donación obligacional de bienes futuros pueda constituir un fraude de ley. La prohibición de donar bienes futuros establecida en el art. 635 CC tiene pleno sentido en una donación dispositiva o inmediatamente transmisiva, pues nadie puede transmitir de presente, en el acto, aquello de lo que no puede disponer. Pero en una donación obligacional, que produce efectos obligacionales y no dispositivos, la prohibición de donar bienes futuros carece de razón de ser: la transmisión de la cosa donada se producirá en el momento de la entrega, y solo entonces, y no al perfeccionarse la donación, tendrá relevancia que el donante sea dueño de la cosa donada y que tenga capacidad de disposición[631]. En este punto no existe ninguna diferencia con la compraventa: son válidas por igual las compraventas y las donaciones obligacionales de cosas futuras o ajenas.

2.11 Planteamiento absurdo

Por último, algunos autores han desechado la idea de concebir una donación obligacional, bajo el pretexto de que sería un planteamiento absurdo. VALLET DE GOYTISOLO desgranó esta idea en varias ocasiones:

> "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 podrían considerarse como tales las transmisiones verificadas en cumplimiento de una obligación contraída

[630] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.3.
[631] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartados 7.2.1 y 8.4.2.b).

anteriormente. La conjugación de los términos «obligarse a donar» así enlazados resulta un absurdo inaceptable"[632].

"¿Podrá el donante crear un crédito contra sí mismo para donarlo seguidamente un instante después? Notemos el absurdo lógico que supone la operación. Yo no puedo obligarme jurídicamente a favor de mí mismo, ni puedo crearme un crédito contra mí mismo. Luego si no he podido crearlo no podré donarlo, puesto que para transferir algo debe tenerse previamente"[633].

Este planteamiento es fruto de una deficiente identificación de las características y de los efectos de la donación obligacional. Las premisas en las que se asienta esta crítica son fácilmente rebatibles, y de hecho ya lo hemos denunciado en apartados anteriores. No obstante, deseamos reiterar lo siguiente:

- La donación obligacional no comporta que el donante se obligue a donar: el donante dona obligándose a realizar con posterioridad una entrega a título gratuito, que es algo muy distinto. Con la perfección del contrato, el donatario adquiere un derecho de crédito consistente en que se le entregue la cosa donada. Nos da la impresión de que en el fondo de la crítica subyace una confusión entre la donación obligacional y la promesa o el precontrato de donación, negocios distintos cuyas diferencias tuvimos ocasión de resaltar oportunamente[634].
- La donación obligacional tampoco supone que el donante cree contra sí mismo un crédito para cedérselo acto seguido al donatario. El donante no transmite al donatario ningún crédito preexistente. El donante no se obliga a donar, sino que dona obligándose: asume una obligación gratuita de entregar una cosa con la finalidad de transmitir un derecho real al donatario.

Recientemente, se ha vuelto a vincular a la donación obligacional con un pretendido carácter absurdo. Con gran acritud, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA ha afirmado que "una liberalidad obligatoria es un oxímoron"[635].

La brevedad del aserto nos impide combatirlo en profundidad. En todo caso, deseamos dejar constancia de que constituye una afirmación un tanto preconcebida y precipitada, que

[632] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., p. 685.
[633] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., p. 748.
[634] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.2.
[635] MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Donaciones en convenio regulador", p. 327.

destila una visión subjetiva, y, por tanto, cuestionable. Una cosa es que se sostenga, a la vista del contenido normativo del CC, que la donación obligacional no está tipificada ni regulada. Nosotros estamos conformes con ese planteamiento, con el que nos hemos identificado. Pero fundamentar la viabilidad o inviabilidad de un contrato atípico de donación obligacional en el Derecho español exige un detenido análisis fundamentado en criterios estrictamente jurídicos, y no en juicios de valor.

En todo caso, estimamos que resulta completamente inadmisible vincular la donación obligacional a un planteamiento absurdo. Existen múltiples razones que así lo constatan:

- Se trata de una figura jurídica que cuenta con un hondo arraigo en el Derecho histórico. Buena prueba de ello es que el Derecho justinianeo, el Derecho castellano, el Derecho navarro y el Derecho catalán consideraban a la donación como un contrato obligacional, que precisaba la entrega de las cosas donadas para culminar la transmisión de la propiedad[636].
- De otro lado, el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1966 admiten expresamente la posibilidad de celebrar un contrato de donación obligacional, a pesar de que la regla general de sus respectivos Derechos es que los derechos reales se transmiten consensualmente, sin necesidad de entrega o tradición[637].
- Finalmente, el DFCR regula la donación de bienes muebles como un contrato obligacional[638], y la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL contempla expresamente la posibilidad de celebrar donaciones obligacionales[639]. Y no sería demasiado serio pretender sostener que a ambas propuestas normativas, bastante recientes, muy bien articuladas y de autoría colectiva, se les haya podido pasar por alto la inclusión de un contrato que se tilda como absurdo.

En suma, existen razones de peso que desmienten que defender la validez de una donación obligacional constituya un planteamiento absurdo. El mero hecho de que el Derecho positivo vigente no regule expresamente la donación obligacional no permite llegar a tal conclusión.

[636] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartados 3.1.1 a 3.1.4.
[637] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartados 3.1.8 y 3.1.9.
[638] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.8.2.b).
[639] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.8.1.

3. Argumentos a favor de la donación obligacional

3.1 El efecto dispositivo no constituye una característica esencial de la donación

Existe una primera razón que permite sustentar jurídicamente la viabilidad de una donación obligacional: la eficacia transmisiva dispositiva de la donación, que contempla el CC vigente, no es una característica esencial e inherente de la institución. Constituye una decisión del legislador.

A lo largo de la historia, la donación ha tenido una mecánica transmisiva muy distinta. En ocasiones, ha tenido carácter dispositivo, transmitiendo directamente las cosas donadas sin necesidad de entrega o tradición. Sin embargo, en otros períodos ha tenido una eficacia obligacional, por lo que la perfección de la donación no producía efectos transmisivos, y el donante tenía la obligación de entregar los bienes donados al donatario para que se produjese la transmisión de un derecho real. La virtualidad transmisiva de la donación siempre ha sido una consecuencia anudada a la regulación vigente en cada momento y lugar.

Evidentemente, cada cual puede mostrar sus preferencias por una mecánica transmisiva o por otra. A favor de la donación dispositiva, cabría argumentar que es propio de un sistema de transmisión de derechos reales más avanzado, que facilita la enajenación de los bienes, y que además se ajusta a la percepción del ciudadano de a pie, que normalmente participa de la idea de que la perfección de un contrato transmisivo comporta en el mismo instante la transmisión de la propiedad. A favor de la donación obligacional, cabría señalar que es lo más congruente con nuestra tradición histórica, coincidente además con la teoría del título y el modo que subsiste con carácter general en el Derecho español, dándose la especial circunstancia de que en el CC existe una clara distorsión, en la medida en que la transmisión de derechos reales por donación no exige entrega, en tanto que la transmisión de derechos reales a través de los contratos onerosos sí[640].

Sin embargo, conceptualmente no hay inconveniente en que la donación pueda ser dispositiva, obligacional, o reunir ambas características a la vez. SÁNCHEZ-BLANCO Y

[640] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit*., p. 2109: "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?".

SÁNCHEZ BLANCO enfatizó que no existe incompatibilidad entre las dos posibles variantes transmisivas de la donación:

> "Debe sostenerse *la admisibilidad en nuestro Derecho de ambas modalidades*.
>
> Podríamos definir nuestra postura, en esta materia, con una expresión muy popular y muy gráfica: "ni tanto, ni tan calvo". La donación *ni es siempre un contrato obligacional, ni siempre un acto dispositivo*"[641].

A continuación, a la vista de regulaciones normativas muy distintas, y a lo largo de la historia, justificaremos que el carácter dispositivo u obligacional de la donación no puede ser calificado como una característica esencial, inmutable y consustancial de la institución.

3.1.1 Derecho justinianeo

En el Derecho justinianeo, la donación era un contrato obligacional, que carecía de virtualidad transmisiva propia. Solo la entrega o tradición de la cosa donada producía la transmisión de la propiedad. Se reconocía expresamente que el donante tenía la obligación de entregar al donatario la cosa donada (I 2.7.2, CI 8.53.35), y si no lo hacía en vida, la obligación de entrega se transmitía a los herederos (CI 8.53.35, Nov 162). En paralelo, se reconocía al donatario el derecho a exigir del donante la entrega de la cosa donada: a través de la *actio ex stipulatu*, si en la donación se insertó una estipulación, o a través de la *condictio ex lege*, en caso de ausencia de estipulación (CI 8.53.35, Nov 162)[642].

3.1.2 Derecho castellano

Las Partidas regulaban la mecánica transmisiva de la donación al igual que los textos justinianeos. P 5.4.4 decía que "quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos". En consecuencia, en el Derecho castellano vigente hasta la entrada en vigor del CC, la transmisión de las cosas donadas se producía mediante la entrega o tradición[643].

3.1.3 Derecho navarro

---

641 SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit*., p. 804.
642 *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.b).
643 *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.c).

Hasta la entrada en vigor de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, las leyes civiles navarras no regulaban expresamente la mecánica transmisiva de la donación.

No obstante, como el Derecho romano era supletorio, la doctrina navarra consideraba que la tradición era necesaria para transmitir al donatario la propiedad de la cosa donada en la donación *inter vivos*, en virtud de lo dispuesto en I 2.7.2, CI 8.53.35 y Nov 162[644].

3.1.4 Dret català

Fins a l'entrada en vigor de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya, a falta de regulació expressa en les lleis i els costums del Principat, s'aplicava supletòriament el Dret justinianeu. Degut a aquesta circumstància, en el Dret català la donació era un contracte obligacional, que transmetia els drets reals mitjançant la tradició, tal i como es desprenia de I 2.7.2, de CI 8.53.35 i de Nov 162.

Aquesta circumstància va ser perfectament constatada por la doctrina catalana, que va destacar que la donació transmetia la propietat de les coses donades amb el lliurament material o fictici dels béns donats[645]. La jurisprudència del Tribunal Suprem també va fer-se ressò d'aquest plantejament: la STS de 19 de maig de 1881[646], que va estimar un recurs de cassació fundat en la infracció de CI 8.53.35, va dir que "las donaciones entre vivos se consideran perfectas y consumadas, y por lo tanto hecha la entrega al donatario de los bienes, cuando el donante se reserva el usufructo de los mismos"; la STS de 29 de gener de 1886[647] va assenyalar que "la donación hecha el 22 de febrero de 1864 por D. Salvador Banús a su mujer Doña María Carbonell de las fincas que componían el manso y heredad de Banús, fue con el carácter de *inter vivos* y bajo la reserva de usufructo, por cuya circunstancia debe

[644] ALONSO RUIZ DE CONEJARES, JOSÉ: *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra que han quedado vigentes despues de la modificacion hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Tomo II*, Establecimiento Literario-Tipográfico de D. Saavedra y Compañía, Madrid, 1849, p. 166; ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1964, pp. 97-99.

[645] DE BROCÀ I MONTAGUT, GUILLEM MARIA, Y AMELL I LLOPIS, JOAN: *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente, ó sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica. Tomo Segundo*, 2ª ed., Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886, p. 239; PELLA I FORGAS, JOSEP: *Derecho Civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código Civil Español. Tomo III*, 2ª ed., Editorial Vela, Barcelona, 1943, p. 11; BORRELL I SOLER, ANTONI MARIA: *Derecho Civil vigente en Cataluña. Tomo Tercero. Obligaciones*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1944, p. 324.

[646] STS de 19 de maig de 1881 (ECLI:ES:TS:1881:200, JC, t. 46, 238; ponent Benito de Ulloa y Rey).

[647] STS de 29 de gener de 1886 (ECLI:ES:TS:1886:278, JC, t. 59, 32; ponent Raimundo Fernández Cuesta).

tenerse por consumada porque esta reserva produce los efectos de la tradición según lo dispuesto en las leyes 28 y 35, párrafo quinto, *Codicis De Donationibus*"; i la STS de 18 de maig de 1932[648] va afirmar que "en las donaciones de fincas o cosas materiales el donatario adquiere el dominio mediante la tradición, la reserva de usufructo, la *deductio* en general o cualquier otra entrega simbólica".

La disposició final primera de Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya, va deixar sense vigència les normes escrites o consuetudinàries, principals o supletòries, del Dret català, que van ser substituïdes per les contingudes en la Compilació. Així doncs, el caràcter supletori del Dret romà va quedar definitivament derogat. Por la seua banda, la Disposició Final Segona deia que "en allò no previst en la present Compilació regiran els preceptes del Codi civil que no s'hi oposen i les fonts jurídiques d'aplicació general". Per tant, el CC va passar a ser dret supletori de primer grau a Catalunya.

Tot i això, i degut a què la donació estava regulada en els arts. 340 i 341 del Títol I del Llibre IV de la Compilació de 1960, relatiu a les obligacions i contractes, la doctrina catalana va continuar qualificant a la donació com a contracte, degut a la seua ubicació sistemàtica i a la seua relació amb altres institucions catalanes, com els heretaments[649]. Idèntica regulació de la donació va ser conservada en la seua integritat en el Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el Text Refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya, els arts. 340 i 341 del qual deien exactament el mateix que els seus homònims de la Compilació de 1960. La STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 4 d'octubre de 1999[650] va dir que "la millor doctrina ve assenyalant que en el nostre dret la donació és un contracte eminentment solemne i que es configura com una de les poques excepcions al principi de llibertat de forma".

Tanmateix, el Codi Civil de Catalunya va comportar un canvi radical per a la donació, en la mesura en què va abandonar-se la tradicional qualificació de la donació com a contracte, subjecta a la teoria del títol i el mode, y va passar a estar regulada com a un mode

[648] STS de 18 de maig de 1932 (ECLI:ES:TS:1932:505, RJ 1932\1052; ponent Aurelio Ballesteros Torrecilla).
[649] ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "La donació", en AA.VV.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*, Tirant lo Blanch, València, 2007, p. 174.
[650] STSJ de Catalunya (Sala Civil i Penal) de 4 d'octubre de 1999 (ECLI:ES:TSJCAT:1999:8984, RJ 2000\8039; ponent Ponç Feliu i Llansa).

d'adquisició[651]. En coherència amb aquesta nova concepció, l'art. 531-7 diu que "la donació és l'acte pel qual els donants disposen a títol gratuït d'un bé a favor dels donataris, els quals l'adquireixen si l'accepten en vida d'aquells". Dels comentaris a l'Avantprojecte del Llibre V del Codi Civil de Catalunya es dedueix que la conceptualització de la donació com a un mode d'adquisició va ser una decisió deliberada del legislador català:

> "Es pretén oferir una visió explícita de la donació entre vius com a donació real o traditòria. Superant el desfasament històric i sistemàtic que suposen les tesis contractualista i mixta, s'incideix i remarca en aquest precepte en l'articulació de la donació com a mode d'adquirir la propietat i els drets reals, lluny de l'esquema de la donació obligatòria i de la donació alliberatòria, l'encaix de les quals es troba bé en els contractes consensuals bé en seu d'extinció d'obligacions. (...) Si la donació s'ha realitzat d'acord amb les estrictes formes i solemnitats que se li exigeixen i ha esdevingut perfecta, comporta i arrossega per si mateixa la tradició dels béns. (...) La donació és, en definitiva, en aquesta modalitat traditòria, un acte proper als d'última voluntat. De la mateixa manera que aquests, desplaça directament els béns al donatari, qui només ha d'exercir la seva voluntat d'admetre'ls o no"[652].

Tot i l'actual definició legal de donació, la doctrina admet que en el Dret civil català són admissibles las donacions obligacionals, que es configuren com a contractes atípics[653].

3.1.5 Dret tortosí

Els Costums de Tortosa, el contingut dels quals estava molt influït pel Dret justinianeu[654], contenien una regulació molt detallada de la donació.

CT VIII.XI.VI regulava expressament la transmissió del domini a través de la donació de la següent manera:

---

[651] ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "La donació", *cit.*, pp. 174-175; VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, Reus, Madrid, 2012, p. 11.
[652] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 11.
[653] ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "La donació", *cit.*, p. 176; VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 16. S'ha afirmat que l'art. 531-8.2 del Codi Civil de Catalunya reconeixeria expressament una donació obligacional (VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 16). La norma en qüestió diu que "els donants no poden revocar les donacions motivades per captacions públiques o benèfiques a partir del moment en què manifesten públicament la voluntat de donar". El cas en qüestió, que s'assembla més bé a una oferta pública de recompensa relacionada amb finalitats altruistes, no encaixa amb el nostre concepte de donació obligacional, que és essencialment bilateral, i que no es perfecciona fins a l'acceptació del donatari (*vide supra*, Capítol Tercer, apartat 3.3).
[654] OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo I*, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1876, pp. 191-195.

"Cosa que sia donada o escambiada o per altre titol sie alienada, per lo contrayt feyt, si la tradicio de la cosa no es feyta, no passa la senyoria en lo prenent lo contrayt"[655].

Així les coses, segons el Dret tortosí, la donació només transmetia la propietat una vegada s'haguera produït el lliurament o la tradició de les coses donades.

Cal recordar que tot i que el les normes de Dret públic i administratiu dels Costums de Tortosa van ser derogades pel Decret de Nova Planta de Catalunya de 1716, el seu contingut civil va estar vigent fins el 13 d'agost de l'any 1960, dia en el qual els Costums van ser derogats per la Disposició Final Primera de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya, que establia que "les normes del Dret Civil especial de Catalunya, escrit o consuetudinari, principal o supletori, vigents a la promulgació d'aquesta Compilació, queden substituïdes per les contingudes en aquesta".

3.1.6 Derecho aragonés

Por lo que respecta a la donación aragonesa, la Observancia 15 del Título *De donationibus* decía que "por costumbre del reino, tan pronto como está otorgado el instrumento sobre donacion ó venta, con testigos y confirmado con fianza, se transfiere el dominio en el donatario, aunque realmente, y de hecho, no se le haya entregado la cosa; y si despues de la donacion, el donante tuviere las cosas donadas y las poseyere, no perjudicará en nada al donatario"[656].

En consecuencia, la transmisión de la propiedad en el reino de Aragón se producía de manera muy distinta a la de Castilla, consensualmente, sin entrega o tradición. La diferencia era tan notable que los redactores de la Ley Hipotecaria de 1861 consideraron conveniente dejar constancia de la singularidad aragonesa en la Exposición de Motivos[657].

---

[655] El text dels Costums de Tortosa ha sigut pres de *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo IV*, per Bienvenido Oliver y Esteller, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1881.

[656] El texto ha sido tomado de *Observancias del Reino de Aragon. Vertidas del latín al castellano por los autores del Derecho y jurisprudencia de Aragon en sus relaciones con la legislacion de Castilla*, Imprenta y librería de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.

[657] "Nuestras leyes, siguiendo á las romanas, adoptaron la diferencia entre el título y el modo de adquirir, y establecieron que el título solo produjera accion personal, pero que la propiedad y los demás derechos en la cosa, y por lo tanto, las acciones reales que se dan para reivindicarlos, solo nacieran de la tradicion, ó lo que es lo mismo, de la posesion de las cosas inmuebles. Por consecuencia de este principio, cuando alguno vende á dos la misma cosa, no es su dueño el que primero la compró, sino aquel que tomó de ella posesion. Los romanos, á pesar de haber despojado el derecho antiguo de muchas formas groseras y materiales, creyeron siempre que un acto esterno, público, y que se pudiera apreciar por todos, debia señalar al que era dueño de la cosa inmueble. Este principio dominó tambien en los diferentes Estados que formaron nuestra gran unidad nacional, si se esceptua el reino de Aragon, en el que basta la reduccion de un contrato de enajenacion de inmuebles á escritura

Sin embargo, la eficacia dispositiva de la donación no fue impedimento para que la doctrina aragonesa admitiese la donación promisoria, en virtud de la cual el donante se comprometía a entregar gratuitamente una cosa al donatario, en cuyo caso la propiedad no se transmitía hasta que se produjese la entrega o tradición de la cosa donada[658].

3.1.7 Dret valencià

En el Dret valencià, amb escasses excepcions que no venen al cas, la propietat es transmetia consensualment, sense necessitat de lliurament o tradició[659]. *Fori* VIII-VIII-VI deia:

> "Si alcuna cosa sera venuda, o donada, o scambiada a altre, o per qualque justa raho alienada, de mantinent quela venda sera feyta, o la donacio la senyoria daquella cosa es guanyada a aquell qui la cosa haura comprada, o aquisera donada, o scambiada, o per qualque justa raho la haura: jatsia ço que la cosa corporalment a ell no sia liurada. Car la possessio es de mantinent a ellguanyada. Si donchs primerament altre no pendra aquella possessio, o no la tendra car per lo consentiment que es feyt de les parts la possessio daquella cosa es guanyada a aquel, jatsia ço que de mantinent aquella cosa que es donada, o venuda no sia corporalmente liurada"[660].

Tanmateix, això no va ser obstacle per a admetre la donació promissòria, tal i com evidenciaren els pronunciaments de la Reial Audiència de València[661].

3.1.8 Derecho italiano

pública, para que el dominio ó el derecho real quede en el adquirente". El texto de la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 ha sido tomando de *Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecucion é Instruccion sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro*, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861.

658 FRANCO Y LÓPEZ, LUIS, y GUILLÉN Y CARABANTES, FELIPE: *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, Imprenta de M. Peiró, Zaragoza, 1841, p. 179; DIESTE Y JIMÉNEZ, MANUEL: *Diccionario del Derecho Civil aragonés (precedido de una introducción histórica)*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869, pp. 202-203.

659 GRAULLERA SANZ, VICENTE: *Historia del Derecho Foral Valenciano*, Tyris, València, 1994, p. 94; PESET REIG, MARIANO: *Lecciones de Historia del Derecho*, Artes Gráficas Soler, València, 2000, p. 89.

660 El text ha sigut pres de *Fori Regni Valentiae*, València, 1547.

661 DE LLEÓ I GUIMERÀ, FRANCESC JERONI: *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae. Tomus Tertius*, Ex Praelo Syluestri Sparsaff, València, 1646, ff. 91 i 91 v.

El art. 769 del Código Civil de 1942[662] dice que "la donación es el contrato por el cual, con espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo de un derecho propio a favor de esta, o asumiendo frente a ella una obligación"[663].

A diferencia del *Codice Civile* de 1865, la donación no se califica como acto, sino como contrato. Además, el Código Civil de 1942 prescindió de la alusión al desprendimiento actual e irrevocable por parte del donante, por lo que el Derecho italiano vigente ya no contiene ninguna referencia normativa que sugiera la subsistencia del *principio donner et retenir ne vaut*[664]. Ambas circunstancias son plenamente coherentes con el expreso reconocimiento del posible carácter obligacional de la donación.

3.1.9 Derecho portugués

El apartado 1 del art. 940 del Código Civil de 1966[665] dice que "la donación es el contrato por el cual una persona, con espíritu de liberalidad y a costa de su patrimonio, dispone gratuitamente de una cosa o de un derecho, o asume una obligación, en beneficio del otro contratante"[666].

El vigente Código Civil portugués también ha abandonado la regulación del anterior Código de 1867, que concebía a la donación como un contrato con efectos inmediatamente transmisivos[667].

3.1.10 Recapitulación

El examen del Derecho histórico evidencia que, en muchos ordenamientos jurídicos, y durante muchos siglos, la donación solo transmitía la propiedad cuando se producía la entrega o tradición de la cosa donada.

Resulta destacable que en los Derechos aragonés y valenciano, a pesar de que la donación transmitía la propiedad consensualmente, sin la entrega de la cosa donada, se permitía que los particulares celebrasen donaciones con eficacia promisoria u obligacional.

---

[662] El texto del Código Civil italiano vigente ha sido tomado de la siguiente dirección de internet: https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceCivile.

[663] "La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalitè, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione".

[664] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 326.

[665] El texto del Código Civil portugués vigente ha sido tomado de la siguiente dirección de internet: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075.

[666] "Doação é o contrato pelo qual uma pessoa, por espírito de liberalidade e à custa do seu património, dispõe gratuitamente de uma coisa ou de um direito, ou assume uma obrigação, em benefício do outro contraente".

[667] LOPES, MANUEL BAPTISTA: *Das doações*, Livraria Almedina, Coímbra, 1970, pp. 9-11.

La misma situación es apreciable en el Derecho civil catalán vigente, en el que a pesar de que la donación es definida como un modo de adquisición, con eficacia directamente transmisiva, la doctrina entiende que resulta plenamente admisible concertar un contrato de donación obligacional.

El análisis del Derecho comparado, centrado en dos países de influjo romanista, Italia y Portugal, también es muy significativo: el carácter de la donación es bifronte, pues se define alternativamente como contrato dispositivo y como contrato con eficacia obligacional. Se trata de una circunstancia muy destacable, ya que en los Derechos italiano y portugués la transmisión de los derechos sobre los bienes se produce consensualmente, por el mero convenio entre las partes, sin necesidad de entrega o tradición. Por ello, parece razonable afirmar que menos problemas debería plantear una donación obligacional (atípica) en el Derecho español, que consagra con carácter general la tradicional doctrina del título y el modo para la transmisión de los derechos reales (arts. 609.II y 1095 CC).

En suma, la evolución histórica pone de manifiesto que el carácter dispositivo de la donación no constituye una característica esencial de la donación, sino que es una mera posibilidad por la que puede optar el legislador. Como puso de manifiesto acertadamente CALVO SORIANO, "el contenido objetivo de la donación puede afectar al campo propio de los derechos reales o desenvolverse dentro del ámbito del derecho de las obligaciones"[668]. Y es que los negocios gratuitos, al igual que los onerosos, pueden presentar diversas modalidades y variantes. En este sentido, PUIG BRUTAU afirmó con toda razón que "no hay que hablar, por tanto, de donación como si se tratara de un acto jurídico siempre uniforme"[669].

Así las cosas, parece acertado apuntar que "el problema de la donación es una cuestión de Derecho positivo"[670], razón por la cual "en sí, admitir o no una donación obligacional es una opción legislativa"[671]. Así lo puso de manifiesto MALUQUER DE MOTES BERNET:

> "Contemplada la donación como un contrato ha de entenderse que ha de producirse una determinada transmisión y que esta tiene lugar al mismo tiempo que la

[668] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit*., p. 450.
[669] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit*., p. 60.
[670] RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *cit*., 1981, p. 365.
[671] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit*., p. 110.

> celebración del compromiso contractual. Sin perjuicio de que no esencialmente tenga que producirse en el mismo momento de la celebración contractual, puesto que el donante puede quedar obligado a la realización de la entrega con posterioridad, de lo que se deduce que la donación puede ser transmisiva en sí misma y producir su efecto adquisitivo o puede ser obligacional, requiriendo, después, de la entrega o tradición para provocar el efecto adquisitivo" [672].

3.2 La configuración de la donación obligacional como contrato atípico

A pesar de que no es de esencia que la donación produzca efectos transmisivos inmediatos, no podemos olvidar que en el CC la donación sí que tiene eficacia dispositiva. La siguiente pregunta a la que se debe dar respuesta, lúcidamente planteada por ATAZ LÓPEZ, es la siguiente:

> "En nuestro Código la donación se configura como dispositiva, por lo que la cuestión pasa a ser si con ello lo que se pretende es impedir que pueda haber donaciones meramente obligacionales"[673].

Evidentemente, esta cuestión está íntimamente relacionada con el principio de autonomía de la voluntad: ¿pueden los particulares celebrar un contrato atípico de donación obligacional, cuyos efectos transmisivos serían diferentes que los de la donación dispositiva regulada en el CC?

Ello nos obliga a determinar si en el Libro IV del CC existen argumentos normativos suficientes para configurar un contrato de donación con eficacia obligacional, dado que el Título II del Libro III del CC no lo contempla. Y es que, como dijo la STS de 22 de junio de 1982[674], la donación obligacional es "ajena a la regulación positiva de la donación dentro del CC".

3.2.1 Principio de autonomía de la voluntad

El art. 1255 CC consagra el principio de autonomía de la voluntad, al establecer que "los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

La jurisprudencia ha destacado el carácter fundamental del principio de autonomía de la voluntad en el Derecho privado, profundamente enraizado en principios y en valores

[672] MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLES JOAN: "Donación y revocación", *cit.*, p. 2957.
[673] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit.*, p. 184.
[674] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).

constitucionales. Como muestra de botón, la STS de 30 de mayo de 2022[675] señaló lo siguiente:

> "En el ámbito del Derecho privado rige el principio de la libre autonomía voluntad (art. 1255 del CC), que tiene sus raíces constitucionales en el art. 1 de la CE, que proclama la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, el art. 10, en tanto en cuanto reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad del ser humano, así como el art. 38, en el que se declara la libertad de empresa, y, en consecuencia, la facultad que corresponde a las personas de establecer los pactos o convenios que consideren procedentes para configurar sus relaciones, lo que implica la consagración de un ámbito legítimo de autodeterminación en el orden jurídico y social.
>
> Consiste, en definitiva, en el poder que le corresponde a un sujeto de derecho para dictar reglas y dárselas a sí mismo, fijando el contenido de las relaciones personales y patrimoniales en las que voluntariamente participe. Se integra en ella la facultad para constituir, modificar y extinguir obligaciones contractuales. Comprende la posibilidad legítima de determinar el contenido de un pacto o convención fijando las cláusulas y condiciones que mejor se adaptan a los deseos o necesidades de las partes, así como la posibilidad de concertar contratos atípicos para satisfacer las más diversas necesidades individuales, o adherirse o no a las condiciones generales impuestas por el predisponente en la denominada contratación seriada o en masa.
>
> Desde la perspectiva expuesta, la autonomía de la voluntad es la médula del negocio jurídico en afortunada expresión utilizada en la materia".

La jurisprudencia ha admitido sin dificultad que la autonomía de la voluntad permite que los particulares puedan celebrar contratos atípicos de carácter gratuito. A modo de ejemplo, la STS de 20 de noviembre de 2017[676] dijo:

> "Al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cabe que las partes pacten una variedad heterogénea de tipos de contratos en función de sus intereses: contratos de naturaleza personal o real, con causa onerosa o gratuita, a cambio de contraprestación o sin ella y durante cualquier espacio de tiempo".

[675] STS de 30 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2176, RJ 2022\2830; ponente José Luis Seoane Spiegelberg).
[676] STS de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4159, RJ 2017\5099; ponente María de los Ángeles Parra Lucán).

Es más, la jurisprudencia ha llegado a afirmar que el principio de la autonomía de la voluntad permite que los particulares modifiquen o sustituyan la normativa legal de un determinado tipo de contrato, ajustándola a sus particulares intereses. Así lo señaló la STS de 10 de julio de 2012[677]:

> "Como es sabido la regla o principio general de la libertad contractual, que establece nuestro artículo 1255 del Código Civil, permite la posibilidad de que las partes puedan configurar una relación negocial compleja sin la necesidad de ajustarse a los tipos preestablecidos por la ley y, a la vez, la posibilidad de modificar o sustituir la disciplina correspondiente a un determinado tipo de contrato; todo ello de conformidad con los concretos intereses negociales que, en cada caso, las partes traten de articular por medio de su relación negocial.
>
> Este marco de actuación de la autonomía privada, dentro de la atipicidad contractual, se extiende, por mor de su propia expansión conceptual y lógica, a la facultad de configurar dicha modificación ya en orden a una unidad contractual, o bien, en relación a un marco complejo de contratos estableciéndose su correspondiente relación causal o interrelación entre los mismos".

En el ámbito doctrinal, está muy extendido el criterio de que como consecuencia del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el art. 1255 CC, es perfectamente posible configurar una donación obligacional atípica en el ámbito del Libro IV del CC, a pesar de que la donación contemplada en el CC sea un negocio dispositivo[678]. A continuación, mencionaremos algunas de las aportaciones más sobresalientes.

En opinión de CALVO SORIANO, "se percibe, a través del articulado, la preocupación legislativa por la enorme amplitud del concepto de donación, ya que se corresponde con el de atribución patrimonial a título liberal, reconociendo que tiene aptitud para desenvolverse dentro del terreno propio las obligaciones, creándolas, transmitiéndolas y extinguiéndolas, recordando, no obstante, que el supuesto clásico y fundamental es la donación de cosa, lo

---

[677] STS de 10 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6338, RJ 2012\9328; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).

[678] GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit*., p. 71; GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, *cit*., pp. 627-628; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 127; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., p. 597; ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación", *cit*., p. 414; MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLES JOAN: "Donación y revocación", *cit*., p. 2957; ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", *cit*., pp. 94-96; CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit*., p. 30.

mismo que en Derecho romano, y por ello regula ésta con carácter dispositivo, pero dejando abierta la posibilidad de que la voluntad determinante de ella la organice de distinta manera"[679].

SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO afirmó que "dado el principio de libertad establecido por el artículo 1.255 de nuestro Código, será permitido a las partes configurar, aunque el mismo Código no lo regule, un contrato obligacional generador de una obligación de dar, cuya causa será gratuita"[680].

MONTERO LEÓN se pronunció en la misma línea:

> "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"[681].

Resulta destacable que incluso algunos autores que mostraron su oposición a la donación obligacional concluyeron que, de resultar posible, tendría su fundamento en el Libro IV del CC, lo que da cuenta de la potencialidad del Libro IV del CC para respaldar la configuración de una donación obligacional[682].

La habilidad del principio de autonomía de la voluntad reconocido en el art. 1255 CC para celebrar un contrato de donación obligacional fue igualmente puesta de relieve por la SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015[683]:

> "Si dichas cuotas ordinarias no fueran consideradas como dotación, el compromiso de su aportación a título gratuito integraría la denominada donación obligacional u obligatoria. Dicho instituto es admitido por la doctrina mayoritaria, pues entiende que aunque lo más común o frecuente sea que mediante la donación se transmita lo donado, ello no es requisito esencial para que la donación exista y sea válida, pues puede el donante simplemente obligarse a traspasar al donatario la titularidad de lo

[679] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 471.
[680] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, p. 810.
[681] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit.*, p. 2120.
[682] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, pp. 1230-1231; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 278 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, pp. 49, 116, 155; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4717.
[683] SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:APVA:2015:774, AC 2015\1127; ponente Ángel Muñiz Delgado).

> donado. La autonomía de la voluntad, consagrada en el art. 1255 del Código Civil, permite obligarse en tal sentido y el interés de las partes o las circunstancias concurrentes pueden aconsejar, cual sucedería en el presente caso, que se asuma actual y gratuitamente la obligación de transmitir más tarde".

Sin embargo, no toda la doctrina que se ha mostrado favorable a la donación obligacional ha manifestado entusiasmo por considerar que el principio de autonomía de la voluntad pueda fundamentar la configuración de este contrato. A modo de ejemplo, FERRANDIS VILELLA dijo que "el art. 1255 CC es el precepto que suele invocarse para defender todos los argumentos que, en el derecho de las obligaciones, tienen más difícil defensa"[684].

A nuestro modo de ver, el art. 1255 CC constituye el principio fundamental en el que se asienta la fundamentación de la donación obligacional como contrato atípico. No debe perderse de vista que la cuestión se enmarca en el ámbito del Derecho privado, segmento del ordenamiento jurídico en el que la autonomía de la voluntad constituye un principio fundamental[685].

Sin embargo, al mismo tiempo, también consideramos que la simple alusión al principio de autonomía de la voluntad no es suficiente para justificar la validez de una donación obligacional en nuestro Derecho. El análisis debe profundizar más: es necesario determinar si una donación obligacional puede transgredir los límites legalmente establecidos al principio de autonomía de la voluntad. También es necesario constatar si las características de la donación obligacional son congruentes con las reglas básicas de las obligaciones y de los contratos que contiene el Libro IV del CC. Y finalmente, más allá de un planteamiento exclusivamente centrado en la teoría, consideramos imprescindible valorar si un contrato atípico de tal naturaleza está justificado, tomando como referencia las necesidades de los individuos.

3.2.2 No transgresión de los límites a la autonomía de la voluntad

Como punto de partida, el principio de autonomía de la voluntad ampara la configuración de una donación obligacional. No obstante, en la medida en que el art. 1255

[684] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 580.
[685] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 597.

CC establece tres límites a la autonomía de la voluntad, es necesario verificar si se vulneran cualquiera de esos límites, a la vista de las características del contrato.

a) Ley imperativa

El primer límite que enuncia el art. 1255 CC es la ley. Es pacífico que el límite a la autonomía de la voluntad no viene impuesto por cualquier ley, sino únicamente por la ley imperativa. De otro modo, si los particulares hubiesen de ceñirse a la regulación marco establecida normativamente, la autonomía de la voluntad quedaría notablemente mermada, hasta el punto de convertirse en un mero enunciado carente de contenido y de virtualidad práctica, que impediría concertar contratos típicos. También es notorio que en el ámbito de la contratación las leyes dispositivas constituyen la regla general, y que las leyes imperativas constituyen la excepción.

El contenido de las leyes imperativas puede ser muy variado, en la medida en que puede comprender: i) la imposición de un determinado contenido al acto jurídico; ii) la exclusión de un determinado contenido al acto jurídico; iii) la prohibición de un determinado acto de autonomía; iv) la exigencia de que un determinado interés particular se canalice exclusivamente mediante la utilización de un acto típico; y v) la imposición de que determinado un acto de autonomía se haga observando unas formalidades específicas[686].

A nuestro modo de ver, la mecánica transmisiva de la donación que se desprende del Título II del Libro III del CC no puede ser entendida como una norma imperativa. De entrada, el efecto dispositivo de la donación no se desprende de ningún artículo del CC aisladamente considerado, sino de un conjunto de artículos. Como tuvimos ocasión de poner de relieve, aunque el art. 609 CC es significativo, por sí solo no es suficiente para constatar el carácter dispositivo o inmediatamente traslativo de la donación regulada en el CC[687].

Por otro lado, la donación obligacional no supone instaurar un modo de adquisición de no previsto por el legislador, puesto que la donación obligacional se sitúa dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, y es uno de los contratos que transmite la propiedad y los demás derechos reales mediante la tradición, supuesto expresamente contemplado en el inciso final del art. 609.II CC.

[686] LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL: "Artículo 1255", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV. Arts. 1156 a 1582* (CAÑIZARES LASO, ANA, directora), Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 5721.
[687] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartados 3.3.1, 3.8 y 4.

Tampoco pueden ser consideradas como leyes imperativas los arts. 618 y 624 CC, que aluden a un acto de disposición, pues de lo que se trata es de configurar un contrato atípico con efectos diametralmente opuestos, sin efecto dispositivo inmediato. Así las cosas, tales preceptos no resultan aplicables, ni directa ni analógicamente, a una donación obligacional, cuya eficacia transmisiva es claramente distinta.

Finalmente, que el CC regule una donación dispositiva no excluye que los particulares puedan celebrar un contrato de donación que produzca efectos obligacionales. El CC se limita a regular un tipo de donación, al que atribuye una eficacia transmisiva directa; pero en ningún momento prohíbe la donación obligacional. A nuestro juicio, la ausencia de prohibición expresa por parte del legislador resulta determinante para concluir que una donación obligacional no contraviene ninguna ley imperativa.

b) Moral

El segundo límite a la autonomía de la voluntad viene constituido por la moral. El art. 16.3 CE reconoce el carácter aconfesional del Estado español, por lo que la actuación de los poderes públicos y la interpretación de las normas actuación deben de estar guiados por el principio de laicidad. Por esta razón, la moral no puede ser identificada con el contenido de ningún credo religioso. Tampoco es admisible identificar a la moral con el conjunto de creencias de un determinado individuo, pues ello supondría, por la vía de los hechos, imponer unas convicciones particulares a la sociedad, conculcando los derechos fundamentales a la libertad ideológica y de pensamiento (arts. 16.1 y 2 CE).

Así las cosas, parece correcto afirmar que la moral, como límite a la autonomía de la voluntad, viene constituida por las convicciones éticas generalizadas de una sociedad; o lo que es lo mismo, el conjunto de valores morales que dicha sociedad asume como propios en un determinado tiempo y lugar[688].

Nos parece evidente que una donación obligacional no contraviene la moral. Resultaría un despropósito considerar que un acto altruista o generoso, que suele merecer una valoración positiva por la sociedad, pueda llegar a ser considerado como contrario a la ética social comúnmente aceptada por la colectividad.

c) Orden público

[688] LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL: "Artículo 1255", *cit*., p. 5722.

Sin duda, la definición del orden público, entendido como uno de los límites a la autonomía de la voluntad, constituye una ardua tarea. No es posible identificarlo con las leyes imperativas, pues si el art. 1255 CC alude a ambos límites de manera independiente es porque deben ser cosas distintas. Es razonable concluir que el orden público viene determinado por un conjunto de principios esenciales orientados a la salvaguarda de la estructura política y jurídica[689]. En consecuencia, el orden público no está expresamente determinado: constituye un conjunto de límites que se deduce del entero ordenamiento jurídico.

A nuestro entender, el orden público es el límite a la autonomía de la voluntad que podría plantear mayores dificultades para admitir una donación atípica con efectos obligacionales, a la vista de los reparos y de las cautelas con las que el ordenamiento jurídico siempre se ha aproximado a los negocios gratuitos *inter vivos*. En todos ellos, existe el riesgo de que una excesiva liberalidad pueda comprometer la subsistencia de quien dispone o se obliga a cambio de nada. Además, un acto gratuito puede resultar perjudicial para los intereses de los acreedores y de los legitimarios. Finalmente, podría plantear una seria afectación al tráfico jurídico la imposible determinación de cuándo nos encontramos ante una obligación gratuita exigible, asumida con pleno conocimiento de causa, y poder distinguirla de un compromiso informal o moral, cuyo cumplimiento forzoso no puede ser exigido por el beneficiario.

Creemos que la conceptualización de estos riesgos como orden público limitador de la autonomía de la voluntad es plenamente acertada. Pero ello solamente cobraría relevancia si la donación obligacional fuese un contrato carente de toda forma esencial. Únicamente en tal supuesto podría entenderse que supondría un riesgo para el donante, para terceros y para la seguridad del tráfico jurídico. En la medida en que hemos calificado a la donación obligacional como un contrato esencialmente formal, que debe cumplir con los requisitos de los arts. 632 y 633 CC, esos riesgos potenciales quedan mitigados en igualdad de condiciones que en una donación dispositiva[690]. En consecuencia, no se aprecia ninguna infracción del orden público que impida celebrar un contrato atípico de donación obligacional.

3.2.3 Las características esenciales de los contratos

[689] LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL: "Artículo 1255", *cit*., p. 5723.
[690] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 3.7, e *infra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.3.

Una vez ha quedado descartado que los límites a la autonomía de la voluntad puedan constituir un impedimento para configurar una donación obligacional atípica, hemos de determinar si resultaría compatible con las características de todo contrato, a la vista de las reglas básicas del CC. Aunque el CC no contiene una definición de contrato, existen diversos artículos que permiten una perfilar sus caracteres.

En primer lugar, de la regulación legal se desprende que todo contrato constituye un acuerdo de voluntades. Por esta razón, el art. 1254 CC dice que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten", y el art. 1258 CC dice que "los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento".

La donación obligacional cumple sin duda con este primer requisito. De un lado, el donante asume voluntariamente una obligación de entrega, cuya finalidad es transmitir un derecho real, sin recibir nada a cambio. De otro lado, el donatario también acepta voluntariamente en convertirse en el acreedor de una prestación, que consiste en recibir una cosa sin contrapartida alguna.

En segundo lugar, los contratos no tienen por qué ser onerosos o sinalagmáticos. Según el art. 1254 CC, "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". A la vista de este precepto, es obligado concluir que autonomía de la voluntad permite crear contratos atípicos gratuitos que generen obligaciones exclusivamente para una de las partes.

La donación obligacional encuentra perfecto acomodo en la norma positiva, pues consiste en la asunción por parte del donante de una obligación de entregar una cosa para transmitir un derecho real sin recibir nada como contrapartida. FERRANDIS VILELLA puso de relieve que "el consentimiento contractual dará vida a obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, *independientemente de que tales obligaciones se contraigan a cambio de una contraprestación (contenido de otra obligación recíproca) o sin ninguna contrapartida*"[691], por lo que la donación obligacional es "consecuencia de la aptitud del contrato para engendrar obligaciones de dar a título gratuito"[692]. Además, remarcó su perfecto encaje con el contenido del art. 1254 CC:

[691] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 359.
[692] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 582.

> "En cuanto al concepto de contrato, ya queda advertido que el artículo 1.254 responde a una concepción lo suficientemente amplia y general como para poder ser aplicada tanto al supuesto de que el contrato engendre obligaciones recíprocas, como al de que origine obligaciones solo para una de las partes, puesto que en dicho artículo no están prejuzgadas, como es natural, ni la unilateralidad o bilateralidad del contrato, ni su onerosidad o gratuidad.
>
> Es, por tanto, innegable la admisibilidad en nuestro derecho de un contrato que dé lugar a una obligación de dar a título gratuito"[693].

En tercer lugar, la noción de contrato está presidida por su carácter vinculante y coercible. Según el art. 1091 CC, "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos". El art. 1256 CC dice que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". La misma idea se desprende del art. 1257 CC, que dispone que los contratos producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Y el art. 1258 CC reafirma esta característica, manifestando que los contratos "obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

La donación obligacional también tiene carácter vinculante y coercible. El donante está obligado a cumplir con la obligación de entrega, y si no lo hace, podrá ser compelido a hacerlo, tanto extrajudicial como judicialmente. A pesar de ser un contrato gratuito, el donatario está facultado para hacer valer su derecho de crédito, exigiendo el cumplimiento forzoso de la prestación comprometida.

Así las cosas, las características de la donación obligacional respetan perfectamente las características predicables de todo contrato.

3.2.4 Las diversas clases de obligaciones

A través del perfeccionamiento de la donación obligacional, el donante asume una obligación gratuita que consiste en entregar diferidamente una cosa a otra persona con la finalidad de transmitirle un derecho real. Tal prestación se ajusta al contenido del art. 1088 CC, a tenor del cual "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa".

[693] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 581.

Es evidente que cuando dicha norma enumera los diversos tipos de obligación, en ningún momento los condiciona a recibir algo como contrapartida. Como enfatizó FERRANDIS VILELLA, "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa, *independientemente de que, a cambio de esta obligación, se tenga o no se tenga derecho a una correlativa prestación de dar, hacer o no hacer*"[694]. Por ello, el mismo autor concluyó lo siguiente:

> "En nuestro Derecho la donación puede configurarse con arreglo a un doble modo de actuación: *a)* con eficacia inmediatamente traslativa, determinando por sí misma la adquisición de la propiedad en favor del donatario; *b)* con eficacia meramente obligatoria, determinando el nacimiento de un crédito y de una correlativa obligación. El primer modo de actuación es el que ha tenido en cuenta especialmente el legislador al regular la donación. El segundo es consecuencia de la aptitud del contrato para engendrar obligaciones de dar a título gratuito"[695].

3.2.5 La causa liberal

La doctrina ha citado habitualmente el art. 1274 CC como precepto que respaldaría la configuración de la donación obligacional como contrato atípico. De dicha norma se desprende que en los contratos gratuitos (a los que denomina "de pura beneficencia"), la causa es "la mera liberalidad del bienhechor".

Cuando LACRUZ BERDEJO se planteó si era posible una donación obligacional, con una mecánica transmisiva diferente de la regulada en el CC, respondió afirmativamente, señalando lo siguiente:

> "Que un tal [sic] contrato es lícito y vinculante parece obligado admitirlo al amparo de la libertad de contratación proclamada por el artículo 1.255, interpretado a la luz del 1.254, el 1.258, el 1.262 y tantos otros: singularmente, el 1.274, que no puede dejar de referirse a la donación cuando habla de contratos «de pura beneficencia»[696].

En el mismo sentido, GULLÓN BALLESTEROS dijo que "entre otros textos legales, el artículo 1.274 alude a la causa ("la mera liberalidad del bienhechor"), con lo que está

[694] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 359.
[695] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 582.
[696] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit.*, p. 125.

admitiendo la posibilidad de que exista un contrato de donación que origine la obligación correspondiente por parte del donante de cumplirlo"[697].

Por su parte, GETE-ALONSO Y CALERA invocó el art. 1274 CC como fundamento de la donación obligacional, en contraposición al art. 609 CC, que contempla la donación como modo de adquirir[698].

Incluso DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, a pesar de su oposición a la figura, reconoció que la donación obligacional sería "un *negocio atípico*, donde el ánimo de liberalidad (distinto de la *causa donandi*, *estrictu* [sic] *sensu*) se revelaría como causa, al amparo del art. 1.274 CC"[699].

Desde nuestra perspectiva, el art. 1274 CC constituye un claro sustento a la donación obligacional[700]. Dicha norma no puede tener un ámbito de aplicación exclusivo para la donación dispositiva, ni tampoco para los contratos típicos esencial o naturalmente gratuitos, como el comodato, el préstamo, el depósito o el mandato. El art. 1274 CC bien puede interpretarse como un artículo que reconoce genéricamente la causa de todos los contratos, típicos y atípicos, onerosos y gratuitos, dado que se adapta sin dificultad a todos ellos.

A la vista de que nuestro ordenamiento jurídico no admite los contratos abstractos, y que al mismo tiempo permite la celebración de contratos atípicos, es necesario concluir que "la mera liberalidad del bienhechor" tiene que brindar cobertura a los contratos atípicos gratuitos, incluida la donación obligacional. Defender lo contrario no encuentra apoyo en norma alguna, provocaría una quiebra en el sistema, y constituiría un límite injustificado a la autonomía de la voluntad. En consecuencia, en toda donación obligacional, la causa del contrato siempre será el ánimo de liberalidad[701].

3.2.6 Realidades sociológicas no satisfechas por la donación regulada en el CC

Una vez ha quedado constatado que la donación obligacional está amparada por el principio de autonomía de la voluntad, que no transgrede ninguno de sus límites, y que encuentra perfecto acomodo en las reglas de las obligaciones y de los contratos contenidas

[697] GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 71.
[698] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, *cit.*, pp. 627-628.
[699] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", *cit.*, p. 820.
[700] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 30.
[701] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 4.2.

en el Libro IV del CC, resta una cuestión por dilucidar: su justificación negocial como contrato atípico.

Si el Título II del Libro III del CC solamente regula a la donación dispositiva, la donación obligacional no está regulada en el CC, por lo que tiene que ser, necesariamente, un contrato atípico. Sin embargo, la invocación de la autonomía de la voluntad de los particulares para crear contratos atípicos no parece suficiente para sostener la viabilidad de una donación obligacional. Todo contrato atípico, además de cumplir con los requisitos de validez exigidos a todos los contratos, debe responder a un interés legítimo, ya que su razón de ser radica en que los tipos contractuales regulados en la ley no complacen todas las necesidades de los particulares.

Este requisito ha sido implícitamente reconocido por la jurisprudencia. A modo de ejemplo, la STS de 27 de febrero de 1950[702] señaló que "al pasar de la abstracción de las normas, a la realidad social, las formas contractuales, figuras rígidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que, para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la Ley o por la teoría, a la variedad de necesidades y deseos que pueden presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del Código Civil". La STS de 19 de mayo de 1982[703] dijo que "como consecuencia de la actuación de la autonomía privada antes recordada, que consagra el art. 1255 del Código Civil que permite a los contratantes, siempre que respeten el triple límite que en el mismo se establece, la creación de tipos distintos de los previstos en la ley para cubrir las cambiantes necesidades económicas". La STS de 22 de diciembre de 2000[704] afirmó que "nuestro sistema contractual permite la conformación de contratos atípicos que son aquellos en los que la causa, entendida como función económico-social o práctica, no responde a un esquema objetivo específicamente previsto en la ley, de tal modo que, dentro de los límites en que se admite la libertad contractual (art. 1255 CC), las partes pueden convenir a su antojo, mediante el concurso de voluntades sobre la cosa y causa del negocio (art. 1262, párr.

[702] STS de 27 de febrero de 1950 (ECLI:ES:TS:1950:986; RJ 1950\366; ponente Mariano Ruiz Gómez).
[703] STS de 19 de mayo de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:77, RJ 1982\2581; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño).
[704] STS de 22 de diciembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:9587, RJ 2000\10137; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández).

primero, CC), la regulación de sus intereses". Y la precitada STS de 30 de mayo de 2022[705] incidió en la misma idea, recalcando que la autonomía de la voluntad "comprende la posibilidad legítima de determinar el contenido de un pacto o convención fijando las cláusulas y condiciones que mejor se adaptan a los deseos o necesidades de las partes, así como la posibilidad de concertar contratos atípicos para satisfacer las más diversas necesidades individuales".

Como es lógico, esta circunstancia está íntimamente ligada a la utilidad del contrato atípico. Por más que la imaginación permita llegar a concebir un esquema contractual no previsto por la ley, si no existe una necesidad social subyacente que precise regular una determinada relación jurídica, el contrato atípico en cuestión no pasará de ser una mera hipótesis, una entelequia quimérica, sin ninguna clase de aplicación real en el tráfico jurídico.

Centrada de esta manera la cuestión, nos parece evidente que atendiendo a la realidad sociológica y a las necesidades del tráfico jurídico se advierte que la celebración de una donación obligacional no es algo extraordinario. De hecho, la doctrina ha tenido ocasión de enumerar bastantes supuestos que acreditan la utilidad de una donación obligacional.

ALBALADEJO GARCÍA, tras mencionar "la realidad e importancia de una serie de casos en que las circunstancias o el interés de las partes piden que se admita la asunción gratuita de la *obligación actual* de transmitir *después*"[706], puso los siguientes ejemplos: "piénsese en una cosa ajena con la que se desea obsequiar a alguien, o en algo que el donante, aunque no es suyo, tiene derecho de opción para adquirirlo, o en algo que el donatario no puede comprar, mas quiere tener asegurada su adquisición, por ejemplo, para poder casarse, o en una suma de dinero que el donante queda obligado en firme a entregar cuando la tenga, pues no la recibió aún"; o simplemente, que el donante quiera obligarse ahora a entregar algo después, porque no le conviene desprenderse de ello todavía[707].

OSSORIO SERRANO, por su parte, puso los siguientes ejemplos: "se dona hoy al hijo el último modelo de una determinada marca de automóviles que, si bien conocido ya por la propaganda del concesionario, no estará a la venta hasta transcurrido un tiempo, o uno de los pisos del inmueble que se proyecta construir en un solar edificable"[708].

[705] STS de 30 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2176, RJ 2022\2830; ponente José Luis Seoane Spiegelberg).
[706] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación, cit.*, p. 37.
[707] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación, cit.*, p. 38.
[708] OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL: "El contrato de donación", *cit.*, p. 286.

Por nuestra parte, nos permitimos añadir algunos supuestos adicionales: alguien que en junio quiere comprometerse en firme a regalar un apartamento a un amigo, pero conservando la propiedad hasta después de pasadas las vacaciones, pactándose que la entrega tendrá lugar en septiembre; una persona supersticiosa que no desea hacer testamento, pero que quiere estar segura de que tras su muerte sus herederos tendrán que entregarle un determinado bien a una determinada persona; un hijo que desea comprometerse formalmente a pagar a sus ancianos padres una determinada cantidad de dinero todos los meses hasta que fallezcan; o unos cónyuges que al disolver su matrimonio desean comprometerse de manera irrevocable a transmitir gratuitamente a su hijo común el piso familiar cuando cumpla una determinada edad.

En todos estos supuestos, el interés que persiguen los particulares celebrando un contrato de donación obligacional es evidente: la satisfacción de sus legítimos deseos e intereses, a los que no resulta posible ofrecer una solución jurídicamente adecuada aplicando la regulación de la donación dispositiva del CC.

Como dijo CASTAÑOS CASTRO, "la donación obligacional se constituye como una figura mediante la cual pueden encauzarse legítimos intereses de los particulares; de ahí que los Códigos más modernos la contemplen. En la práctica, resulta muy plausible que un sujeto desee donar pero, por distintas razones, pretenda transmitir la propiedad en un momento distinto a aquél en el que perfecciona el contrato de donación"[709]. Y en efecto, que el Código Civil italiano de 1942 y el Código Civil portugués de 1966 atribuyesen un reconocimiento expreso a la donación obligacional demuestra que cubre necesidades reales de los particulares.

3.3 Donaciones dispositivas sometidas a plazo y a condición suspensiva

La viabilidad de la donación obligacional en el Derecho español queda asimismo respaldada por la circunstancia de que no todas las donaciones dispositivas transmiten el derecho real de manera concomitante con la perfección de la donación.

En la donación obligacional, la transmisión del derecho real se producirá necesariamente en un momento posterior a la celebración del contrato, cuando las cosas donadas sean entregadas al donatario. Si las partes pactaron un término o una condición, llegado el momento o producido el evento condicionante, nacerá la obligación de entregar

[709] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit*., p. 31.

la cosa donada; y si el donante no lo hace voluntariamente, el donatario podrá exigir la entrega, incluso de manera forzosa.

El efecto transmisivo diferido en el tiempo también es viable en las donaciones dispositivas. El art. 621 CC dice que "las donaciones que hayan de producir sus efectos entre vivos, se regirán por las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en todo lo que no se halle determinado en este título". En virtud de dicha remisión, es perfectamente posible celebrar una donación dispositiva sometida a plazo o a condición suspensiva. El término o la condición operan como evento que provoca automáticamente la disposición, con la consiguiente transmisión, sin que el donante asuma ninguna obligación de entregar las cosas donadas: llegado el término, o cumplida la condición suspensiva, el donatario se convertirá automáticamente en propietario[710]. Por tanto, en estos supuestos, aun existiendo una donación dispositiva, la transmisión se producirá necesariamente de manera posterior a la perfección negocial.

VALLET DE GOYTISOLO, llevando al extremo el carácter dispositivo de la donación regulada en el CC, afirmó que en tales donaciones la perfección negocial no se produciría hasta que se hubiese cumplido el término o el evento condicionante:

> "La donación traditoria suspensivamente condicionada o aplazada no supone una transmisión inmediata, sino la disposición actual de una transmisión condicionada o aplazada. Con dicho plazo o condición –que suspende la transmisión- se suspende, igualmente, la perfección de la donación. Llegado el día o cumplido el evento, una y otra –transmisión y donación- se perfeccionan automáticamente, sin necesidad de acto alguno del donante"[711].

A nuestro juicio, tal planteamiento constituye un exceso conceptual. Es incorrecto aseverar que en tales supuestos la donación no se habrá perfeccionado hasta que se cumpla el plazo o se produzca el evento condicionante. Una cosa es defender que la donación dispositiva aplazada o condicionada queda en estado de latencia, y que hasta que llegue el término o se cumpla la condición no se produce la disposición, con la consiguiente transmisión del derecho real; pero es ilógico sostener que esa disposición pueda producirse sin que se haya perfeccionado la donación. En una donación aplazada y condicionada, el

[710] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., pp. 1226, 1231; ARIJA SOUTULLO, CARMEN: "La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad", *cit*., p. 308.
[711] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit*., p. 1233.

negocio sí que se ha perfeccionado, y el aplazamiento o la suspensión se circunscribe a los efectos transmisivos de la donación, que se producirá automáticamente vencido el término o cumplida la condición. La disposición está diferida en el tiempo, pero no la perfección negocial, que se ha producido desde el primer momento. De lo contrario, se derivarían consecuencias ilógicas y de difícil explicación: el donante podría revocar unilateralmente la donación, o celebrar una nueva donación dispositiva sobre la misma cosa donada. Así lo puso de manifiesto MANRESA Y NAVARRO, para quien la donación aplazada o suspensivamente condicionada sí que produce efectos:

> "Hasta que llegue el día ó se cumpla la condición, la donación no se ejecuta, pero produce efectos. Así, el que dona á término, aunque ese término sea el de su muerte, ha dispuesto ya de lo donado, y no puede ya revocar la donación, ni, por tanto, disponer de la cosa en favor de otro. (…) Respecto á las donaciones con condición suspensiva, basta leer los arts. 1120 y 1122 para comprender cuantos efectos produce la donación durante la vida del que la hace"[712].

En suma, tomando en consideración que ni siquiera en la donación dispositiva es esencial que la disposición tenga lugar en el mismo momento de la perfección negocial, es perfectamente viable la donación obligacional, cuyo efecto transmisivo se anuda a la entrega, que se produce en un momento necesariamente posterior a la celebración del contrato.

3.4 Donación de bienes determinables o genéricos

El carácter dispositivo de la donación en el CC quiebra cuando los bienes todavía no estén determinados, pero sean determinables[713], o tengan carácter genérico. La transmisión de un derecho real sobre un bien deviene imposible mientras el bien donado no esté plenamente determinado[714]. Los problemas prácticos que comporta la no transmisión de la

[712] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit*., p. 75.

[713] El art. 1273 CC dice que "el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes".

[714] Como señaló CAÑIZARES LASO, "de forma diferente a las obligaciones genéricas no es posible una transmisión genérica. Si la transmisión es un cambio de titularidad que afecta a un bien concreto necesariamente no puede existir más transmisión que la que tenga por objeto una cosa o derecho determinado individualmente, aunque sean varios los transmitidos al mismo tiempo". *Vide* CAÑIZARES LASO, ANA: "El contrato de donación. Donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo II. Contratos de finalidad traslativa de dominio (II). Compraventa de empresa. Transmisión de acciones, de participaciones sociales y de cuotas de sociedades. Compraventa de derecho hereditario. Permuta. Donación. Cesión de créditos. Contratos de factoring y de confirming* (YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, director), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 357.

propiedad mediante donación en estos casos son evidentes, en la medida en que constituyen una excepción notabilísima al carácter dispositivo de la donación en el CC.

La doctrina ha intentado reducir las implicaciones prácticas que supone la falta de determinación de los bienes donados, especialmente sensibles en las donaciones de dinero. Así, se ha intentado anudar la eficacia dispositiva o transmisiva de la donación de dinero a la entrega del título bancario.

VALLET DE GOYTISOLO afirmó que la donación de sumas de dinero "puede verificarse tanto satisfaciéndola en efectivo metálico o papel de moneda en curso forzoso como entregando signos representativos del mismo, títulos valores o efectos de comercio que lleven incorporado un valor objetivizado y movilizado en ellos"[715]. Tras aludir al art. 1170 CC, afirmó que, si los efectos cambiarios son aptos para el pago, "no hay razón para opinar que no pueden servir como objeto de una donación actual y dispositiva". Y añadió lo siguiente:

> "Lo que ocurre es que, así como cuando se paga con documentos de esta clase no se sabe de momento si, efectivamente, se ha pagado o no, tratándose de donación de una suma, verificada con estos instrumentos, no se sabrá hasta que se hayan hecho efectivos si verdaderamente hubo donación y de qué cuantía. Se dona una caja cerrada cuyo presunto contenido anuncia la cubierta, pero que hay que abrirla para saberlo con certeza.
>
> De ahí, puesto que la donación de una suma de dinero puede verificarse mediante pagarés a la orden, letras de cambio, cheques, libranzas, cartas-ordenes. etc., que, tratándose de donaciones de esta especie, se pueda llegar en nuestro Código civil, con su sistema de la donación dispositiva, a parejo resultado que con las viejas donaciones «in promitendo». En lugar de donarse una fórmula abstracta que lleve «in sita» un crédito, como con la «stipulatio» romana, se dona aquí un documento mercantil, un efecto de comercio, un título valor, que igualmente lleva incorporado un crédito.

[715] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., pp. 749-750.

> El que dona mediante un documento de éstos se desprende de un valor, puesto que ellos lo llevan incorporado. Cosa muy diferente que prometer donar sin desprenderse de nada"[716].

Más recientemente, ALBIEZ DOHRMANN se ha pronunciado en el mismo sentido:

> "La donación por escrito de una suma de dinero, p.e., entregando el donante un título de valor, no es sólo una obligación que éste asume de entregar el dinero, sino que con la donación se transmite la propiedad de ese título, el cual lleva incorporado el crédito donado"[717].

El planteamiento ha sido asumido por cierta jurisprudencia. A modo de ejemplo, la STS de 15 de marzo de 2002[718] afirmó que la entrega de cheque surtía el efecto de donación de dinero:

> "Los recurrentes impugnan la interpretación fáctica de la sentencia recurrida de que la entrega de la cantidad reclamada por los padres a su hijo y nuera, en cuanto ésta estima que se trató de entrega de cantidad en concepto de donación intervivos, y que al tratarse de donación de cosa mueble, como es el dinero, implica una donación verbal consumada por la entrega simultánea, conforme a lo previsto en el párrafo [1]º del artículo 632. Sin que puedan los recurrentes sustituir la racional y correcta interpretación de la Sentencia de la Audiencia de que la entrega de cheques equivale a la entrega de dinero, pues se impone la flexibilización de la letra del precepto por la realidad social, en cuanto que las donaciones de dinero se materializan en la realidad y así se percibe por cualquiera por la entrega de cheque contra la cuenta del donante; sin que sea obstáculo que el cheque esté librado contra tenedor para pago a favor del donatario, aunque no esté librado a favor de éste o al portador; y ya que, en definitiva, el cheque se supone racionalmente entregado de una forma u otra al donatario, con lo que se cumple la prevención legal de entrega simultánea".

La explicación ofrecida por la doctrina sobre cómo conciliar el carácter dispositivo de la donación con la disposición de bienes no determinados o genéricos no resulta convincente.

Sin duda, es ingenioso intentar resolver la cuestión refiriendo que la entrega del título valor equivale a la entrega del dinero. Sin embargo, con ello se desenfoca la cuestión. De entrada, se altera el objeto de la donación, pues la donación de dinero se convierte en una

[716] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., pp. 750-751.
[717] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4723.
[718] STS de 15 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1888, RJ 2002\1894; ponente Clemente Auger Liñán).

donación de un título representativo del dinero, que no es lo mismo. Ello supone, implícitamente, asumir una donación en la que la transmisión del dinero se produce a través de la tradición. Desde luego, el razonamiento descrito es incompatible con la donación manual del art. 632.I CC, que exige entrega material y no ficticia; por lo que la única salida sería la de entender que existe una puesta en poder del donatario del título de pertenencia (art. 1464 CC), que en definitiva nos situaría en el ámbito de una donación obligacional, en la que la entrega (en este caso ficticia) produciría la transmisión del dominio, por la conjunción del título y el modo (arts. 609.II y 1095 CC).

Además, la entrega del título representativo del dinero no siempre podría producir la transmisión gratuita de la propiedad del dinero donado. En este sentido, el párrafo segundo del art. 1170 CC dice que "la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado". En otras palabras, la simple entrega del documento representativo no implica que existan fondos suficientes para percibir la cantidad correspondiente en cada caso. Aplicado este precepto a las donaciones de dinero, siempre entraría en juego cierta dosis de aleatoriedad, ya que la efectiva transmisión del numerario dependerá del saldo de la cuenta bancaria. Y ello es incompatible con una eficacia transmisiva directa.

El propio VALLET DE GOYTISOLO se vio obligado a reconocer la endeblez de su argumento, cuando dijo que "no se sabe de momento si, efectivamente, se ha pagado o no, tratándose de donación de una suma, verificada con estos instrumentos, no se sabrá hasta que se hayan hecho efectivos si verdaderamente hubo donación y de qué cuantía"[719]. Con estas palabras, se reconoce un problema de base irresoluble: la imposible conciliación de una donación dispositiva sobre bienes no determinados, o ignotos, o cuya realidad o existencia no consta, lo cual es imposible si se predica una donación productora de una transmisión actual e inmediata de la propiedad.

Además, el razonamiento conlleva implícitamente asumir que la donación de dinero obliga a entregar el numerario, lo que en el fondo constituye una donación obligacional. VALLET DE GOYTISOLO admitió que "ciertamente que, tratándose de sumas de dinero, a través de la posibilidad de donarlos mediante la transmisión de documentos de tráfico

[719] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., p. 750.

mercantil resultan poco perceptibles las consecuencias de la no admisión de las donaciones «in promitendo»[720]". Sin embargo, la realidad es tozuda: no es que la diferencia sea imperceptible, sino que en el fondo se está describiendo una obligación de entregar el dinero para transmitir la propiedad; lo que supone, incuestionablemente, una concepción obligacional de la donación de dinero.

No pretendemos afirmar que toda donación de dinero sea necesariamente obligacional. A modo de ejemplo, parece razonable colegir que si el donante ha entregado al donatario un cheque conformado (art. 110 LCCh[721]), existirá una donación dispositiva de dinero, en la medida en que la entidad bancaria habrá retenido el importe mencionado en el efecto cambiario, y el donatario podría, incluso, presentar una tercería de dominio. También existirá una donación dispositiva de dinero si se especifica la cuenta bancaria en la que existe un saldo suficiente para permitir la transmisión inmediata de la cantidad monetaria donada[722]. Y es evidente que la donación manual de dinero (art. 632.I CC) produce la transmisión de la propiedad del dinero materialmente entregado. Pero la mera entrega de una letra de cambio, de un cheque no conformado o de un pagaré, sin conocimiento sobre si el donante tiene en su patrimonio la cantidad expresada en el efecto cambiario, no podría suponer la transmisión inmediata del dominio sobre el dinero, y, en consecuencia, el tenedor a título gratuito del efecto cambiario no podría interponer una tercería de dominio.

A mayor abundamiento, el planteamiento que venimos criticando solo argumenta la existencia de una donación dispositiva, con efecto transmisivo inmediato, cuando se haya entregado al donatario un título valor. Aunque ya hemos mostrado nuestro desacuerdo con este planteamiento, además nos cumple señalar que no da respuesta a cómo podría sostenerse el efecto dispositivo de una donación de dinero documentada en documento privado sin entrega simultánea del dinero donado (art. 632.II CC). En este supuesto, no puede producirse la transmisión de un dinero cuya existencia no consta, a pesar de la manifestación liberal del donante, y cuya determinación tampoco se ha producido. No nos parece casual que esta

[720] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *cit*., p. 751.

[721] "El librador o el tenedor de un cheque podrá solicitar del Banco librado que preste su conformidad al mismo. Cualquier mención de «certificación», «visado», «conforme» u otra semejante firmada por el librado en el cheque acredita la autenticidad de éste y la existencia de fondos suficientes en la cuenta del librador. El librado retendrá la cantidad necesaria para el pago del cheque a su presentación hasta el vencimiento del plazo fijado en la expresada mención o, en su defecto, del establecido en el artículo 135. La conformidad deberá expresar la fecha, y será irrevocable".

[722] Si en la donación se indicase la cuenta bancaria, pero en ella no existiese saldo suficiente para satisfacer el montante total de la donación, la donación dispositiva sería nula solamente en cuanto al exceso, por tener como objeto un bien futuro, de acuerdo con lo que dispone el art. 635 CC. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 3.2.

doctrina y que la jurisprudencia hayan intentado reconducir la donación de dinero al párrafo primero del art. 632 CC, pues es evidente que, en el ámbito del párrafo segundo de ese mismo artículo, la donación no manual es incompatible con una transmisión de algo que no está determinado.

Por las razones expuestas, parece mucho más razonable concluir que la donación de bienes determinables o genéricos es incompatible con el carácter dispositivo de la donación en el CC, y cualquier donación de bienes de esa naturaleza debe tener, necesariamente, carácter obligacional. Así lo ha señalado un relevante sector de la doctrina española, como pasamos a señalar.

FERRANDIS VILELLA negó que la entrega de un título documentario pudiese producir efectos transmisivos del dominio al amparo del art. 632 CC, ya que "no habría posibilidad práctica de aplicar aquella idea cuando la donación tuviera por objeto una cantidad de dinero que el donante no entregara todavía al donatario. Ningún documento podría tener en tal caso la significación de que aquella cantidad hubiera sido ya adquirida por el donatario, sino que el documento se limitaría a acreditar la obligación asumida por el donante y el crédito adquirido por el donatario. Pensemos en el caso de que el donante se haya comprometido a pagar periódicamente una determinada cantidad"[723].

LALAGUNA DOMÍNGUEZ asumió la misma idea, poniendo énfasis en la naturaleza de los bienes donados:

> "Cuando el objeto de la donación consiste en una especie fungible, la falta de individualidad hace depender el efecto dispositivo de la donación del objeto de la donación del comportamiento obligatorio del donante. Precisamente porque la fuerza dispositiva de la donación no tiene en este caso una base de sustentación de carácter real para operarse con independencia de la conducta del donante, es conveniente ponderar los aspectos obligatorios de la donación traslativa. La fungibilidad del objeto impone ciertas correcciones al régimen general de adquisición de la propiedad y de los derechos reales en la medida en que la titularidad de esta clase de derechos se apoya en la individualidad del objeto sobre el que recaen"[724].

[723] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 597.
[724] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, p. 288.

Idéntico planteamiento defendió LACRUZ BERDEJO, para quien la virtualidad dispositiva de la donación "falta cuando se dona cosa genérica no individualizada"[725].

Finalmente, ATAZ LÓPEZ dijo lo siguiente:

> "Por más que se afirme que nuestro sistema sólo admite la donación traslativa, no hay duda de que cualquier donación de bienes fungibles que no se encuentren perfectamente determinados y separados, tendrá necesariamente eficacia meramente obligacional, pues, como antes dije, la propiedad no puede recaer sobre un bien indeterminado, y hasta que se produzca la entrega no habrá forma de saber de qué ejemplar o ejemplares se ha hecho propietario el donatario. Esto es aplicable, obviamente, a cualquier donación de dinero"[726].

Como argumento de cierre, hemos de dejar constancia de que la conceptualización de una donación de cosa genérica o no determinada como donación con eficacia obligacional cuenta con decidido apoyo en el Derecho comparado. Así lo afirma el art. 1378 del Código Civil italiano de 1942, según el cual "en los contratos que tienen por objeto la transmisión de cosas determinadas únicamente en especie, la propiedad se transmite con la identificación hecha por acuerdo entre las partes o en la forma que estas establezcan. Tratándose de cosas que deben ser transportadas de un lugar a otro, la identificación también se produce mediante la entrega al porteador o al transportista"[727]. Recordemos una vez más que en el Derecho italiano los derechos reales se transmiten consensualmente, sin necesidad de entrega o tradición, razón por la que este mismo criterio resulta plenamente aplicable a la donación dispositiva regulada en el CC.

3.5 El art. 1807 CC

El Capítulo IV del Título XII del Libro IV del CC versa sobre el contrato de renta vitalicia. La regulación legal presupone una constitución de renta vitalicia a título oneroso. Sin embargo, la posibilidad de constituir una renta vitalicia a título gratuito se desprende claramente del art. 1807 CC, que dice:

[725] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., p. 123.
[726] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit*., p. 187.
[727] "Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento di cose determinate solo nel genere, la proprietà si trasmette con l'individuazione fatta d'accordo tra le parti o nei modi da essi stabiliti. Trattandosi di cose che devono essere trasportate da un luogo a un altro, l'individuazione avviene anche mediante la consegna al vettore o allo spedizioniere".

> "El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista".

La renta vitalicia gratuita puede convenirse de distintas maneras. Es posible constituirla *mortis causa*, a través de un legado de renta vitalicia. Sin embargo, también es posible constituirla *inter vivos*, supuesto en la que hay que distinguir dos situaciones diferentes.

Una primera posibilidad consiste en que el donante haga donación al donatario de un derecho de renta vitalicia previamente constituido a su favor. En esta hipótesis, existirá una cesión gratuita, que se vehiculiza a través de una donación dispositiva de un crédito[728]. El derecho a percibir la renta no nace al perfeccionarse la donación; es preexistente a la donación, y se transmite en virtud de la donación. Por esta razón, en este supuesto no cabe hablar de donación obligacional[729].

Una segunda posibilidad, sin duda más frecuente, consiste en que alguien se comprometa a pagar a otra persona una renta vitalicia sin percibir nada a cambio. Esta es la hipótesis que reviste más interés, en la medida en que presupone la existencia de una donación obligacional[730]: con la perfección de la donación, surge un derecho de crédito en el patrimonio del donatario, quien asume la condición de acreedor o perceptor de la renta; y correlativamente, el donante se constituye en deudor, pues se obliga a pagar la renta sin percibir nada a cambio.

Tradicionalmente, la jurisprudencia siempre calificó como donación a la renta vitalicia constituida gratuitamente *inter vivos*. La STS de 21 de marzo de 1863[731] reconoció la existencia de una donación de renta vitalicia, cuando afirmó que la pensión era "una simple donación, que aceptada por el donatario produce de lleno todos los efectos civiles y se hace estensiva a los herederos". La calificación de la renta vitalicia como una donación

[728] BELTRÁN DE HEREDIA, JOSÉ: *La renta vitalicia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pp. 205-206; QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE: *La situación jurídica de renta gratuita*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1979, p. 145.

[729] Sobre la diferencia entre la donación dispositiva de un crédito y la donación obligacional, *vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.6.

[730] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ: *La renta vitalicia*, *cit*., p. 205; CADARSO PALAU, JUAN: "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 mayo 1987", *Diario La Ley*, 1988, pp. 230-231.

[731] STS de 21 de marzo de 1863 (ECLI:ES:TS:1863:361, JC, t. 8, 74; ponente Pablo Jiménez de Palacio).

obligacional fue evidente, al declararse la transmisibilidad de los derechos y obligaciones del contrato a los herederos de ambas partes contratantes.

Tras la entrada en vigor del CC, destacó la STS de 6 de junio de 1908[732], que calificó como donación a una renta vitalicia constituido a título gratuito, cuya nulidad confirmó porque no constaba la aceptación del donatario por escrito, tal y como prescribe el art. 632 CC:

> "No habiendo existido en el caso del pleito más que la simple promesa realizada por D. Joaquín Santa Marina de constituir una renta vitalicia á D. Julio Justo Arranz, aun en el supuesto establecido por el recurrente de que él aceptó aquella oferta, faltaría siempre la realización del acto que integra la donación, esto aparte de no ser posible estimar acreditada la aceptación del donatario, porque en una carta del donante se hiciese referencia á la conformidad de aquél, en razón á que el expresado requisito ha de justificarse con actos propios y por escrito del propio favorecido por la donación, según el claro y preciso precepto del mencionado artículo 632".

Sin embargo, este planteamiento pareció no ser mantenido en la controvertida STS de 23 de mayo de 1987[733]. Los hechos que motivaron el litigio fueron los siguientes. Un empresario, en prueba de reconocimiento y como premio a los servicios prestados por una empleada, quien había desempeñado el cargo de directora de una sección de un establecimiento abierto al público, suscribió un documento privado que decía así: "para el momento de pasar la señora Fanny B. M. a la jubilación o retiro legal como empleada de mi repetido establecimiento, le concedo desde ahora y para entonces, una vez la Casa tenga Directora para continuar la sección de Labores, Lencería y Novedades, una cantidad exactamente igual equivalente a la que determinen los Organismos laborales oficiales competentes como tipo de pensión correspondiente, la cual le será satisfecha cada mes independientemente y como complemento, por mientras viva la Sra. B., del establecimiento comercial del suscrito, y en su defecto por mis herederos en el negocio, o de mis bienes hereditarios". El documento no fue firmado por la empleada. Pocos años después, tras la muerte del comerciante, y con motivo de la jubilación de la empleada, las herederas de aquel le pagaron mensualmente la pensión convenida durante cerca de cerca de dos años y medio, momento en el cual dejaron de abonar la pensión comprometida.

[732] STS de 6 de junio de 1908 (ECLI:ES:TS:1908:131, JC, t. 111, 84; ponente Ramón Barroeta y Jiménez).
[733] STS de 23 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:3573, RJ 1987\3557; ponente Ramón López Vilas).

La empleada jubilada formuló demanda contra las herederas del comerciante, quienes fueron condenadas a pagar la pensión convenida por el Juzgado y por la Audiencia Provincial. En primera y en segunda instancia, el contrato fue calificado como donación de pensión vitalicia. Las herederas recurrieron en casación, alegando que la donación era nula por no haber sido aceptada por la empleada por escrito y en vida del donante. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, fundamentando la validez y la eficacia de la renta vitalicia gratuita en tres cuestiones esenciales: la calificación del contrato como "renta vitalicia constituida a título gratuito", la doctrina de los actos propios y una causa gratuita compleja (liberal y remuneratoria al mismo tiempo):

> "Al margen del mayor o menor acierto en la calificación jurídica hecha en la instancia del acto de liberalidad de que se trata, que más bien habrá de considerarse como un supuesto de renta vitalicia constituida a título gratuito por el repetido Don José C. en favor de Doña Fanny B., es lo cierto que, establecida inequívocamente por aquél la atribución patrimonial decidida en prueba de reconocimiento por los servicios laborales prestados por la beneficiaria de la misma, con clara fijación del tiempo en que aquélla se haría exigible y cuantía de la misma, no pueden ignorarse ni minimizarse, como en cambio las recurrentes pretenden, sus propios actos concluyentes y los de Doña Fanny B. que vienen a representar y significar la ejecución o consumación del acto de liberalidad ahora cuestionado y contra cuyos actos de realización inequívoca no pueden luego volverse, de forma extemporánea, contradictoria y acomodaticia, quienes actuaron y consintieron en tal sentido, al haber seguido abonando y recibiendo pacíficamente los «complementos de pensión» discutidos desde Febrero de 1974 hasta Octubre de 1977, fallecido ya Don José C. en Diciembre de 1970.
>
> Y todo ello, repetimos, ya sea partiendo de la más adecuada calificación del supuesto de hecho como un caso de renta vitalicia (recompensatoria) constituida a título gratuito (artículo 1.807 del Código Civil) por Don José C. en favor de Doña Fanny B., como manteniendo la versión dada en instancia de donación típicamente remuneratoria (artículo 619 y 622 del Código Civil) que es la que se hace para premiar y recompensar al donatario por sus especiales merecimientos o servicios que no constituyen deudas exigibles, pero en cuya figura la causa excede de la mera liberalidad y se enriquece y complementa con el inequívoco y cualificador [sic] ánimo de recompensa (motivo causalizado), desembocando ambas consideraciones,

> indisolublemente unidas y presentes en el ánimo del donante, en el merecido enriquecimiento gratuito del donatario como causa final determinante del negocio".

La doctrina ha criticado duramente a esta Sentencia. Para CADARSO PALAU, "aunque la calificación preferida por el Tribunal Supremo se acompaña de una precisa referencia normativa (art. 1807 CC), que quiere sin duda evocar una subsunción típica autónoma y diferenciada, sin embargo los precedentes legislativos de la regulación vigente abonan la idea, extendida tanto en la doctrina anterior como en la posterior al Código Civil, de que un contrato gratuito de renta vitalicia no constituye otra cosa que una donación"[734]. Dicho autor añadió que "no se ve la razón de contraponer, como hace la sentencia comentada, «donación remuneratoria de renta vitalicia» y «renta vitalicia recompensatoria constituida a título gratuito», supuesto que los calificativos «remuneratoria» y «recompensatoria» no tienen una significación distinta, y supuesto, también, que la gratuidad de la atribución remite sin más al tipo de la donación"[735].

A tan atinadas observaciones, cabe señalar lo inoportuno que resulta invocar la doctrina de los actos propios, que no puede servir como pretexto para eludir el cumplimiento de los requisitos formales esenciales. En la doctrina es pacífico que la donación de renta vitalicia debe constar en documento privado, al tener por objeto una renta dineraria, en aplicación de lo dispuesto en el art. 632 CC[736]. Como señaló ATAZ LÓPEZ, parece evidente que la razón por la que el Tribunal Supremo eludió calificar el supuesto de hecho como donación obedeció a que la perceptora de la pensión no había aceptado por escrito la donación de renta vitalicia. La mención de un supuesto contrato autónomo de "renta vitalicia constituida a título gratuito" permitió al Tribunal eludir la espinosa cuestión relativa a si se había aceptado válidamente la donación aun sin constar por escrito, y fundamentar la validez del contrato en la doctrina de los actos propios (a pesar de que la aceptación implícita era

[734] CADARSO PALAU, JUAN: "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 mayo 1987", *cit.*, p. 225.
[735] CADARSO PALAU, JUAN: "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 mayo 1987", *cit.*, pp. 226-227.
[736] BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ: *La renta vitalicia*, *cit*., p. 205; QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE: *La situación jurídica de renta vitalicia*, *cit*., pp. 150-151; CADARSO PALAU, JUAN: "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 mayo 1987", *cit*., p. 232; ZURITA MARTÍN, ISABEL: *Contratos vitalicios*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 44; RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL: *La renta vitalicia gratuita*, Comares, Granada, 2006, p. 96.

evidente, dado que las herederas del comerciante pagaron las rentas comprometidas durante dos años y medio, y la empleada jubilada las percibió)[737].

Por esta razón, cabe dudar si realmente el Tribunal Supremo pretendió establecer deliberadamente una distinción conceptual entre la donación de renta vitalicia y un contrato autónomo de renta vitalicia. El ponente de la referida Sentencia, LÓPEZ VILAS, matizó su contenido, señalando que "no se trata, por tanto, de presentar el supuesto de «renta vitalicia recompensatoria constituida a título gratuito» como categoría contrapuesta a una «donación remuneratoria», ya que resulta patente en ambos casos el acto de liberalidad o carácter gratuito de la atribución patrimonial realizada para «recompensar» o «remunerar» los servicios prestados. La Sala más bien precisa la calificación adecuada al supuesto, en atención al carácter vitalicio de la liberalidad efectuada y que había de hacerse efectiva por mensualidades, fundándose para ello en la figura y generalización de la renta vitalicia prevista en el art. 1.807 del CC que la sentencia expresamente cita, es decir, de la renta constituida a título gratuito sobre bienes propios. (…) Repito, no se enfrenta ni contradice con la figura más amplia e identificable de la donación remuneratoria, cuando aquélla, la renta vitalicia del art. 1.807, se constituye precisamente para premiar los servicios prestados por el beneficiario o destinatario de la misma"[738].

En todo caso, alguna Audiencia Provincial ha asumido esa pretendida distinción[739]. Y no podemos dejar de señalar que parte de la doctrina se ha mostrado conforme con la posibilidad de configurar un contrato de renta vitalicia gratuita distinto a la donación de renta vitalicia.

Dentro de este sector doctrinal cabe citar a RODRÍGUEZ RAMOS, quien entendió que el art. 1807 CC no solo da cabida a la donación de renta vitalicia, sino también a lo que denominó "una tercera vía", un "«tertium genus»", "el «contrato gratuito de renta vitalicia»"[740]. Según este planteamiento, "existe contrato gratuito de renta vitalicia cuando, no siendo donación por falta de forma, el pensionista tampoco queda obligado a nada para

[737] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sentencia de 23 de mayo de 1987. Renta vitalicia. Donación remuneratoria. Forma de la aceptación. Doctrina de los actos propios", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14, 1987, pp. 4653-4656.
[738] LÓPEZ VILAS, RAMÓN: *Estudios de jurisprudencia civil. V.1*, Montecorvo, Madrid, 1989, p. 364.
[739] SAP de Asturias (Sección 5ª) de 17 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:APO:2002:3322, AC 2002\1996; ponente María José Pueyo Mateo): "Estima la Sala que la calificación que mejor se aviene al caso de autos respecto a los tres demandantes es la de la pensión vitalicia del art. 1807 del CC, y así lo entendió el TS en la sentencia de 23-5-1987 al analizar un supuesto que presentaba una cierta analogía con el de autos".
[740] RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL: *La renta vitalicia gratuita*, *cit*., pp. 104-105.

con el deudor. Al tratarse de una liberalidad, a las reglas generales de las liberalidades se somete, salvo en la forma"[741]. Según nuestra opinión, esta interpretación resulta inadmisible, debido a una serie de consideraciones. De un lado, parece un contrasentido aludir a un contrato en el que una de las partes no queda obligada a nada, pues ello pugnaría con los principios de fuerza de ley y de obligado cumplimiento de los contratos que se derivan de los arts. 1091 y 1256 CC. De otro lado, un contrato de tal cariz constituiría un evidente fraude de ley, proscrito por el art. 6.4 CC, debido a que en la práctica se obtendrían los mismos efectos que los producidos por una donación (obligacional) de renta vitalicia, pero sin dar cumplimiento a las exigencias formales exigidas por el art. 632 CC.

También TORAL LARA defendió la separación conceptual entre la donación de renta gratuita y un contrato autónomo de renta gratuita. Para esta autora, la diferencia entre ambas figuras no radicaría en la forma del contrato, sino en la relevancia que desempeñe la aleatoriedad en el caso concreto:

> "Para que exista auténtico contrato de renta vitalicia gratuito el *alea* tiene que tener carácter esencial, estar en primer plano y tener carácter causal, de motivo causalizado, en el sentido ya visto. Cuando el *alea* no ocupe tal papel podremos hablar de donación de renta, así como cuando el *alea* sea tan escasa que pueda preverse el resultado final del contrato. Por ejemplo, si la vida módulo está tan cercana al final que pueden calcularse de manera muy aproximada las prestaciones finales de las partes. En definitiva, cabe hablar de donación cuando el contrato no sea verdaderamente aleatorio.
>
> De esta manera, si la intención ha sido transmitir sin contraprestación o con una pequeña carga, sin que las partes hayan tenido en cuenta de manera principal el *alea*, o cuando el *alea* es tan débil que puede afirmarse que no existe, el verdadero contrato formalizado habrá sido el de donación (simple, modal o remuneratoria), por lo que deben respetarse todas las reglas formales de la misma"[742].

A nuestro juicio, este planteamiento tampoco es aceptable, ya que en cualquier renta vitalicia gratuita es imposible considerar que no existe aleatoriedad. Siguiendo el criterio delimitador propuesto por esta autora, incluso aunque el perceptor de la renta tenga una muy avanzada edad al tiempo de la perfección del contrato, siempre existirá una incertidumbre relativa a la duración y al importe de la renta que deberá ser pagada, que dependerá de la

[741] RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL: *La renta vitalicia gratuita*, *cit.*, p. 105.
[742] TORAL LARA, ESTRELLA: *El contrato de renta vitalicia*, La Ley, Las Rozas, 2009, p. 258-259.

duración de la vida del beneficiario. Realmente, la cuestión está vinculada a una problemática más amplia: si son posibles los contratos aleatorios gratuitos[743]. Parece razonable incidir en que en los contratos aleatorios onerosos el riesgo o alea se convierte en causa del contrato, mientras que en los contratos aleatorios gratuitos la causa es el ánimo de liberalidad[744]. En todo caso, aunque se conteste negativamente a dicha posibilidad, ello no justifica la distinción conceptual entre donación de renta vitalicia y contrato autónomo de renta vitalicia.

A modo de conclusión de este apartado, lo que es evidente es que una renta vitalicia constituida a título gratuito no puede articularse a través de una donación dispositiva: ni el crédito es preexistente a la perfección de la donación, ni es posible conciliar el carácter inmediatamente traslativo de un negocio de disposición con múltiples pagos cuya realización se difiere en el tiempo, y cuya cuantificación resulta imposible determinar con precisión al tiempo de la celebración del contrato. Así las cosas, resulta ineludible incardinar la renta vitalicia gratuita constituida *inter vivos* en el ámbito de la donación obligacional.

3.6 Donaciones por razón de matrimonio

---

[743] DE CASTRO Y BRAVO contestó afirmativamente, señalando que "parece imposible sostener que todos los contratos aleatorios, estén sometidos al régimen propio de la causa onerosa", citando como ejemplo de ello el art. 1807 CC (DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, *cit.*, p. 273). En el mismo sentido, ÁLVAREZ VIGARAY afirmó que "aun siendo ciertas estas diferencias entre los contratos aleatorios gratuitos y los contratos aleatorios gratuitos, es fácil observar que son simples consecuencias del diferente carácter a título oneroso y gratuito de unos y otros, sin que estas diferencias tengan que ver con la aleatoriedad común a todos ellos y que da lugar a que en los contratos aleatorios a título gratuito se presenten cuestiones iguales o semejantes a las que suscitan los contratos aleatorios onerosos" (ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL: "Los contratos aleatorios", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, 1968, p. 610).

[744] ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL: "Los contratos aleatorios", *cit.*, p. 609.

Según BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, "la duración y extensión de la obligación contraída son inciertas, en cuanto que dependen de la vida que se toma en consideración para constituir la relación. De ahí que el factor aleatorio tenga también su intervención; pero, al contrario de lo que sucede en el contrato oneroso de renta, el "alea" no tiene el valor de elemento esencial del contrato, puesto que, en realidad, aquella incertidumbre al derecho que se otorga, para lo único que sirve es para medir el grado y la amplitud de la liberalidad del propio donante" (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ: *La renta vitalicia*, *cit.*, pp. 204-205).

En un sentido parcialmente divergente, QUIÑONERO CERVANTES adujo que "el «álea», en el contrato de donación, no forma parte de la causa del mismo. La causa, es verdad, está constituida por la «mera liberalidad del bienhechor» (artículo 1274 del Código Civil), pero no sirve sólo el «álea», como afirma Beltrán de Heredia, «para medir el grado y la amplitud de la liberalidad del donante». Creemos que el «álea», además de medir grado y la amplitud de la liberalidad, es también motivo determinante de la liberalidad. Puesto que en determinados supuestos el donante, si decide la liberalidad, si le mueve el ánimo de liberalidad, es en base a la consideración de la duración probable de la vida contemplada y sin que por ello la renta vitalicia constituida por donación deje de ser aleatoria, puesto que las previsiones del donante pueden quedar obstruidas por la mayor o menor duración de aquella vida-módulo que se contempla para constituir el derecho de renta. El contrato genético, en este caso el de *donación, no participa de la categoría de los aleatorios, pero el factor aleatorio sí es esencial a la situación jurídica de renta vitalicia* que aquel contrato genera" (QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE: *La situación jurídica de renta vitalicia*, *cit.*, pp. 148-149).

Antes de la entrada en vigor del CC, existían tres tipos de donaciones por razón de matrimonio: arras, donaciones *propter nuptias* y donaciones esponsalicias. Las primeras eran realizadas a favor de la esposa, las segundas a favor del esposo, y las terceras indistintamente, con la finalidad de beneficiar a cualquiera de los cónyuges[745]. El CC simplificó el panorama, y bajo la denominación "donaciones por razón de matrimonio" pasó a regular todas las liberalidades realizadas a favor de los futuros cónyuges con ocasión del futuro matrimonio. En coherencia con dicho afán unificador, el art. 1336 CC dispone que "son donaciones por razón de matrimonio las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos".

Según el art. 1337 CC, "estas donaciones se rigen por las reglas ordinarias en cuanto no se modifiquen por los artículos siguientes". Una de las más llamativas especialidades de su régimen jurídico aparece referida en el art. 1340 CC, que dice que "el que diere o prometiere por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe". Dicho precepto influye en el contenido del art. 1363 CC, según el cual "serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte". Por su parte, el art. 168.1.c) LH dice que "tendrán derecho a exigir hipoteca legal: Primero. Las mujeres casadas sobre los bienes de sus maridos: (…) c) Por las donaciones que los mismos maridos les hayan prometido dentro de los límites de la Ley"[746].

En la doctrina, es habitual interpretar el art. 1340 CC en el sentido de que contempla donaciones por razón de matrimonio con efecto dispositivo ("el que diere") y con efecto

[745] Un buen resumen del régimen jurídico de las donaciones matrimoniales anteriores a la entrada en vigor del CC puede verse en COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, MARÍA JOSÉ: "Donaciones matrimoniales en la codificación civil española", *Revista de Derecho Privado*, núm. 83, 1999, pp. 774-791.

[746] Antes de la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, el CC aludía a donaciones matrimoniales obligacionales en varios preceptos. El antiguo art. 1343 CC decía que "cuando el marido solo, o ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote a sus hijas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad, o en la proporción en que los padres se hubieran obligado, respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotare por sí sola, deberá imputarse lo que diere o prometiere a sus bienes propios". El antiguo art. 1397 CC señalaba que "el que diere o prometiere capital para el marido no quedará sujeto a la evicción sino en caso de fraude". Y según el antiguo art. 1409 CC, "será también de cargo de la sociedad de gananciales el importe de lo donado o prometido a los hijos comunes por el marido, solamente para su colocación o carrera, o por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos, en todo o en parte". La STS de 13 de mayo de 1971 (ECLI:ES:TS:1971:1123; RJ 1971\2853; ponente Julio Calvillo Martínez de Arenaza) se refirió expresamente al "supuesto de donación obligacional aludido en el artículo 1.409".

obligacional ("el que (…) prometiere"). A modo de ejemplo, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN calificó a las donaciones por razón de matrimonio como un "acto dispositivo de bienes y derechos y puede ser también un acto de carácter obligatorio"[747]. Para SIRVENT GARCÍA, "no parece que haya ningún inconveniente en que se configure esta donación como un acto de carácter obligatorio y no como acto inmediatamente traslativo. Por tanto, es posible el pacto en virtud del cual el donatario no adquirirá la propiedad de lo donado hasta que se verifique la *traditio*"[748]. Y MARTÍN LEÓN mencionó una posible "donación nupcial obligacional"[749].

Las donaciones por razón de matrimonio han de realizarse antes de la celebración del matrimonio, y en consideración a su celebración. Pueden ser donantes los propios futuros esposos o cualquier tercero. No obstante, los donatarios siempre deberán ser uno o los dos futuros esposos. En el supuesto de que el matrimonio no llegue a celebrarse en el plazo de un año desde la donación, esta quedará sin efecto (art. 1342 CC).

Si la donación por razón de matrimonio tiene carácter dispositivo, el cónyuge o los cónyuges adquirirán la propiedad de manera instantánea; por el contrario, si la donación por razón de matrimonio tiene carácter matrimonial, el donante deberá entregar la cosa donada al cónyuge o a los cónyuges para transmitir la propiedad de la cosa donada. Hay que tener en cuenta, en todo caso, que la transmisión de la propiedad (caso de la donación dispositiva) o la obligación de entregar la cosa donada (caso de la donación obligacional) se producirán, como regla general, antes de que el matrimonio llegue a celebrarse, ya que estas donaciones se celebran en previsión al matrimonio, pero sus efectos no quedan suspensivamente diferidos hasta su fecha de celebración[750].

Ahora bien, sería perfectamente posible que la donación por razón de matrimonio esté suspensivamente condicionada a la efectiva celebración del matrimonio[751]. En tal supuesto, si la donación por razón de matrimonio es dispositiva, el cónyuge o los cónyuges adquirirán

[747] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "De las donaciones por razón de matrimonio", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Volumen II*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 1571.
[748] SIRVENT GARCÍA, JORGE: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Tirant lo Blanch, València, 2003, p. 27.
[749] MARTÍN LEÓN, ANTONIO: *Las Donaciones por Razón de Matrimonio en el Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 181.
[750] Parece asumir este extremo la STS de 23 de junio de 1960 (ECLI:ES:TS:1960:1091, RJ 1960\2106; ponente Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu): "Conforme ya tiene declarado esta Sala en su sentencia de 6 de febrero de 1954, dictada en caso análogo al presente, al establecerse una donación por razón de matrimonio, se constituye un contrato "ínter vivos" y no en consideración a la muerte del donante, que tendrá vida real desde el momento de ser otorgado".
[751] MARTÍN LEÓN, ANTONIO: *Las Donaciones por Razón de Matrimonio en el Código Civil*, *cit.*, p. 181.

automáticamente la propiedad de la cosa donada en cuanto se celebre el matrimonio, mientras que, si la donación por razón de matrimonio es obligacional, "el crédito sólo será exigible una vez contraído el matrimonio"[752].

Las donaciones por razón de matrimonio constituyen un claro apoyo para la configuración de una donación obligacional en el Derecho español[753]. Ciertamente, son donaciones especiales, debido a que el futuro matrimonio constituye un móvil imprescindible para su otorgamiento, y a que solo pueden ser donatarios uno o los dos cónyuges. Sin embargo, que el CC reconozca en su articulado una eficacia transmisiva obligacional, claramente contrapuesta a la eficacia dispositiva característica de la donación regulada en el Título II del Libro III del CC, demuestra que no se trata de una hipótesis descabellada o fuera de la realidad.

Cierta doctrina ha rechazado que la dualidad transmisiva de las donaciones matrimoniales pueda ser asumida con carácter general. En esta línea, DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS dijo que las donaciones obligacionales por razón de matrimonio "responden a situaciones especiales y que reciben y han recibido históricamente, siempre, un tratamiento peculiar, pero tampoco se puede, desde ahí, generalizar, cuando existen razones para no hacerlo"[754]. Sin perjuicio de que el autor no expuso cuáles serían esas razones, no nos parece lógico aseverar que un tipo especial de donación pueda tener una mecánica transmisiva especial, claramente diferenciada de la que establece como norma general el CC, y que la perfección de un contrato obligacional atípico con esa misma eficacia transmisiva especial pueda ser calificada como algo imposible.

Desde luego, lo que parece completamente infundado es sostener que "la «onerosidad» matrimonial justifica la validez de su promesa (art. 1.340 del Código Civil)"[755]. Dejando de lado lo criticable que resulta calificar al matrimonio como una carga, más que como un proyecto de vida en común, este planteamiento olvida que las donaciones por razón de matrimonio pueden ser realizadas por un tercero ajeno a los futuros cónyuges, supuesto en

---

[752] MARTÍN LEÓN, ANTONIO: *Las Donaciones por Razón de Matrimonio en el Código Civil*, *cit.*, p. 181.
[753] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 337; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 597.
[754] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 53.
[755] FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *cit.*, p. 430.

el cual ninguna 'onerosidad' puede presidir la actuación del donante. A mayor abundamiento, la causa de todas las donaciones por razón de matrimonio es el ánimo de liberalidad del donante, esencialmente gratuito, por mucho que el factor impulsivo o el móvil causalizado de la donación sea la futura celebración del matrimonio[756].

3.7 Adquisición de obras de arte para oferta de donación

El art. 69 de la derogada Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, contempló expresamente la donación obligacional, bajo la denominación de "adquisición de obras de arte para oferta de donación".

La oferta de donación podía ser realizada por las personas jurídicas sujetas al Impuesto de Sociedades o por los empresarios o profesionales acogidos al régimen de estimación directa en el Impuesto sobre la Renta. El art. 69.1 señalaba que a efectos de la determinación de la base imponible de dichos impuestos, tendría la consideración de partida deducible el valor de adquisición de aquellas obras de arte adquiridas para ser donadas al Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Universidades Públicas, el Instituto de España y las Reales Academias Oficiales integradas en el mismo, las instituciones con fines análogos a la Real Academia Española de las Comunidades Autónomas con lengua oficial propia, los entes públicos y organismos autónomos administrativos determinados reglamentariamente, y algunas entidades sin fines lucrativos, siempre que tales donaciones fuesen aceptadas por tales entidades.

Según el art. 69.1, para disfrutar de la deducción, "la oferta de donación se efectuará de acuerdo con los requisitos y condiciones siguientes". En lo que aquí interesa[757], tales requisitos y condiciones consistían en lo siguiente:

- Compromiso de transmitir el bien a las entidades donatarias en un período máximo de cinco años a partir de la aceptación definitiva de la oferta.

---

[756] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "De las donaciones por razón de matrimonio", *cit.*, p. 1571; SIRVENT GARCÍA, JORGE: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, *cit*., p. 29.

[757] Nos hemos limitado a resumir el contenido civil del art. 69 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, cuya completa interpretación obliga a tomar como referencia normativa tributaria y de protección del patrimonio histórico español. Para un análisis completo que abarca todas estas cuestiones, *vide* MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO: *Fundaciones y mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de octubre*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 230-237.

- Una vez aceptada la oferta de donación por la entidad donataria, la donación se hacía irrevocable y el bien no podía ser cedido a terceros.
- La oferta de donación se debía realizar durante el mes siguiente a la compra del bien.
- Durante el período de tiempo que transcurriese hasta que el bien fuese definitivamente transmitido a la entidad donataria, el bien debía permanecer disponible para su exhibición pública e investigación en las condiciones que determinase el convenio entre el donante y la entidad donataria.

A nuestro entender, es evidente que esta norma constituyó un reconocimiento normativo expreso de una donación obligacional[758], debido a las siguientes razones: i) la donación se plasmaba en un convenio escrito, con lo que se cumplían los requisitos de forma exigidos en el art. 632 CC para la donación de bienes muebles; ii) la aceptación de la oferta de donación conllevaba la irrevocabilidad del contrato, entendida como la imposibilidad de que el donante se apartase del compromiso ya perfeccionado; iii) con la aceptación de la donación, la entidad donataria se convertía en un "acreedor de dominio"[759]; iv) la obra de arte comprometida no podía ser transmitida a nadie distinto del donatario, como consecuencia del compromiso de entrega irrevocable asumido por el donante; v) la entrega o tradición de la obra de arte, en el período máximo de cinco años, comportaba la transmisión de la propiedad a favor de la entidad donataria; y vi) aunque no se produjese la transmisión de la propiedad hasta el momento de la entrega o tradición, se cedía a la donataria la posesión de la obra de arte que el donante se comprometía a entregar más adelante.

Ciertamente, este concreto reconocimiento de la donación obligacional tuvo lugar en una normativa tributaria. Sin embargo, la regulación de la mecánica transmisiva de la donación en el caso concreto tenía, incuestionablemente, naturaleza civil. La plasmación de una eficacia transmisiva obligacional de la donación en una norma con rango de ley demuestra que este contrato no constituye ninguna entelequia, sino una posibilidad al alcance de los particulares, que mereció regulación expresa por parte del legislador estatal.

3.8 Propuestas normativas de regulación de la donación

[758] VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: "Las nuevas liberalidades de mecenazgo", *cit*., pp. 1067-1069; MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO: *Fundaciones y mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de octubre*, *cit*., p. 235.
[759] MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO: *Fundaciones y mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de octubre*, *cit*., p. 237.

Más allá del Derecho positivo, pretérito o vigente, existen diversas propuestas normativas, tanto españolas como europeas, que se refieren expresamente al carácter obligacional de la donación. Con ello, se evidencia que la donación obligacional tiene una trascendencia práctica indudable.

3.8.1 Propuestas españolas

La *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL regula a la donación en el Título V del Libro IV, relativo a los modos de adquirir la propiedad. En la Exposición de Motivos se indica que "celebrada la donación con arreglo a las formalidades legales, no es necesaria la tradición para que se transfiera al donatario la propiedad o la titularidad del derecho real"[760], y se destaca que "se opta por configurar la donación como negocio jurídico dispositivo y bilateral, en el que la aceptación se integra en la estructura negocial. Se mantienen tanto la exigencia de forma esencial como reglas tradicionales al estilo de la que prohíbe la donación de bienes futuros. Todo ello, de acuerdo con la tesis más generalizada"[761]. En consonancia con este planteamiento, el art. 400-1 indica que "la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos negocios mediante la tradición, por ocupación, por accesión, por usucapión, por donación y por sucesión *mortis causa*"[762]. Por su parte, el apartado 1 del art. 451-1 dice que "la donación es el negocio jurídico bilateral y dispositivo por medio del cual el donante transmite a título gratuito la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho al donatario, que la acepta"[763]. A mayor abundamiento, el art. 454-1 aclara que "la donación perfeccionada de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo anterior produce la transmisión de la propiedad de la cosa o de la titularidad del derecho objeto de la misma"[764].

A pesar de ello, el párrafo segundo del art. 451-1 admite expresamente la donación obligacional: "si una persona se obliga a transmitir a otra la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a título gratuito rigen las reglas de los contratos, sin perjuicio de la aplicación de las reglas contenidas en este Título en cuanto a capacidad del donatario, conformidad y revocación, así como lo dispuesto en el artículo 454-12"[765]. Esta última

[760] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 173.
[761] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 184.
[762] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 517.
[763] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 534.
[764] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 538.
[765] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 534.

alusión hace referencia a los efectos del fallecimiento del donante sobre las donaciones que haya realizado en vida.

En la Exposición de Motivos se justifica el reconocimiento de la donación obligacional de la siguiente manera:

> "A pesar de esta naturaleza de la donación, como negocio dispositivo y, por tanto, modo de adquirir, se parte de la idea de que el Código no debe impedir la realización de contratos (atípicos) de donación (la donación obligatoria), pues de lo contrario se producen resultados prácticos indeseables. Además, el Libro quinto admite tanto contratos por los que uno se obliga a prestar alimentos o asistencia sin contraprestación (art. 5152-9) como la renta vitalicia gratuita (art. 5154-1), que, en el fondo, no son más que obligaciones de donar bienes en el futuro (bienes sobre los cuales es posible que no se pueda disponer en el momento de la celebración del contrato). Sería incongruente, por tanto, mantener de modo imperativo el carácter dispositivo de la donación".

En el marco de los trabajos posteriores a la publicación de la *Propuesta de Código Civil*, se celebró el 7 de noviembre de 2019 un Seminario sobre la donación en el Colegio de Registradores. La respuesta de las sugerencias a cargo de la ponencia, representada por la profesora ANDERSON, volvió a incidir en las razones por las que se había reconocido la donación obligacional:

> "Se estimó conveniente explicitar la admisibilidad de la llamada donación obligatoria, como contrato atípico por medio del cual el donante se obliga a dar sin recibir nada a cambio. De otro modo, el sistema sería incoherente: no tendría sentido que un mismo código recogiese la renta vitalicia o la obligación de alimentos gratuitos (arts. 5154-1 y 5152-9, respectivamente), y no, en cambio, la obligación de entregar en el futuro un determinado bien o, incluso, una determinada cantidad de dinero"[766].

La explicación ofrecida para conferir reconocimiento expreso a la donación obligacional no resulta plenamente satisfactoria, pues pierde de vista que tanto la renta gratuita constituida a título gratuito, como el contrato de alimentos gratuito, son donaciones

[766] Las respuestas a las sugerencias del Seminario sobre la donación en el Colegio de Registradores (7 de noviembre de 2019), de fecha 24 de abril de 2020, constan en la siguiente dirección de internet: https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO%20IV%20T%C3%8DTULO%20V%20%20y%20%20LIBRO%20II%20%20T%C3%8DTULO%20VI%20%20CAP%C3%8DTULO%20III%20-%20DONACIONES%20(revisi%C3%B3n%20abril-mayo%202020).pdf.

obligacionales. En ambos casos, el donante se obliga a entregar una cantidad de dinero durante un período de tiempo (que en la renta vitalicia siempre será indeterminado, y que en el contrato de alimentos gratuitos podrá estar determinado o no, en función de que el contrato se configure con duración definida o con carácter vitalicio). Así las cosas, la incongruencia de la *Propuesta de Código Civil* existiría si se eliminase el párrafo segundo del art. 451-1, pues en tal caso se regularían supuestos concretos de donaciones obligacionales (renta vitalicia gratuita y contrato de alimentos gratuito), sin reconocer el contrato de donación obligacional con carácter general.

3.8.2 Propuestas europeas

a) Principios de Derecho Europeo de los Contratos

Los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (*Principles of European Contract Law*; en adelante, PECL[767]) tienen por finalidad ser aplicados como reglas generales del Derecho de los contratos en la Unión Europea (art. 1:101:1). Asimismo, los principios pueden aportar soluciones a cuestiones no resueltas por el ordenamiento o por la normativa legal aplicable en cada Estado miembro (art. 1:101:4).

El PECL no define el concepto de contrato, aunque de su contenido se desprende una concepción extraordinariamente amplia, ya que el art. 2:101:1 establece que "el contrato se perfecciona, sin necesidad de ninguna otra condición, cuando (a) las partes tienen la intención de obligarse legalmente y (b) alcanzan un acuerdo suficiente"; añadiendo el art. 2:101:2 que "el contrato no necesariamente se debe concluir ni hacer constar por escrito y no queda sujeto a ninguna otra exigencia de forma". Más aún, el art. 2:107 reconoce la validez de las promesas unilaterales: "una promesa hecha con la intención de obligarse jurídicamente sin necesidad de aceptación, es vinculante".

A la vista de la enorme amplitud con la que el PECL concibe a los contratos, podría argumentarse que constituye, hasta cierto punto, un punto favorable para concebir un contrato atípico de donación obligacional. Sin embargo, el principio de autonomía de la voluntad ya constituye un principio jurídico fundamental del Derecho patrimonial español (art. 1255 CC), sin que sea necesario recurrir a ninguna propuesta normativa supranacional para reafirmar su vigencia. Que el PECL asuma un principio claramente antiformalista, y

[767] Hemos utilizado la traducción al castellano del profesor MARTÍNEZ SANZ, disponible en la siguiente dirección de internet: https://internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-del-Derecho-Contractual-Europeo.pdf.

que admita la promesa unilateral, tampoco supone ningún argumento favorable a la donación obligacional, pues con arreglo a nuestra caracterización de la figura, es un contrato esencialmente formal, y que además debe ser aceptado por el donatario para producir efectos jurídicos[768].

b) Proyecto de Marco Común de Referencia

El Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*; en adelante, DCFR[769]) constituye una propuesta académica de ámbito europeo mucho más extensa, cuyo título H contiene una regulación muy completa del contrato de donación. Su relevancia práctica no es desdeñable, en la medida en que el DFCR ha sido tomado en consideración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo al resolver diversos recursos de casación, también en materia de donaciones[770].

Como ha puesto de relieve la doctrina española, el DFCR contempla un modelo de donación exclusivamente obligacional[771]. No obstante, conviene puntualizar que la propuesta del DFCR se circunscribe exclusivamente a la donación de bienes muebles, dado que el Título H del DFCR no resulta de aplicación a las donaciones de bienes inmuebles o de derechos sobre bienes inmuebles (art. IV.H.–1:103:2). Además, el DFCR se limita a regular un determinado modelo transmisivo de donación, que no impide que los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros puedan regular a la institución como un modo adquisitivo de los derechos reales[772].

El art. IV.H.–1:101:2 define a la donación de la siguiente manera: "un «contrato de donación de bienes» es aquel en virtud del cual una parte, el donante, se compromete a transmitir la propiedad de determinados bienes a título gratuito a otra parte, el donatario, con el fin de beneficiar a éste".

[768] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 3.3, e *infra*, Capítulo Sexto, apartado 6.
[769] Hemos utilizado la traducción al castellano de AA.VV.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (JEREZ DELGADO, CARMEN, coordinadora), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.
[770] La STS de 13 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2168, RJ 2010\3693; ponente Encarnación Roca i Trias) y la STS de 12 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5389, JUR 2023\445839; ponente José Luis Seoane Spiegelberg), ambas dictadas por el Pleno de la Sala Primera, citaron expresamente al DCFR al interpretar la revocación de donaciones fundamentada en la ingratitud del donatario.
[771] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., p. 4725.
[772] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit*., pp. 12-13.

La conceptualización de la donación en el DFCR como contrato obligacional es evidente, a la vista de las siguientes circunstancias:

- El art. IV.H.–1:102:1 permite la donación de bienes futuros o ajenos, al decir que "el término «bienes» incluye aquellos bienes que, en el momento de la conclusión del contrato, aún no existen o debe adquirir el donante".
- El art. IV.H.–3:101 señala que el donante asume las obligaciones de entregar los bienes conformes al contrato y de transmitir la propiedad de los bienes al donatario.
- El art. IV.H.–3:201 reafirma el carácter coercible de la donación, al afirmar que si el donante incumple cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato, el donatario podrá ejercitar los remedios por incumplimiento previstos en el Libro III del DFCR, con ciertas matizaciones.

Por lo general, la doctrina española ha valorado negativamente que el DFCR regule una donación con efectos obligacionales[773]. Sin embargo, las críticas parecen exageradas. Evidentemente, si se parte de que el CC regula a la donación como un modo de adquirir, o si se quiere, como un contrato con eficacia dispositiva o directamente transmisiva, la regulación obligacional del DFCR llama la atención. Sin embargo, el contenido del DFCR es plenamente coherente con un modelo obligacional de donación. A nuestro modo de ver, esta visión desfavorable de la propuesta normativa de la donación en el DFCR puede obedecer a que demuestra que la donación obligacional es un contrato perfectamente viable. En este sentido, hay que destacar que las críticas al DFCR provienen, por lo general, de autores que han manifestado un planteamiento contrario a la posible configuración de la donación obligacional en el Derecho español.

4. Toma de postura: viabilidad de la donación obligacional

[773] Según el parecer de EGUSQUIZA BALMASEDA, la propuesta es dificultosa, más que discutible y extraña (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", *cit.*, pp. 314-318). Para ATAZ LÓPEZ, la tendencia proclive del DFCR a admitir las promesas gratuitas "seguirá generando inseguridad" (ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit.*, pp. 100-102). Y VAQUER ALOY calificó la regulación de la donación en el DFCR como disonante (VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit*., p. 17).

Tras concluir este largo examen de los argumentos favorables y desfavorables, hemos alcanzado la convicción de que la donación obligacional es un contrato perfectamente viable en el Derecho español.

Los argumentos que la doctrina ha invocado en contra de la donación obligacional no son sólidos, y pueden ser rebatidos fundadamente. Algunos se basan en ideas preconcebidas, o en una deficiente caracterización del contrato en cuestión, y pueden ser desmontados sin excesiva dificultad. En esencia, el eje conductor de la oposición a la admisión de la donación obligacional consiste en aseverar que únicamente es posible una donación con efecto transmisivo inmediato, porque tal es el tipo de donación regulada en el CC, razón por la cual se rechaza una donación de tipo obligacional, cuyo esquema transmisivo no participa del elemento dispositivo. Con este planteamiento, se incurre en un error de principio, pues no tiene sentido calificar como inmutables las características de un negocio típico, cuando de lo que se trata, precisamente, es de determinar la viabilidad de un contrato atípico cuyas características y su eficacia transmisiva son muy distintas.

A mayor abundamiento, la doctrina contraria a la admisión de la donación obligacional no ha sido capaz de conciliar su planteamiento con las abundantes e irrebatibles muestras de una eficacia transmisiva obligacional de la donación en el derecho histórico, en el derecho comparado y en diversas propuestas normativas españolas y europeas de la donación de muy reciente creación.

Por otra parte, los argumentos favorables a la donación obligacional son mucho más sólidos. Prescindiendo de los indiscutibles apoyos que brinda el derecho histórico y el derecho comparado, el principio de autonomía de la voluntad, eje conductor del Derecho patrimonial, auténtico principio general del Derecho[774], cuyo fundamento se asienta en diversos principios constitucionales, constituye un importantísimo respaldo a la donación obligacional, que se ve robustecido por su perfecto encaje con las características de los contratos y de los diversos tipos de obligaciones que contempla el CC. También constituyen poderosos argumentos a favor de la donación obligacional que algunas donaciones tengan que ser necesariamente obligacionales debido a su objeto (donaciones de cosa determinable o genérica), los reconocimientos incidentales que realiza el CC a las donaciones de tipo obligacional (donaciones por razón de matrimonio y renta vitalicia gratuita constituida *inter*

[774] DORAL GARCÍA DE PAZOS, JOSÉ ANTONIO, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *El negocio jurídico*, *cit.*, p. 10.

vivos), y el reconocimiento expreso a la figura que realizó el legislador en materia fiscal. Por último, resulta sumamente revelador que recientes propuestas regulatorias de la donación, pergeñadas tanto a nivel español como a nivel europeo, hayan admitido expresamente una donación con eficacia transmisiva obligacional.

CAPÍTULO SEXTO
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DONACIÓN OBLIGACIONAL

1. La caracterización de la donación obligacional como contrato atípico y las consecuencias en su régimen jurídico

Una vez ha quedado constatada la perfecta admisibilidad de la donación obligacional en nuestro Derecho, el siguiente paso consiste en determinar su régimen jurídico.

La doctrina ha enfocado el régimen jurídico de la donación obligacional desde dos posturas distintas, que pasamos a analizar.

1.1 La aplicación directa de la normativa de la donación dispositiva

Parte de la doctrina ha defendido que resultan directamente aplicables a la donación obligacional todas las normas reguladoras de la donación dispositiva que regula el Título II del Libro III del CC.

Dentro de este sector doctrinal destacó ALBALADEJO GARCÍA, quien al plantearse la posibilidad de que el fundamento de la donación obligacional radique en el Libro IV del CC adujo que tal construcción sería "una pérdida de tiempo"[775]:

> "¿Para qué expulsar a la donación obligatoria del art. 618, si luego se la readmite por otra vía? Podría respondérseme que entonces esa donación se regiría, no por las normas de los artículos 618 y siguientes, sino por las generales de los contratos. Pero cabe replicar que a falta de reglas para una donación, la obligatoria, ¿cómo no serían las adecuadas para aplicársele, antes que otras más generales, las reglas de la donación dispositiva? Con lo que se llega a la misma solución que si se estima que los artículos 618 y siguientes son para toda donación porque todas las que sean están contempladas en el artículo 618"[776].

La postura de ALBALADEJO GARCÍA fue coherente con su planteamiento, a tenor del cual la donación, en el CC, sería siempre un título que precisaría del modo para transmitir los derechos reales[777]. En la medida en que hemos expresado nuestro rechazo a este punto

[775] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 38.
[776] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 38-39.
[777] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 35-51.

de vista[778], debemos desechar este planteamiento, que se fundamentó en una premisa que juzgamos equivocada.

También FERRANDIS VILELLA consideró que las normas del CC referentes a la donación dispositiva serían directamente aplicables a la donación obligacional. En respaldo de su posicionamiento, manifestó lo siguiente:

> "El régimen legal del contrato de donación ha de buscarse en primer lugar en la regulación misma del contrato, teniendo en cuenta que, como ya advertíamos, no hay ningún obstáculo que se oponga a la aplicación del concepto dado por el artículo 1.254 del Código civil al contrato generador de una obligación de dar a título gratuito. Ahora bien, tanto este precepto como todos los reguladores del contrato en general nos suministrarán sólo un esquema que habrá de completarse con las reglas dictadas por el Código para la donación, por más que en la regulación de ésta se haya atendido de modo preferente a su aspecto traslativo o inmediatamente productor de efectos reales.
>
> La necesidad de atender a estas normas para establecer el régimen del contrato de donación, se justifica por la ya apuntada coincidencia entre el resultado económico perseguido por la donación en su aspecto traslativo y en su aspecto obligacional.
>
> (…)
>
> Por otra parte, aunque la regulación que el Título II del libro tercero del Código dedica a la donación, contempla a ésta preferentemente en su aspecto de negocio inmediatamente traslativo, encontramos en dicho título normas que son perfectamente aplicables a la donación obligacional, e incluso alguna que difícilmente sería aplicable a otro supuesto que no fuera precisamente éste".

La postura de FERRANDIS VILELLA también fue coherente con su tesis, a tenor de la cual el Título II del Libro III del CC regularía primordialmente a la donación dispositiva, sin perjuicio de contener ocasionalmente preceptos propios de la donación obligacional, como los arts. 621 y 632.II CC. Sin embargo, cuando analizamos con detenimiento la eficacia transmisiva de la donación en el CC, tuvimos ocasión de analizar este planteamiento, y descartamos que dichos preceptos regulasen implícitamente a la donación obligacional[779].

[778] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.
[779] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartados 2.3 y 2.6.

En consecuencia, también nos vemos obligados a mostrar nuestra disconformidad con este punto de vista.

Además, nuestro rechazo a la aplicación directa de la normativa reguladora de la donación dispositiva a la donación obligacional también se fundamenta en que tal planteamiento provocaría graves problemas sistemáticos. En efecto, la aplicación directa de los preceptos previstos en el Título II del Libro III del CC únicamente sería posible si tales normas resultasen de aplicación tanto a las donaciones dispositivas como a las donaciones obligacionales. Sin embargo, como tuvimos ocasión de apuntar[780], y sin perjuicio de que volvamos sobre ello más adelante[781], los arts. 624 y 635 CC son claramente contrarios al espíritu y a las características propias de una donación obligacional. Ello conduce a un callejón sin salida: o bien ambos artículos se reputan únicamente aplicables a la donación dispositiva (lo cual supone reconocer implícitamente que la aplicación directa de la normativa de la donación dispositiva en el CC no resulta siempre posible a la donación obligacional, en evidente contradicción con el punto de partida del planteamiento), o bien se hacen auténticos malabarismos para interpretar tales preceptos de forma que resulten compatibles con la donación obligacional (sin contar con respaldo normativo y en clara incongruencia con el fundamento y con el origen histórico de ambos preceptos[782]).

En consecuencia, entendemos que resulta improcedente aplicar directamente a la donación obligacional la regulación de la donación dispositiva que contiene el Título II del libro III del CC.

1.2 La interpretación extensiva de la normativa de la donación dispositiva

Desde otro ángulo, se ha entendido que la determinación del régimen jurídico de la donación obligacional debe pasar por la interpretación extensiva de los preceptos del CC que regulan a la donación dispositiva.

Tal fue el planteamiento expuesto por CASTAÑOS CASTRO, para quien la resolución de todos los conflictos que puedan surgir en una donación obligacional entre las partes contratantes debe hacerse "o bien aplicando las reglas generales del Código, o bien aplicando por interpretación extensiva de la norma, los preceptos propios de la donación traslativa, esto

[780] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.5.
[781] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartados 2.1.1 y 3.3.3.
[782] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.5. Para una supuesta interpretación de los arts. 624 y 635 CC compatible con la donación obligacional, que no compartimos, *vide* ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 101-103 y 321-328.

es, los arts. 618 y ss. C.c. Si bien la donación obligatoria presenta matices que la diferencian de la donación traslativa, entre ambas existe identidad de razón"[783]. La misma autora insistió en que "las normas que regulan la donación traslativa deben en su mayoría aplicarse, siempre con los oportunos matices y adaptaciones, cuando la donación es obligacional. El mecanismo del que nos valemos para ello es la interpretación extensiva de la norma, al existir identidad de razón entre los supuestos de donación traslativa y los supuestos de donación obligacional"[784].

A la vista de que en este planteamiento se defiende la utilización de la interpretación extensiva, pero al mismo tiempo se alude a la identidad de razón, requisito exigido en el art. 4.2 CC para la aplicación de la analogía, consideramos necesario establecer la distinción entre ambas técnicas de aplicación de las normas jurídicas. Siguiendo a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, cabe apuntar las siguientes diferencias:

- La interpretación extensiva no tiene por objeto llenar una laguna en el derecho, sino rectificar una expresión impropia por medio del verdadero pensamiento de la ley. Por el contrario, la analogía presupone la ausencia de toda disposición legislativa, que es precisamente la que se suple en virtud de la unidad orgánica del Derecho[785].
- La interpretación extensiva puede hacer uso de cualquier razonamiento lógico o método interpretativo (gramatical, histórico, criterios filológico, genealógico, sociológico…). En cambio, la analogía no se fundamenta en cualquier razonamiento lógico, sino en la *eadem ratio legis*[786].
- La interpretación extensiva suele conducir a una interpretación restrictiva de la norma. En cambio, la analogía supone aplicar íntegramente una norma a un supuesto semejante[787].

[783] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional, cit.*, p. 239.
[784] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional, cit.*, p. 244.
[785] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, 2012, p. 1011.
[786] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *cit.*, p. 1019.
[787] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *cit.*, p. 1023.

- En la interpretación extensiva la ley dijo menos de lo que quiso o pudo decir, mientras que cuando se recurre a la analogía es porque la ley no dijo expresa y directamente nada[788].

- Mientras en la interpretación extensiva hay una dilatación lógica de la norma, para ser ella misma, en su letra y no sólo en su espíritu, aplicada a un caso no previsto, pero similar por su inclusión en la materia o institución que regula, en la analogía, en cambio, se produce el salto lógico de una norma, que se extiende aplicándose a una materia o institución diversa, pero semejante, de la que está expresamente regulada[789].

Desde nuestro punto de vista, el recurso a la interpretación extensiva de las normas de la donación dispositiva constituye una técnica más depurada que la aplicación directa, y sin ninguna cortapisa, de las normas reguladoras de la donación dispositiva. Sin embargo, metodológicamente, no nos parece adecuada.

A lo largo de esta Tesis, hemos insistido en múltiples ocasiones en que la donación obligacional no está regulada en el CC, y que en consecuencia es un contrato atípico. Así las cosas, se trata de un contrato no regulado en el CC. Por ello, la laguna debe ser integrada recurriendo a la analogía, lo que presupone la identificación de la indispensable identidad de razón en cada aspecto del régimen jurídico de la donación obligacional (art. 4.2 CC).

CASTAÑOS CASTRO reconoció implícitamente la inadecuación del recurso a la interpretación extensiva, cuando hizo referencia a que diversos preceptos reguladores de la donación en el CC son de imposible aplicación directa cuando la donación es obligacional, citando expresamente al efecto el art. 635 CC[790]; y que otros preceptos requieren significativas puntualizaciones, a la vista de las diferencias entre ambos tipos de donación[791]. Ello evidencia que no se trata de que el Título II del Libro III del CC se 'olvidase' de regular a la donación obligacional, sino de que el legislador decidió regular exclusivamente una donación dispositiva o inmediatamente traslativa. Son negocios distintos, por más que compartan parcialmente la misma denominación de donación. Así las cosas, el recurso a la

[788] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *cit.*, p. 1033.
[789] CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *cit.*, p. 1033.
[790] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 244.
[791] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit*., p. 245.

interpretación extensiva de las normas reguladoras de la donación dispositiva no parece adecuada para determinar el régimen jurídico de la donación obligacional.

1.3 La aplicación analógica de la normativa de la donación dispositiva

Un tercer planteamiento para perfilar el régimen jurídico de la donación obligacional consistiría en aplicar analógicamente las reglas de la donación dispositiva contenidas en el CC. Tal fue el punto de vista de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, quien razonó al efecto lo siguiente:

> "La solución a ello pasa por considerar cuáles son los intereses que el legislador tuvo en cuenta a la hora de imponer un determinado régimen a las donaciones traslativas, y, una vez hecho eso, por considerar si esos mismos intereses juegan o no también en el caso de las donaciones obligacionales. Pues, sirviéndonos de este criterio como guía, tendremos entonces que, si en una determinada cuestión se aprecia coincidencia de intereses, cabrá aplicar a las donaciones obligacionales el mismo régimen que en el Código se establece para las donaciones traslativas. Pero no porque las normas que en él se establecen sean directamente aplicables también a aquellas, sino por analogía: habiendo identidad en cuanto a la razón determinante del establecimiento de una determinada norma, y no existiendo disposición expresa que se refiera directamente a la donación obligacional, será procedente aplicarle lo dispuesto en los dichos artículos, ya que estos son las normas más cercanas"[792].

Según nuestro punto de vista, este planteamiento es el más acertado. El régimen jurídico de la donación obligacional en el Derecho español debe ser determinado aplicando analógicamente las normas reguladoras de la donación dispositiva en el Título II del Libro III, siempre que se aprecie identidad de razón (art. 4.2 CC). Existen tres razones fundamentales que nos llevan a defender este planteamiento.

En primer lugar, no puede desconocerse la tendencia a aplicar por analogía las normas de la donación a los demás contratos gratuitos, una vez apreciada la *eadem ratio*[793]. Como punto de partida, parece lógico extender las cautelas y las precauciones de la donación dispositiva a los demás negocios gratuitos *inter vivos*, siempre que el fundamento de la regulación sea compartido.

[792] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 600.
[793] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit.*, p. 128.

En segundo lugar, en el Título II del Libro III del CC no existe ninguna mención, ni siquiera implícita, a la donación obligacional. Se trata de un contrato carente de regulación en el CC, sin perjuicio de los puntuales reconocimientos implícitos a la figura que realizan los arts. 1340, 1363 y 1807 CC. En consecuencia, técnicamente resulta acertada la aplicación analógica de las normas de la donación dispositiva (siempre, naturalmente, que se aprecie identidad de razón), y no recurrir a su interpretación extensiva. A fin de cuentas, la interpretación extensiva supone una intelección amplia de la norma, dando cobertura dentro de ella al máximo número de supuestos de hecho posibles, pero siempre dentro del marco trazado por su tenor literal, de modo que su desbordamiento comporta caer en la órbita de la analogía. Y esto es justamente lo que sucede con la donación obligacional, en la medida en que la regulación de la donación en el CC no encaja con un contrato obligacional, sino con un negocio dispositivo o inmediatamente traslativo. A lo anteriormente expuesto nos remitimos, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias.

En tercer lugar, la aplicación analógica de las normas de la donación dispositiva resulta congruente con nuestra caracterización de la donación obligacional como contrato atípico, al no estar regulada en el Título II del Libro III del CC. Y ello, por cuanto que una constante línea jurisprudencial viene señalando que los contratos atípicos se rigen por lo pactado por las partes, y en su defecto, analógicamente, por las normas de los contratos típicos más afines.

Así, la STS de 21 de diciembre de 1963[794] dijo que "aparte los contratos típicos definidos y regulados por ambos Códigos, existen los llamados contratos atípicos (así como también los mixtos), que en cuanto a su contenido principal y preponderante deben ser juzgados analógicamente por las normas de los contratos típicos más afines y por los principios generales de las obligaciones, acudiendo, además, en su caso, a la costumbre del lugar y a los principios generales del Derecho".

Aún más expresiva fue la STS de 7 de enero de 1981[795]: "como ya dijo esta Sala en S. de 18 noviembre de 1980, cuando una relación obligatoria contractual contiene suficientemente los requisitos que el ordenamiento jurídico civil exige para la validez y producción de efectos (art. 1261 C. Civ.), no hay necesidad de esforzarse en seguir los viejos cauces del método dogmático e intentar encajar, más o menos «a fortiori» el pacto o convenio

[794] STS de 21 de diciembre de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:1806, RJ 1963\5363; ponente Manuel Lojo Tato).
[795] STS de 7 de enero de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:54, RJ 1981\33; ponente Carlos de la Vega Benayas).

en cuestión en los tipos contractuales civiles perfilados en las Leyes, ya que (salvo que proceda la analogía ex art. 4.º C. Civ., como función integradora del Juez), sobre no aparecer en ningún lugar normativo esa exigencia asimiladora, bastará con que el intérprete y Juzgador se atenga a lo estipulado -si ello es lícito conforme al art. 1255 del C. Civ.-, y sancione «ex officio judex» sus naturales consecuencias en orden a la eficacia y efectos (art. 1258 del C. Civ.) de lo acordado libremente por obra de la autonomía de la voluntad, ya que lo que importa no es el «nomen iuris» sino la licitud, validez y eficacia del contrato -en conjunción con los intereses en juego- sea más o menos típico, atípico, simple o complejo, y siempre, naturalmente, que sus cláusulas contengan las suficientes especificaciones para su cumplimiento".

Por su parte, la STS de 9 de diciembre de 1988[796] afirmó que "el artículo 1255 del Código Civil proclama el principio de la autonomía de la voluntad, con sus límites naturales: legal, moral, orden público, y así dentro de estos límites pueden celebrarse contratos con la más diversa variedad, llegándose a los denominados atípicos, esto es no regulados específicamente en el Código Civil los que deben juzgarse por analogía de los tipos regulados más afines, lo que en cuanto a su interpretación y ejecución han de dar un amplio margen al arbitrio judicial".

Jurisprudencia más reciente ha continuado recurriendo a la aplicación analógica de las normas reguladoras de los contratos más afines para completar el régimen jurídico de los contratos atípicos[797]. Se trata de un principio igualmente asentado en el pensamiento de la doctrina desde bien antiguo[798].

---

[796] STS de 9 de diciembre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:8651, RJ 1988\9331; ponente Manuel González-Alegre Bernardo).

[797] STS de 27 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5497, RJ 2006\8631; ponente Encarnación Roca i Trias); STS de 23 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:177, RJ 2007\594; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS de 4 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5809, RJ 2008\5890; ponente Antonio Gullón Ballesteros); STS de 15 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6254, RJ 2010\8874; ponente Juan Antonio Xiol Ríos); STS de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5473, RJ 2013\7864; ponente Rafael Saraza Jimena); STS de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:508, RJ 2018\578; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).

[798] PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, Y ALGUER MICÓ, JOSÉ: *Derecho de obligaciones por Ludwig Enneccerus. Volumen segundo. Doctrina especial*, *cit*., p. 5: "Los contratos atípicos, o sea los no regulados en el CC ni en la ley, deben juzgarse por analogía de los tipos contractuales más afines, por los principios generales de las obligaciones y contratos y, en último extremo, por los principios generales del derecho, que dan un amplio margen al arbitrio judicial. Ahora bien, a estos criterios sólo debe recurrirse allí donde no alcance como pauta para la determinación del contenido del contrato la interpretación de la voluntad de las partes, ya que el contrato mismo es la primera ley para ellas"; JORDANO BAREA, JUAN B.: "Los contratos atípicos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 195, 1953, pp. 85-86; SANTOS BRIZ, JAIME: "Contratos fácticos y atípicos:

Así las cosas, la calificación de la donación obligacional como contrato atípico no constituye en absoluto una cuestión bizantina, como afirmó FERRANDIS VILELLA[799], ya que la dogmática no solo sirve para determinar el encuadramiento sistemático del contrato, sino también para perfilar su régimen jurídico.

2. Elementos personales

2.1 El donante

Al abordar los requisitos subjetivos del donante, procede determinar en primer lugar la capacidad para hacer donaciones obligacionales, distinguiendo entre personas físicas (mayores de edad, emancipados, menores de edad, personas con medidas de provisión de apoyo) y personas jurídicas[800]. También es necesario determinar si para hacer una donación obligacional es imprescindible que el donante tenga capacidad para disponer de la cosa donada.

2.1.1 Innecesaria capacidad de disposición

Para la donación dispositiva, el art. 624 CC dice que "podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes". El precepto exige un doble requisito: que el donante tenga capacidad para contratar y que, además, tenga capacidad de disposición sobre la cosa donada. La necesidad de que el donante pueda disponer tiene sentido en una donación dispositiva, pues el donante no solo celebra un negocio, sino que además transmite en el acto un derecho real sobre la cosa donada[801].

Sin embargo, en una donación obligacional, el donante no se despoja de presente, sino que se obliga a entregar en el futuro. En consecuencia, la capacidad de disposición solamente será relevante en el momento en que tenga lugar la entrega; pero no como requisito para la validez del contrato, sino exclusivamente para la transmisión del derecho real sobre la cosa donada. En consecuencia, al no existir identidad de razón, el art. 624 CC no resulta aplicable analógicamente a la donación obligacional[802].

---

el contrato como objeto de otro contrato", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 20, 1976, p. 300.

[799] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit*., p. 581.

[800] Nos limitaremos al examen de la capacidad de las personas jurídicas privadas, sin analizar la capacidad de las personas jurídicas de tipo público.

[801] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.5.

[802] En el mismo sentido, CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit*., pp. 70-71.

2.1.2 Capacidad para donar

a) Personas físicas

Como consecuencia de la improcedente aplicación analógica del art. 624 CC a las donaciones obligacionales, la capacidad para donar debe ser determinada acudiendo a las reglas generales de los contratos, ubicadas en el Libro IV del CC. En este ámbito, de los arts. 246, 1262 y 1263 *a contrario* CC se desprende que toda persona mayor de edad tiene capacidad para contratar. Por tanto, la regla general es que toda persona mayor de edad puede celebrar un contrato de donación obligacional[803].

En cuanto a los menores de edad no emancipados, no pueden celebrar un contrato de donación obligacional, dado que no tienen capacidad para contratar (art. 1263 CC). Ciertamente, dicha norma permite que los menores de edad no emancipados puedan celebrar por sí mismos, sin autorización de sus representantes, contratos "relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales"; pero nos parece evidente que tal excepción a la prohibición general no incluye la capacidad para donar, con independencia de que la donación sea dispositiva u obligacional. Ciertamente, los menores de edad no emancipados pueden regalar cosas conforme a los usos sociales, pero tales atribuciones gratuitas deben ser calificadas como liberalidades de uso, cuyo régimen jurídico no participa del de las donaciones[804].

Por lo que se refiere a los menores de edad emancipados, del art. 247 CC se desprende que la regla general es que pueden contratar, y, por tanto, celebrar donaciones obligacionales. No obstante, a tenor de ese mismo precepto, cuando el contrato tenga por objeto la donación

---

En contra, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, para quien "por pura lógica" es aplicable el art. 624 CC a la donación obligacional, "por cuanto hace a la capacidad del donante" (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., p. 599). Más adelante, incidió en la misma idea: "A la donación obligacional es aplicable también -pero por analogía: es importante para nosotros dejarlo claro- lo dispuesto en el artículo 624 del Código civil, aunque limitado al requisito de capacidad del donante -que tenga la necesaria para contratar: plena capacidad de obrar y estar en su sano juicio-, no al requisito de libre disposición de los bienes, que referido a una donación traslativa tiene razón de ser, pero no en el caso de una donación obligacional" (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit*., p. 602). Aunque coincidimos con este autor en que en una donación obligacional el donante solo necesita tener capacidad para contratar, y no para disponer, nos parece incorrecto apelar a la analogía, dado que el art. 624 CC exige un doble requisito (capacidad de contratación y capacidad de disposición), y no parece razonable 'desgajar' parte del precepto para poder ser extrapolado a un supuesto no previsto por la norma en cuestión. Entendemos que no existe identidad de razón, y que, en consecuencia, la capacidad del donante en una donación obligacional debe ser determinada sin recurrir a la analogía de un precepto cuya *ratio* es bien distinta.

[803] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit*., pp. 71-72.

[804] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.8.

de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor, no podrán celebrar el contrato sin el consentimiento de sus progenitores, y a falta de ambos, sin el consentimiento del defensor judicial. Por otro lado, si el menor de edad emancipado está casado, y la donación obligacional tuviese por objeto bienes comunes, bastará el consentimiento de ambos cónyuges, si el otro es mayor de edad; y si también fuese menor de edad, se precisará además el consentimiento de los progenitores o del defensor judicial de uno y de otro (art. 248 CC). Estas mismas reglas son aplicables para el menor que hubiese obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad (art. 247.III CC).

Si se tratase de la donación de bienes que el mayor de dieciséis años hubiese adquirido con su trabajo o industria, el menor deberá contar con el consentimiento de los progenitores, dado que una donación, tanto si es dispositiva como si es obligacional, constituye un acto que excede de la administración ordinaria (art. 164.3 CC).

Si se han acordado medidas judiciales de provisión de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, y la curatela es meramente asistencial, habrá que determinar, a la vista del contenido de la resolución judicial, si la persona necesitada de apoyo debe contar con la asistencia del curador para poder realizar una donación, ya sea dispositiva u obligacional (art. 269.II CC).

Por otra parte, el art. 287.3º CC dispone que el curador que ejerza funciones de representación de la persona que necesita el apoyo necesita autorización judicial, en todo caso, para disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona provista de medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Tal exigencia resulta plenamente aplicable a una donación obligacional, ya que comporta una enajenación diferida de bienes a título gratuito.

La capacidad del donante debe ser determinada en el momento de perfección de la donación[805]. Así lo señaló la STS de 21 de diciembre de 1982[806], que rechazó la nulidad de

[805] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., pp. 119-120; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., p. 105.

[806] STS de 21 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7703; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial –CENDOJ-): "Los supuestos en que se basó la declaración de incapacidad para la primera de las referidas donaciones -es decir, la de 1960- son distintos de los concurrentes en este caso, ya que allí quedó acreditada fehacientemente, mientras que la segunda, efectuada un año antes, la hizo la pretendida incapaz, junto con su esposo con el que aquélla coadyuvó por tratarse de un bien común, dando el Notario otorgante, fe de su capacidad, que fue aseverada con rotundidad por tres Doctores en Medicina que la examinaron, añadiendo que en el instante de hacerlo, a pesar de su enfermedad crónica, pudo tener la lucidez suficiente que le permitiera dar su aquiescencia y conformidad a lo

una donación con el argumento de que la donante, a pesar de sufrir ciertas patologías, estaba lúcida en el momento de prestar el consentimiento. En todo caso, la capacidad debe concurrir durante todo el período de perfeccionamiento de la donación: desde el momento en que se hace la oferta de donación y hasta el momento en que el donatario acepta[807].

No obstante, dado que en la donación obligacional la perfección del contrato y su cumplimiento nunca pueden coincidir temporalmente, puede producirse una situación inédita en la donación dispositiva: que tras la celebración del contrato, el donante incurra de manera sobrevenida en una situación de discapacidad. Sin embargo, esa eventualidad no afecta a la validez del contrato de donación obligacional[808]. La obligación de entrega, válidamente asumida, deberá ser cumplida por el donante, a pesar de la discapacidad sobrevenida: bien en conjunción de las personas que le provean apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, caso de existir curatela asistencial, o exclusivamente por la persona que represente legalmente al donante, caso de existir curatela representativa.

b) Personas jurídicas

El art. 38 CC permite que las personas jurídicas contraigan obligaciones, por lo que en principio pueden realizar donaciones obligacionales. No parece que pueda plantear problemas la donación hecha por una persona jurídica que no tenga ánimo de lucro. El art. 21.1 LF contiene una previsión específica, ya que permite expresamente que las fundaciones enajenen a título gratuito bienes que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, siempre que lo autorice previamente el Protectorado, que deberá apreciar la existencia de justa causa debidamente acreditada.

La problemática relacionada con las donaciones de personas jurídicas es especialmente relevante en las sociedades, cuya finalidad está claramente orientada a la obtención de beneficios. El art. 1665 CC dice que "la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias". El art. 116 CCom, por su parte, dice que mediante el contrato de compañía "dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro". Por esta razón, la doctrina se mostró contraria a que las sociedades

escriturado, lo que permitió al Juzgador hacer la declaración de «no haberse probado la incapacidad pretendida», que tendría que haberse dado de forma clara y terminante".

[807] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 105-106; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit*., p. 583.

[808] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit*., p. 71-72.

pudiesen hacer donaciones. SIMÓ SANTONJA manifestó que "los conceptos de actividad económica y lucro son incompatibles con la liberalidad esencial de la donación. Lucro significa ventaja, utilidad; liberalidad quiere decir altruismo, interés"[809]. Sin embargo, la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado dio el visto bueno a que las sociedades de capital puedan hacer donaciones, aunque con ciertas limitaciones.

Así, la RDGRN de 2 de febrero de 1966[810] admitió la validez de la donación de una casa realizada por una sociedad anónima a un empleado "como recompensa extraordinaria a sus ejemplares servicios". Tras reconocer que en una compañía mercantil el fin social será siempre, ineludiblemente, la obtención de un beneficio lucrativo, aludió a los "actos aislados", dentro de los cuales incluyó ciertos actos gratuitos que consideró admisibles:

> "No hay obstáculo que impida puedan ser otorgados determinados actos aislados con carácter de liberalidad, bien porque -como sucede con los regalos propagandísticos- beneficien indirectamente a la Sociedad, y podrán entrar dentro del concepto de gasto ordinario o extraordinario de la Empresa social (…), bien porque se hagan con cargo a beneficios o reservas libres o porque se pretenda remunerar en cuantía no exorbitante ciertos servicios prestados por un antiguo empleado no exigibles legalmente -contemplados en el art. 619 del CC- y que parecen ser los que motivaron la donación cuya inscribibilidad se examina, bien porque en casos excepcionales y aun para cuestaciones o contribuciones regulares y por razones impuestas por un comportamiento de solidaridad social u otras igualmente atendibles deba admitirse, incluso en esferas alejadas de la Empresa, la donación pura y simple, como ya ha reconocido la jurisprudencia de algún país europeo".

Posteriormente, la RDGRN de 22 de noviembre de 1991[811] asumió la misma doctrina, señalando que "ciertamente, en la configuración legal del tipo social de la anónima, se reflejan como elementos caracterizadores de la misma el ánimo de obtener una ganancia común y partible mediante el desenvolvimiento de la actividad societaria y su posterior reparto entre los socios que la integran (vid. arts. 1665 del Código Civil, 116 del Código de Comercio, 48.a) y 213 de la Ley de Sociedades Anónimas). Ahora bien, estas notas definidoras no contradicen la posibilidad de que la Sociedad Anónima -Entidad dotada de capacidad general para realizar cualquier acto de la vida compatible con su específica

[809] SIMÓ SANTONJA, VICENTE LUIS: "Contrato de donación y persona jurídica", *Revista de Derecho Privado*, núm. 47, 1963, p. 986.
[810] RDGRN de 2 de febrero de 1966 (RJ 1966\1398).
[811] RDGRN de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8637).

naturaleza (vid. art. 7 de la Ley de Sociedades Anónimas)- cumpliendo deberes no exigibles de solidaridad social, contribuya gratuita y voluntariamente, como cualquier persona física, a la satisfacción de fines de interés general, mediante aportaciones que por su moderación y marginalidad no comprometan la preponderancia de aquel sustancial objetivo lucrativo".

Más recientemente, la RDGRN de 20 de enero de 2015[812] revocó la negativa a la inscripción de una donación de tres fincas hecha por una sociedad. Comenzó señalando que "aun cuando se trate de sociedades con objeto claramente lucrativo (como acontece es en este caso con una sociedad cuyo objeto social consistente en la construcción y explotación de inmuebles) debe partirse, por una parte, de la capacidad general de la sociedad como sujeto de derecho para realizar actos jurídicos, según resulta de los artículos 38 del Código Civil y 116, párrafo segundo, del Código de Comercio, salvo aquellos que por su propia naturaleza o por hallarse en contradicción con las disposiciones legales no pueda ejecutar". Tras reproducir la doctrina contenida en las mencionadas RDGRN de 2 de febrero de 1996 y RDGRN de 22 de noviembre de 1991, afirmó que la realización de actos de liberalidad que no comprometan la preponderancia del sustancial objeto lucrativo cuenta con reconocimiento en la legislación fiscal. Finalmente, dijo que "en el presente caso no puede afirmarse que de la escritura calificada y de los asientos registrales resulte de modo patente que la donación cuestionada contradiga el objeto de la sociedad donante. En efecto, por las circunstancias concretas de dicha transmisión (relación cuantitativa entre el valor de los bienes donados y el patrimonio social, exigencias de rentabilización alternativa de recursos de la sociedad habida cuenta de la situación de persistente deflación de precios en el mercado inmobiliario, de modo que los gastos de mantenimiento puedan volverse desproporcionados, cuando no directamente superiores, en comparación con su propio precio de mercado o la utilidad que están en condiciones de procurar, etc.) no puede descartarse que, aun tratándose de un acto de disposición a título gratuito, sea compatible con la consecución última del objeto social".

Por tanto, a la vista de la doctrina constante y reiterada de la actualmente denominada Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, las personas jurídicas, incluidas las sociedades mercantiles, pueden realizar donaciones, también de carácter obligacional, con los condicionantes y limitaciones que han quedado expuestos.

[812] RDGRN de 20 de enero de 2015 (JUR 2015\59988).

2.2 El donatario

El régimen jurídico de los requisitos subjetivos del donatario obliga a determinar la capacidad para hacer donaciones obligacionales, distinguiendo entre las personas físicas y las personas jurídicas. Igualmente, resulta necesario mencionar las prohibiciones legales para ser donatario.

2.2.1 Capacidad para aceptar donaciones

a) Personas físicas

Para determinar la capacidad necesaria para aceptar donaciones, hay que atender a lo dispuesto en los arts. 625 y 626 CC. Aunque ambos preceptos forman parte de la regulación de la donación dispositiva, resultan perfectamente aplicables a la donación obligacional, en la medida en que la *ratio* es la misma: la donación, ya sea dispositiva u obligacional, constituye un beneficio para el donatario, por lo que en principio cualquier persona puede aceptar una liberalidad hecha a su favor.

El art. 625 CC dice que "podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello", mientras que el art. 626 CC dispone que "las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes". De ambas normas, interpretadas conjuntamente, se desprende que la capacidad para aceptar donaciones es muy amplia, puesto que se permite que acepten donaciones las personas que no pueden contratar[813]. Lo único que se exige es el que el donatario tenga capacidad natural de entender y de querer[814]; "una mínima capacidad psicofísica por parte del sujeto que acepta"[815]; o lo que es lo mismo, un suficiente grado de discernimiento para entender qué supone la aceptación de la donación. Como es lógico, habrá que estar al caso concreto, analizando las

[813] La STS de 6 de julio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:493, RJ 1985\4132; ponente Rafael Casares Córdoba), tras citar el art. 625 CC, fundamentó la amplia capacidad para aceptar donaciones en el "principio general que en el precepto se contiene, el cual ha de entenderse, como acertadamente la sentencia impugnada hace notar, con generosidad tendente a facilitar la aceptación de donaciones singularmente en la hipótesis de las puras y simples en las que aparece acentuada la naturaleza lucrativa del contrato".

[814] Con absoluta corrección, la SAP de Murcia (Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APMU:2020:1693, JUR 2020\317800; ponente Cayetano Ramón Blasco Ramón) confirma la validez de una donación aceptada por una mujer con síndrome de Down, que fue incapacitada con posteridad a la aceptación, debido a que la donataria "era capaz de percatarse de que estaba recibiendo un bien por donación (…) la discapacidad de la misma no le priva de aptitud para realizar determinadas actividades sencillas de la vida cotidiana (…) gozaba de capacidad natural para comprender que iba a recibir en donación un bien".

[815] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit*., p. 607.

circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes (la edad del donatario, su inteligencia y madurez, el objeto donado, y las circunstancias que rodean a la donación[816]).

Por tanto, pueden aceptar donaciones no solo los mayores de edad, sino también los menores de edad, a pesar de no tener capacidad para contratar, ya que el art. 626 CC constituye una regla especial que prevalece sobre el art. 1263 CC[817].

Esta amplísima capacidad que la ley reconoce al menor de edad no emancipado para aceptar donaciones tiene importantes implicaciones. El menor de edad puede comparecer por sí mismo ante Notario (art. 633 CC), sin necesidad de la presencia ni de intervención de sus representantes legales[818]. La RDGRN de 3 de marzo de 1989[819], con una extensa argumentación, justificó que dos menores de edad, que contaban con dieciséis y diecisiete años, podían aceptar por sí mismos una donación. Obviamente, el Notario deberá examinar

[816] La SAP de León (Sección 2ª) de 30 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APLE:2018:717, JUR 2018\205978; ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez) dijo que en una donación simple aceptada por un menor de edad es suficiente "con la llamada capacidad de entender y querer, de la que disfruta cualquiera que tenga uso de razón, sin que sea necesario haber alcanzado, no la mayoría de edad, sino ni siquiera una cierta edad mínima, pues basta que teniendo la que sea, el sujeto disfrute de madurez suficiente para percatarse de lo que está haciendo".

[817] La STS de 10 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:7927, RJ 1987\9285; ponente Rafael Pérez Gimeno) señaló al respecto: "Debe rechazarse el segundo motivo que con apoyo en el ordinal 5.º denuncia la infracción de los arts. 618 que define la donación, 623 que remite su perfección al conocimiento de la aceptación por el donante, 621 que establece la aplicación de las disposiciones generales de los contratos y obligaciones en lo no previsto en su regulación específica y 625 y 626 sobre capacidad para hacer donaciones en relación con los arts. 1254, 1258 y 1282, todos ellos del Código Civil, pues como se ha dicho, la normativa específica de la donación es de aplicación preferente a la genérica citada en el motivo".
En el mismo sentido se pronunció la RDGRN de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989\2380): "Respecto a la aceptación de donaciones sostiene el Registrador que, dada la naturaleza contractual de ésta y la remisión del artículo 621 del Código Civil, es aplicable el artículo 1263.1.º del Código Civil, que impedirá aceptar por sí solos a los menores no emancipados incluso cuando la donación sea simple. Ahora bien, esta posición, sobre hacer inútil el artículo 626 del Código Civil, no concuerda con el tenor literal y los datos lógicos y sistemáticos en la interpretación del artículo 625 del Código Civil; si con este precepto quiso señalarse que no pueden aceptar donaciones quienes no pueden prestar su consentimiento en los contratos se hubiera formulado directamente, al modo en que lo hace el artículo 624 del Código Civil, o se hubiera omitido por resultar su contenido del artículo 621 del Código Civil". *Vide* asimismo la RDGRN de 12 de diciembre de 2016 (RJ 2016\6627).

[818] La SAP Madrid (Sección 21ª) de 21 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:16695, AC 2014\2065; ponente Ramón Belo González) afirmó que "al donatario le cabe aceptar por sí solo, sin necesidad, no ya de que intervenga por él su representante legal, sino ni siquiera de que le sea completada su capacidad (que no es incompleta para el caso) mediante el consentimiento de sus padres".

[819] RDGRN de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989\2380): "En torno a la situación jurídica del menor de edad en nuestro Ordenamiento, debe tenerse en cuenta que no existe una norma que, de modo expreso, declare su incapacidad para actuar válidamente en el orden civil, norma respecto de la cual habrían de considerarse como excepcionales todas las hipótesis en que se autorizase a aquél para obrar por sí. (…) No es la extensión de la representación legal, como instrumento supletorio de la falta de capacidad, la que delimita el ámbito de ésta, sino a la inversa. (…) Todo ello, unido al propio tenor literal del artículo 625 del Código Civil y a la interpretación a contrario del 626 del Código Civil, permite entender el precepto en el sentido de proclamar como regla general la aptitud de toda persona que tenga capacidad natural de entender y querer, para aceptar donaciones salvo específica declaración legal en contra, como por ejemplo la recogida en el artículo 626 del Código Civil, y es indudable que en el menor, mayor de dieciséis años, se presupone legalmente aquel grado de discernimiento (…) salvo enfermedad física o psíquica que ni se presume ni puede operar automáticamente".

la capacidad del compareciente, y asegurarse de que posee un grado de capacidad suficiente para entender lo que comporta la aceptación de la donación y las consecuencias que conlleva. Ello dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, sin que la edad del donatario menor de edad, aisladamente considerada, sea indicativa de que tenga o no capacidad natural para aceptar una donación[820].

Sin embargo, como excepción, los menores de edad no emancipados solo podrán aceptar donaciones "condicionales u onerosas" con la intervención de sus legítimos representantes. Un sector minoritario de la doctrina ha entendido que cuando el art. 626 CC alude a las donaciones "condicionales u onerosas", se refiere a toda donación que no sea pura y simple[821]. Esta interpretación amplia incluiría a las donaciones remuneratorias, a las donaciones sometidas a condición, e incluso a las donaciones con reserva de la facultad de disponer. No obstante, la práctica totalidad de la doctrina[822] entiende que cuando el CC alude a "donaciones condicionales u onerosas" no se está refiriendo a una condición en sentido técnico-jurídico, dado que cualquier condición (sea potestativa, suspensiva o resolutoria) no comporta ningún gravamen para el donatario. En el mismo sentido, con algunos matices, se pronunció la RDGRN de 12 de diciembre de 2016[823]. En consecuencia, el art. 626 CC debe

[820] Según CANTERO NÚÑEZ, "la concreta aplicabilidad de lo que los artículos 625 y 626 permiten y en relación con el artículo 633, depende del grado de madurez del menor, que el notario habrá de apreciar" (CANTERO NÚÑEZ, FEDERICO JOSÉ: "Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones", *Revista de Derecho Notarial*, núm. 140, 1988, p. 325).

[821] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit*., p. 188.

[822] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit*., pp. 151-153; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., pp. 126; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit*., pp. 4802-4803.

[823] RDGRN de 12 de diciembre de 2016 (RJ 2016\6627): "Es opinión general en la doctrina la de que el Código no emplea aquí el término «condición» en su sentido técnico, sino como equivalente a gravamen impuesto al donatario, de modo similar a como se utiliza en el artículo 647 del Código Civil, al regular la revocación de la donación modal. Resultaría así que la norma en cuestión (artículo 626 del Código Civil) estaría contemplando la donación modal o con causa onerosa, sin que sea necesario determinar ahora si ambas clases de donación son la misma o presentan algún matiz diferenciador. Según señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1999, la donación modal es aquella «en que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesoria de la voluntad del donante». El beneficiario de la donación modal, como aclara la sentencia citada, es un verdadero obligado, pudiendo, ante su incumplimiento, acudirse tanto al remedio de la revocación de la donación (artículo 647) como a la exigencia de cumplimiento de la obligación impuesta, directo o por equivalencia. Es esta condición de verdadero obligado lo que da su carácter de onerosidad parcial (artículo 622 del Código Civil) y justificaría el régimen especial de aceptación del artículo 626 del Código Civil. Pero sentado que la donación modal, aquella de la que el beneficiario resulta un verdadero obligado, es el ámbito propio del artículo 626 del Código Civil, quizás no sería adecuado considerar que cualquier gravamen impuesto por el donante sobre lo donado, siempre que no implique una verdadera obligación para el donatario, queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 626 del Código Civil. Procede una interpretación finalista de la norma, orientada a la protección del interés del donatario menor, aunque sin olvidar las modernas tendencias favorables a reconocer la capacidad general de obrar del menor, y que han encontrado plasmación en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del

interpretarse en el sentido de que resulta necesaria la intervención de los representantes legales de los menores de edad no emancipados para aceptar las donaciones modales o con carga, pues son las únicas que comportan la asunción de un deber jurídico para el donatario.

Doctrinalmente, está bastante extendida la opinión de que los padres pueden decidir por sí mismos la aceptación de la donación, incluso en contra de la voluntad del donatario menor de edad[824]. Este planteamiento suele fundarse en que se presupone mayor madurez a los titulares de la patria potestad, a la sazón representantes legales del menor. También se ha aludido al interés superior del menor[825]. Con muy contadas excepciones[826], los Tribunales también admiten que los progenitores acepten la donación en nombre de sus hijos, sin analizar la capacidad natural o la madurez del donatario en el caso concreto[827]. En todo caso, si el menor donatario con suficiente capacidad natural de entender y de querer decidió rechazar la donación, y a pesar de ello sus representantes legales la aceptaron en su nombre, parece lógico que pueda impugnar su validez, con fundamento en el art. 1259 CC[828].

Menor, conforme al cual las normas limitativas de la capacidad de los menores deben ser interpretadas restrictivamente. Por ello, habrá que estar a la naturaleza del gravamen impuesto sobre el bien donado y a los potenciales perjuicios que del mismo se puedan derivar para el donatario menor. Por ejemplo, si el gravamen consiste en una relación jurídica real de la que puedan derivarse futuros créditos o deudas entre las partes, como si se reservara el donante al donar un derecho de usufructo, cabría dudar de que no fuera necesaria la intervención de los representantes legales del menor para valorar la conveniencia de aceptar la donación sujeta a tal carga".

[824] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit*., pp. 133-134; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit*., p. 125.

[825] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit*., pp. 608-610.

[826] La SAP de Huelva (Sección 2ª) de 25 de abril de 2002 (ECLI:ES:APH:2002:443, JUR 2002\167837; ponente Andrés Bodega de Val) dio por buena la aceptación realizada por los padres haciendo hincapié en que los menores donatarios tenían una muy corta edad y por tanto no tenían capacidad natural para aceptar una donación.

[827] STS de 5 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:343, RJ 1956\3430; ponente Joaquín Domínguez de Molina); SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 25 de julio de 2007 (ECLI:ES:APTF:2007:1657, AC 2007\1979; ponente Pilar Aragón Ramírez); SAP de València (Sección 11ª) de 30 de enero de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:416, JUR 2017\112318; ponente José Alfonso Arolas Romero); SAP de Lleida (Sección 2ª) de 8 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APL:2018:98, JUR 2018\91677; ponente Alberto Guilaña Foix); SAP de León (Sección 2ª) de 30 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APLE:2018:717, JUR 2018\205978; ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez).

La tendencia a dar por válidas las donaciones realizadas a los hijos sin tomar en consideración la capacidad de los donatarios es especialmente destacable en las atribuciones gratuitas de bienes pactadas en los convenios reguladores que se suscriben en el marco de las crisis matrimoniales: SAP de València (Sección 10ª) de 29 de octubre de 2008 (ECLI:ES:APV:2008:4620, JUR 2009\63967; ponente María Amparo Ivars Marín); STS de 18 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3175; RJ 2014\4540; ponente José Antonio Seijas Quintana); SAP de Málaga (Sección 6ª) de 12 de julio de 2018 (ECLI:ES:APMA:2018:2472; JUR 2019\167314; ponente Nuria Auxiliadora Orellana Cano). *Vide* nuestra crítica a este planteamiento en CARDÓS ELENA, JOSÉ MARÍA: "Atribuciones gratuitas de bienes en el marco de las separaciones matrimoniales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis, 2022, pp. 1559-1565.

[828] CANTERO NÚÑEZ, FEDERICO JOSÉ: "Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones", *cit*., p. 327.

En el hipotético supuesto de que el donatario menor de edad no tenga capacidad natural de entender ni de querer, resulta problemático que los padres puedan rechazar la donación. Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, el art. 166 CC decía que "los padres deberán recabar autorización judicial para repudiar la herencia o legado deferidos al hijo o las donaciones que le fuesen ofrecidas. Si el Juez denegase la autorización, se entenderá automáticamente aceptado el legado, herencia o donación". Sin embargo, actualmente el art. 166 CC nada dice en relación con las donaciones. Desde nuestro punto de vista, la autorización judicial para rechazar donaciones continúa siendo necesaria, ya que los arts. 224 y 287.5º CC exigen autorización judicial para que los tutores y los curadores puedan "repudiar liberalidades", y si los progenitores pudiesen rechazar donaciones sin el visto bueno de la autoridad judicial, se establecería un diferente régimen jurídico en función de quién ostente la representación legal del menor, lo cual sería un sinsentido.

Finalmente, de los arts. 29 y 627 CC se desprende que el concebido no nacido o *nasciturus* puede ser donatario, si bien la efectividad de tales donaciones está supeditada a que lleguen a adquirir personalidad civil de conformidad con lo dispuesto en el art. 30 CC. Tales donaciones pueden ser aceptadas por los progenitores del concebido no nacido (art. 627 CC).

b) Personas jurídicas

Por lo que se refiere a la aceptación de donaciones por parte de las personas jurídicas, la decisión corresponderá a las personas que legalmente las representen, de acuerdo con las normas reguladoras de la persona jurídica en cuestión.

En el caso de las fundaciones, del art. 22 LF se desprende que la decisión de aceptar donaciones corresponde al Patronato de la fundación.

2.2.2 Prohibiciones para ser donatario

Cuestión distinta a la capacidad para aceptar donaciones es la inhabilidad para recibir donaciones. Se trata de supuestos excepcionales, en los cuales el donatario sí tiene personalidad jurídica, y, por tanto, reúne la aptitud necesaria para ser donatario. Sin embargo, por circunstancias muy específicas, el legislador prohíbe que puedan adquirir un derecho real por medio de una donación. Ambas prohibiciones son igualmente aplicables analógicamente a la donación obligacional.

Actualmente solo existen dos prohibiciones para poder ser donatario:

- La primera consta en el art. 251.1º CC, que prohíbe a la persona que desempeñe alguna medida de apoyo "recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor". Con ello, se pretenden prevenir abusos y fraudes en perjuicio del patrimonio de la persona que precisa la provisión de apoyo.

- La segunda prohibición consta en la normativa notarial, y tiene por objeto evitar que el Notario pueda aprovecharse de su condición, sugestionando a los comparecientes en beneficio propio o de las personas allegadas. El art. 22 LN dice que "ningún Notario podrá autorizar contratos que contengan disposición en su favor, o en que alguno de los otorgantes sea pariente suyo dentro del cuarto grado civil o segundo de afinidad". El art. 27.1.º LN añade que serán nulos los instrumentos públicos "que contengan alguna disposición a favor del Notario que los autorice". Y el art. 28 LN señala que "no producirán efecto las disposiciones a favor de parientes, dentro del grado anteriormente prohibido, del que autorizó el instrumento en que se hicieron". El art. 139.III RN completa la regulación especificando que el Notario no podrá "autorizar actos jurídicos de ninguna clase que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o persona con análoga relación de afectividad o parientes de los grados mencionados, aun cuando tales parientes o el propio Notario intervengan en el concepto de representantes legales o voluntarios de un tercero".

  Evidentemente, esta normativa no impide que un Notario y que los familiares de un Notario que estén dentro del cuarto grado de consanguinidad o del segundo de afinidad puedan ostentar la condición de donatarios; simplemente dispone que no pueden ser donatarios cuando sea el propio Notario quien intervenga en la escritura de donación actuando en su condición de fedatario público.

Como cláusula de cierre a las prohibiciones para recibir por donación, el art. 628 CC dice que "las donaciones hechas a personas inhábiles son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta". Se trata de un supuesto de nulidad absoluta, ya que de conformidad con lo dispuesto en el art. 6.3 CC son nulos de pleno derecho los actos contrarios a las normas prohibitivas.

3. Elementos objetivos

3.1 El objeto de la donación

Cuando se alude al objeto de la donación se está haciendo referencia a los bienes que pueden ser transmitidos a través de dicho negocio.

A efectos metodológicos, analizaremos en primer lugar los bienes que pueden constituir el objeto de una donación dispositiva, que es regulada en el CC. A continuación, determinaremos si el objeto de la donación obligacional debe o no ajustarse a los mismos parámetros. Finalmente, nos plantearemos si las limitaciones cuantitativas que la ley impone a las donaciones dispositivas tienen sentido en las donaciones obligacionales.

3.2 Bienes transmisibles a través de la donación dispositiva

El CC señala de manera muy imprecisa cuáles son los bienes que pueden ser objeto de los contratos traslativos del dominio, ya sean onerosos o gratuitos. Así, el art. 1445 CC habla de venta de cosas; el art. 1538 CC alude a la permuta de cosas; y el art. 1740 CC se refiere al comodato de cosas no fungibles, así como al simple préstamo de dinero o de cosas no fungibles. El art. 618 CC utiliza la misma terminología, pues afirma que mediante la donación "una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra".

La expresión "cosa" abarca cualquier bien que sea susceptible de valoración económica. Por tanto, en principio, es posible transferir a través de donación toda clase de bienes y derechos: muebles e inmuebles, reales y de crédito, consumibles y no consumibles. En esta línea, LALAGUNA DOMÍNGUEZ señaló que "al aludir al objeto posible de la donación, el Código utiliza la expresión «cosas» (artículos 618, 634, 638) que es un término que tiene una significación amplísima, en el que se pueden considerar incluidos tanto bienes determinados como derechos reales o derechos de crédito"[829].

No obstante, las palabras de LALAGUNA DOMÍNGUEZ introducen un importante matiz: en toda donación dispositiva, los bienes que se pretendan donar deben de estar determinados. Este requisito es consecuencia del carácter dispositivo de la donación regulada en el Título II del libro III del CC: si la perfección del negocio transmite el derecho real, no es posible

[829] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *cit.*, p. 400.

que ello suceda cuando los bienes determinables o genéricos. Por esta razón, la donación de tales bienes debe tener necesariamente carácter obligacional, como veremos posteriormente[830]. No hay ningún precepto del CC que así lo establezca expresamente, pero ello se deduce no solo del carácter dispositivo del negocio, sino también del art. 633 CC, que dice que en la escritura de donación de bienes inmuebles, hay que expresar en ella "individualmente los bienes donados"[831]. De hecho, la STS de 23 de diciembre de 1995[832] entendió que la expresión individual de los bienes donados es igualmente exigible en las donaciones de bienes muebles, a pesar de que no lo indique expresamente el art. 632 CC:

> "Es de entender aplicable a esta clase de donación [de bienes muebles] el párrafo 1º del art. 633, en cuanto exige la descripción de los bienes donados, como elemento determinador de aquello que se dona, pues en otro caso no valdría la donación por indeterminación del objeto, y esto aunque no existiera el citado párrafo del art. 633".

En cambio, el CC sí que establece otra limitación expresa en relación con los bienes que pueden ser donados a través de una donación dispositiva. El art. 634 CC dice que "la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos", mientras que el art. 635 CC dice que "la donación no podrá comprender los bienes futuros", añadiendo que "por bienes futuros se entenderán aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación". Aunque la expresión "bienes futuros" no es técnicamente acertada (pues tales bienes son los que todavía no existen en el momento de perfección de la donación), el espíritu de la norma es muy claro: no resulta posible una donación de bienes sobre los que el donante no tenga poder de disposición. Así pues, la interpretación de los arts. 634 y 635 CC no puede hacerse de espaldas al art. 624 CC, que dice que "podrán hacer donación todos los que puedan contratar y disponer de sus bienes".

En un apartado precedente, justificamos que los arts. 624, 634 y 635 CC constituyen sólidos argumentos favorables a la consideración de la donación regulada en el CC como un negocio dispositivo, que transmite de manera concomitante con la perfección negocial, sin necesidad de entrega o tradición. Allí expusimos que parte de la doctrina ha realizado una interpretación alternativa, que permitiría entender que los bienes ajenos podrían ser objeto

---

[830] *Vide infra*, Capítulo Quinto, apartado 3.4.
[831] GARCÍA DE ALBIZU GÁRATE, NATALIA: "Problemática en torno al objeto de la donación", *Derecho y Opinión*, núm. 2, 1994, p. 56.
[832] STS de 23 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6648, RJ 1995\9396; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade).

de transmisión a través de una donación dispositiva. Sin embargo, según nuestro parecer tal punto de vista no es correcto. A lo anteriormente expuesto nos remitimos, con la finalidad de evitar reiteraciones innecesarias[833].

Siendo coherentes con el carácter dispositivo o inmediatamente traslativo de la donación regulada en el CC, hay una serie de bienes no pueden ser transmitidos a través de esta clase de donación. Son los siguientes:

- Bienes indeterminados o genéricos, no especificados ni individualizados.

  No podrá donarse una cantidad de dinero, a no ser que se haya concretado su existencia y su origen (por ejemplo, los fondos de una determinada cuenta bancaria en la que exista saldo suficiente para cubrir el importe de la donación). Tampoco podrán donarse cien kilogramos de mandarinas de una concreta variedad, a no ser que se especifique dónde se ubican.

- Bienes futuros, entendiendo por tales aquellos que todavía no existen, con independencia de que se esperen o de que se tenga la esperanza de que puedan llegar a existir.

  Así pues, no podrán ser donadas las crías de un animal, aunque la madre esté encinta; ni la futura cosecha de una explotación agrícola; ni cualquier otro objeto que no tenga existencia definida en el momento de perfeccionarse la donación.

- Bienes ajenos, entendiendo por tales aquellos que pertenecen a otra persona.

  La titularidad debe valorarse en el momento de perfección de la donación. No será posible realizar la donación de bienes ajenos, aunque el donante esté en proceso de adquirir el dominio (por ejemplo, si el donante está en posesión de un bien que desea donar, a pesar de haber pagado casi todo el precio de compra, porque sobre dicho bien pesa una reserva de dominio a favor del vendedor, que continúa siendo su propietario).

- Bienes sujetos a una prohibición de disponer.

  Resulta indiferente que la prohibición de disponer tenga origen legal o convencional.

- Bienes que pertenezcan en su integridad a dos o más personas.

[833] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.5.

Tal sería el caso de bienes que formen parte de una comunidad de tipo germánico, como los bienes gananciales[834]. Evidentemente, la nulidad no afectaría a la donación dispositiva de una cuota propia en el ámbito de una comunidad de bienes de tipo romano, pues en tal caso no existiría donación de cosa ajena.

Cuando una donación dispositiva tenga por objeto cualquiera de estos bienes, la consecuencia será la nulidad del negocio, en virtud del principio *nemo dat quod non habet*. Así lo ha señalado la jurisprudencia en diversas ocasiones.

La STS de 11 de febrero de 1994[835] confirmó la nulidad de una donación de cosa ajena, apelando al carácter imperativo de los arts. 634 y 635 CC:

> "La sentencia del Juzgado resulta correcta y ha de mantenerse, pues con acertado criterio legal decretó la nulidad de la donación denunciada de don Agustín P. L. a su hijo don Eduardo P. B. (escritura pública de 15 de enero de 1980), que facilitó la venta de éste a los otros codemandados (escritura de 22 de mayo de 1985), partiendo del presupuesto constituido por el hecho, suficientemente probado, de que la titular de la finca urbana, doña Carmen B. R. ninguna clase de cesión dominical efectuó por actos intervivos ni por vía sucesoria de la misma al referido donante, por lo que éste vino a hacer una disposición a título de dueño de cosa ajena, infringiendo frontalmente los artículos 634 y 635, en relación al 6.3 del Código Civil".

La STS de 24 de julio de 1998[836] se pronunció en el mismo sentido:

---

[834] En el hipotético supuesto de que un cónyuge transmita gratuitamente un bien ganancial de manera unilateral, sin la intervención del otro cónyuge, la consecuencia es la nulidad radical e insubsanable. Así se desprende del art. 1378 CC, a tenor del cual "serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges". La nulidad también se desprende del art. 1322.II CC, que dice que "serán nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge".
La jurisprudencia ha afirmado de manera reiterada que la donación de un bien ganancial por uno solo de los cónyuges supone un acto nulo de pleno derecho. La STS de 26 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3489, RJ 2000\3230; ponente Francisco Marín Castán) dijo que "el párrafo segundo del art. 1322 y el art. 1378 CC consideran nulos los actos de disposición de bienes gananciales a título gratuito por un cónyuge sin consentimiento del otro, siendo el criterio jurisprudencial de la anulabilidad o nulidad relativa aplicable únicamente a los actos de disposición a título oneroso, de suerte que, en definitiva, la escritura pública impugnada no debe considerarse sino como un puro instrumento de atribución formal de titularidad, a favor de la recurrente, no amparable por el ordenamiento jurídico". Y según la STS de 13 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5814, RJ 2000\6691; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz), "si se entiende que aquel esposo y causante hizo una atribución patrimonial gratuita, basada en contrato de donación, en favor de su sobrino, cuyo objeto era cosa mueble –dinero ganancial– cuyo carácter de bien ganancial consta acreditado, dicho contrato y la transmisión dominical serían nulos, según dispone el artículo 1378 del Código Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para todo (salvo liberalidades de uso) acto a título gratuito".
[835] STS de 11 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:784, RJ 1994\850; ponente Alfonso Villagómez Rodil).
[836] STS de 24 de julio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:4997, RJ 1998\6446, ponente Francisco Morales Morales).

> "D. Jose Ángel no era propietario de dichos bienes, por los que la donación que hizo de los mismos a su hijo D. Juan Alberto era, desde esta perspectiva jurídica, inexistente (cuyo término es más apropiado que el de nulidad) por falta de objeto ("nemo dat quod non habet"), que es uno de los requisitos esenciales que, según el artículo 1261 del Código Civil, han de concurrir inexorablemente para la existencia de todo contrato o negocio jurídico".

La STS de 2 de marzo de 2001[837] determinó la invalidez de una donación de cosa ajena, apelando a la falta de capacidad de disposición de la donante:

> "La donante, doña Josefa T. hizo esta segunda donación disimulada, a su nuera, cuando ya había hecho donación de los mismos inmuebles, unos ocho años antes a su hijo. Lo que atenta al artículo 624 del Código Civil que exige que el donante tenga la disposición de sus bienes y de estos bienes donados a su nuera ya no tenía disposición, pues los había donado antes a su hijo".

La STS de 31 de marzo de 2011[838] consideró la nulidad parcial de una de las cláusulas de un pacto atípico, en el que los cónyuges acordaron que el esposo asumiese una serie de obligaciones respecto de la esposa para el caso de que se produjese una futura separación. En tal supuesto, el compromiso consistía en "donar un piso o apartamento a Dª Angelica. El citado piso o apartamento será elegido libremente por la Sra. Angelica, pero en ningún caso, el precio del mismo podrá exceder de la cantidad equivalente a 30 millones de pesetas, valor a la fecha, que por tanto habrán de actualizarse desde este momento hasta que se origine el nacimiento de la obligación, de acuerdo con las variaciones que haya experimentado desde esta fecha el índice de precios al consumo. (…). El exceso de precio, si lo hubiere, será abonado por Dª Angelica". La Sentencia declaró que "se trata de una donación con un objeto indeterminado, un piso a elección de la donataria, que, por tanto, vulnera la prohibición del art. 635 CC, que establece que "la donación no podrá comprender los bienes futuros", que según el propio artículo, serán aquellos de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación y ello porque la donación transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados, lo que resulta imposible en relación a los futuros". A nuestro entender, la solución alcanzada puede ser calificada correcta (siempre que se califique el pacto en cuestión como una donación dispositiva, y no obligacional), aunque técnicamente disintamos de la calificación del inmueble donado, ya que en puridad no cabía hablar de un bien futuro, sino

[837] STS de 2 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:1635, RJ 2001\3971; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz).
[838] STS de 31 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2158, RJ 2011\3137; ponente Encarnación Roca i Trias).

de un bien genérico o indeterminado, que ni se había especificado ni se había individualizado.

Finalmente, cabe plantearse cuál sería la consecuencia de que en una misma donación dispositiva se donen bienes propios y bienes futuros o ajenos. Según la STS de 12 de noviembre de 1964[839], en tal supuesto la donación será parcialmente nula:

> "Aunque el invocado art. 635, parece dar a entender que la donación no puede comprender bienes futuros, y que la que los contenga, adolece de vicio de nulidad, ése no es el sentido del precepto según la interpretación doctrinal y jurisprudencial, a tenor de las cuales queda subsistente la validez de la donación en cuanto a los bienes propios de la donante".

3.3 Bienes transmisibles a través de la donación obligacional

Llegados a este punto, procede determinar si las limitaciones objetivas que afectan a las donaciones dispositivas son igualmente aplicables a las donaciones obligacionales. Se trata, en suma, de constatar si existe una identidad de razón que justifique la aplicación analógica de la prohibición contenida en el art. 635 CC.

En primer lugar, analizaremos con detenimiento las diferentes posiciones doctrinales que se han mantenido sobre el particular. Posteriormente, pondremos de manifiesto nuestro punto de vista sobre el particular.

3.3.1 Doctrina que equipara a las donaciones obligacionales con las dispositivas

Según FERRANDIS VILELLA, el art. 635 CC se aplicaría tanto a las donaciones dispositivas como a las obligacionales, por lo que ninguna de ellas podría tener por objeto la entrega de bienes futuros: "prohibida o admitida, la donación de bienes futuros ha de referirse siempre a una obligación de entregar, es decir, a una donación obligacional"[840]. Este autor alcanzó dicha conclusión sobre la base de dos ideas:

- En primer lugar, que "será precisamente en el supuesto de la donación obligacional en el que podrá presentarse la duda acerca de si tal donación puede tener por objeto bienes futuros. Porque es indudable que en la donación inmediatamente traslativa, que lleva incorporada la tradición de la cosa donada, no habría lugar en ningún caso a la donación

[839] STS de 12 de noviembre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:1255, RJ 1964\5080; ponente Manuel Taboada Roca).
[840] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 599.

de bienes futuros que, por esa misma circunstancia, no podrían ser entregados al hacerse la donación"[841].

- En segundo lugar, que "el donante que se obligara a entregar bienes futuros, a lo que en realidad se obligaría sería a producir o a adquirir tales bienes para entregárselos al donatario. Con lo que resultaría asumida por su parte, no una obligación de dar, sino una obligación de hacer, que no puede constituir el objeto de una donación"[842].

Según nuestro criterio, esta postura no es acertada.

En cuanto a la supuesta la inutilidad del art. 635 CC para el caso de que no se refiriese a la donación obligacional, debido a que la prohibición de bienes futuros sería obvia en una donación dispositiva, no está de más recordar que los Códigos Civiles francés de 1804, italiano de 1865 y portugués de 1867 también contenían una disposición en la que se afirmaba la imposibilidad de que los bienes futuros fuesen objeto de una donación, a pesar de que en todos ellos la donación era un acto o contrato de naturaleza dispositiva[843]. Si realmente dicha disposición fuese inútil, no parece lógico que se hubiese incorporado el mismo contenido normativo al Código Civil español varias décadas después.

Tal y como hemos señalado anteriormente, el art. 635 CC constituye una cláusula de cierre que coadyuva en caracterizar a la donación regulada en el CC como un acto dispositivo[844]. Además, teniendo en cuenta nuestro punto de vista, según el cual el Título II del Libro III del CC no regula a la donación obligacional[845], resultaría ilógico colegir que el art. 635 CC esté destinado a ser aplicado a una donación atípica que no produce efectos inmediatamente traslativos, no contemplada en el CC.

---

[841] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 598-599.
[842] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 599.
[843] El art. 943 del *Code* de 1804 decía (y continúa diciendo en la actualidad, con unas ligerísimas variantes derivadas de la evolución ortográfica del idioma francés) que "la donación entre vivos sólo puede comprender los bienes presentes del donante; si incluye bienes futuros, será nula a este respecto" ("la donation entre-vifs ne pourra comprendre que les biens présens du donateur; si elle comprendre des biens à venir, elle sera nulle à cette égard"). El art. 1064 del *Codice* de 1865 decía que "la donazione non può comprendere che i beni presenti del donante; se comprende beni futuri, è nulla riguardo a questi" ("la donación no puede comprender nada más que los bienes presentes del donante; si comprende bienes futuros, es nula con respecto a ellos"). Finalmente, el art. 1453 del Código Civil portugués de 1867 decía que "la donación no puede comprender bienes futuros. Por bienes futuros se entienden aquellos que no se encuentran en poder del donante, o sobre los cuales este no tiene derecho al tiempo de la donación" ("a doação não póde abranger bens futuros. Por bens futuros entendem-se aquelles, que não se acham em poder do doador, ou a que este não tem direito au tempo de doação").
[844] *Vide supra*, Capítulo Quinto, apartado 2.7.
[845] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.

Por lo que se refiere al segundo argumento, a tenor del cual la donación obligacional se convertiría en una obligación de hacer, y no de dar, tampoco nos parece convincente. De entrada, no en todas las donaciones obligacionales de cosa futura el donante tendrá que producir o adquirir los bienes objeto de donación. Piénsese en un fruto natural, civil o industrial de previsible existencia al tiempo de perfeccionarse la donación, que nace antes del momento de producirse la entrega: en tal supuesto, el donante no deberá hacer nada más que entregar la cosa donada al donatario. Además, aunque ciertamente el art. 1088 CC dice que "toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa", en el fondo todas las obligaciones son positivas o negativas, por lo que la pretendida separación conceptual entre las obligaciones de dar y de hacer resulta un tanto teórica y alejada de la realidad empírica. Finalmente, que el donante deba realizar alguna actividad adicional a la entrega de los bienes donados (como por ejemplo adquirir su propiedad), constituye una consecuencia mediata, que no directa, de la donación[846]. Lo mismo sucede en muchas compraventas, y a nadie se le ocurriría sostener que el vendedor ha asumido una obligación de hacer. Pongamos el caso de un promotor que ha vendido un piso sobre plano, pendiente de construcción al tiempo de perfección del contrato: la prestación seguirá consistiendo en un *dare*, aunque para poder cumplir con su obligación deba realizar un *facere*. El vendedor comprometió a dar, pero para ello ha tenido que realizar una actividad.

Con motivaciones semejantes, algunas Audiencias Provinciales han afirmado que, aun admitiendo la validez de la donación obligacional, el contrato no podría tener por objeto la transmisión de bienes que no formen parte del patrimonio del donante en el momento de su perfección, porque ello resultaría contravenir la prohibición existente en el art. 635 CC.

Así lo señaló la SAP de Asturias (Sección 4ª) de 10 de marzo de 2009[847]:

> "Puede argumentarse que existe cierta diferencia entre la promesa de donación cuando es unilateral, no aceptada por el donatario, y la donación obligacional respecto de la que sí medie esa aceptación. E incluso sostenerse que ésta podría ser válida sí se refiere a bienes que ya están en el patrimonio del donante, aunque la transmisión se dilate a un tiempo futuro, pues esa actuación no es tan claro que entre en conflicto con la dicción del citado art. 635, aunque sí con el carácter real y

[846] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 612.
[847] SAP de Asturias (Sección 4ª) de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:APO:2009:1700, JUR 2009\332934; ponente Francisco Tuero Aller).

> traslativo del dominio del contrato de donación. Pero lo que no cabe es plantear, como sucede en este caso, la donación de unos bienes de los que todavía no dispone el donante, en la que tanto la voluntad de éste como la aceptación del donatario están condicionadas a que realmente exista ese bien en el futuro, y ello por estar prohibida expresamente por el citado precepto, dándose en la misma similar ausencia de presupuestos jurídicos a la que concurre en la promesa de donación antes estudiada".

En un sentido parecido, la SAP de Lleida (Sección 1ª) de 19 de abril de 2011[848] dijo que "una cosa es el supuesto admisible consistente en que en el momento de la firma del contrato el donante dona un bien asumiendo la obligación de transmitirlo, es decir, aquella en la que el donante se obliga a transferir el bien al donatario, y otra cosa distinta es la donación de un bien cuando no es un hecho cierto que se pueda llegar a disponer de él".

También se enmarca en la misma línea argumental la SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 19 de enero de 2018[849]:

> "Teniendo en cuenta lo expuesto, al tiempo de la donación el bien había de reputarse ganancial y, en consecuencia, nadie puede donar lo que no integra su patrimonio, la donación ha de entenderse nula. En efecto, se requiere para la válida donación de los bienes gananciales, conforme a lo dispuesto en el art. 1378 y 1322 el consentimiento de ambos cónyuges, siendo nulos los actos a título gratuito sobre bienes comunes si falta, en tales casos, el consentimiento del otro cónyuge.
>
> Habiendo fallecido el esposo, no cabe dicha donación de bien ganancial, pues es precisa la previa liquidación de dicha sociedad de gananciales, pues no corresponde a la esposa supérstite sino su derecho a la parte que corresponda al liquidar la misma, lo cual implica que dicho bien pudiera o no atribuirse a la misma (y ello sin perjuicio de las consideraciones, que, a tal respecto, han de realizarse igualmente sobre el legado de cosa ganancial).
>
> Frente a la donación efectuada, siquiera podemos plantear posible una convalidación o ratificación impropia por el esposo (pues ya estaba fallecida) y al haberse realizado antes de la liquidación de la sociedad.
>
> Dispone el art. 635 del código civil que la donación no podrá comprender los bienes futuros. Por bienes futuros se entiende aquellos de que el donante no puede disponer al

[848] SAP de Lleida (Sección 1ª) de 19 de abril de 2011 (ECLI:ES:APL:2011:291, JUR 2011\260012; ponente Albert Montell García).
[849] SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 19 de enero de 2018 (ECLI:ES:APCR:2018:22, JUR 2018\62545; ponente María Pilar Astray Chacón).

tiempo de la donación. Por lo tanto, no cabe sino concluir no podía disponer en este tiempo, dado que no había liquidado la sociedad de gananciales, dicho bien de la forma en que se hizo.

Resulta complejo igualmente mantener la validez de la donación parcial de la parte que le pudiera corresponder a la misma en la sociedad de gananciales, entendiendo así una suerte de donación obligacional o promesa de donar. Tal presupuesto que determinaría, en principio, aceptar incluso la posibilidad, con efectos obligacionales, de una donación de cosa ajena, no acierta a tener encaje dentro del texto del art. 635 del código civil".

3.3.2 Doctrina que distingue a las donaciones obligacionales de las dispositivas

Sin duda, es mucho más numerosa la doctrina que sostiene que la prohibición de donación de bienes futuros (y, por tanto, también de bienes ajenos) no resulta aplicable a las donaciones obligacionales. Se planteó CALVO SORIANO la siguiente cuestión: "si la donación fuese un negocio obligacional ¿qué inconveniente habría en la donación de cosa futura?"[850]. Tal punto de vista ha sido compartido por numerosos autores.

LACRUZ BERDEJO afirmó que la aplicación del art. 635 CC "establece una distinción injustificada dentro de las donaciones obligacionales, según tenga o no el donante en su poder los bienes específicos prometidos, sin atender a lo esencial, es decir, a si tiene medios económicos para hacer frente a la promesa, pues si los tiene, el donatario podrá obtener lo prometido o su equivalente en vía judicial"; y añadió que "en último término, la donación obligacional no es una donación de bienes futuros porque en el momento de perfeccionarse no atribuye bien concreto alguno en propiedad, sino un crédito, y a su consumación los bienes serán ya presentes. Con el mismo criterio se habrán de juzgar la validez y efectos de la donación de cosa ajena"[851].

En relación con el art. 635 CC, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS dijeron que "la prohibición es coherente con la regulación legal de la donación, que transfiere la propiedad de lo donado ya, desde que se dispone y acepta, por eso no podría tener lugar en los bienes futuros. Pero en una donación obligacional no tiene fundamento la prohibición"[852].

---

[850] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 457.
[851] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit.*, p. 135.
[852] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 339.

Para ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "no es aplicable a la donación obligacional, por no ser compatible con su esencia, la prohibición de donar bienes futuros que establece el artículo 635 del Código civil, que hay que referir en exclusiva a la donación traslativa"[853]. Un criterio muy semejante expuso CASTAÑOS CASTRO, quien dijo que "mientras que parece obvia la exigencia del art. 635 C.c cuando la donación es traslativa, la obviedad se esfuma para el caso de la donación obligacional"[854].

Incluso DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, destacado exponente de la doctrina contraria a las donaciones obligacionales, aunque se refirió al "recurso a la donación obligacional como error interpretativo"[855], se vio obligado a reconocer que "nadie discute que, a la vista del art. 1274, por [un] lado, y teniendo en cuenta el art. 1271, por otro, se podría construir un concepto de donación obligacional que pudiera hacerse sobre bienes futuros"[856]. Otro ilustre detractor de la figura, ALBIEZ DOHRMANN, afirmó que, de concebirse la donación como un negocio obligacional, se derivarían consecuencias jurídicas muy concretas; entre ellas, que "sería perfectamente válida una donación obligacional que tuviera por objeto bienes futuros o bienes ajenos"[857].

3.3.3 Toma de postura: ausencia de limitaciones relativas al objeto de las donaciones obligacionales

Desde nuestro punto de vista, es evidente que ni el art. 634 CC (que se refiere a la donación de "bienes presentes") ni el art. 635 CC (que proscribe la donación de bienes "futuros", es decir, "aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación") son aplicables analógicamente a las donaciones obligacionales. La razón que nos conduce a alcanzar esta conclusión es la total y absoluta ausencia de identidad de razón.

En una donación dispositiva, que transmite los derechos reales sobre las cosas donadas en el mismo momento de la perfección del negocio, resulta imprescindible que el donante tenga capacidad de disposición sobre las cosas donadas, pues nadie puede transmitir en el acto aquello que no tiene. Por esta razón, en una donación dispositiva los bienes tienen que

[853] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 602.
[854] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 85.
[855] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 249.
[856] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 251.
[857] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4716.

ser determinados (art. 633 CC) y ser actuales ("presentes", art. 634 CC), sin que puedan ser objeto de donación los bienes indisponibles ("futuros", art. 635 CC).

En cambio, en una donación obligacional, resulta completamente irrelevante que en el momento de la perfección del contrato el donante no tenga capacidad de disposición sobre las cosas donadas, pues el donante no transmite de presente, sino que se obliga a entregar en el futuro para operar la transmisión del derecho real. No será necesario que las cosas donadas estén perfectamente determinadas o individualizadas, pues bastará que sean determinables, siempre que resulte posible hacerlo sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes (art. 1273 CC). Por esta razón, los bienes inicialmente determinados, aunque determinables, así como los bienes genéricos, solo pueden ser transmitidos gratuitamente a través de donaciones obligacionales[858]. Únicamente cuando se produzca la entrega de la cosa donada tendrá trascendencia que en ese instante el donante sea titular del derecho real que se comprometió a transmitir[859].

Como indicó MENESES GARCÍA-VALDECASAS, "si la donación puede ser eficaz en un plano simplemente obligacional, como se entiende que sucede con el contrato de compraventa, entonces no sería requisito de validez de la misma ni de su eficacia obligacional, sino sólo de su eficacia transmisiva el dato de que el donante tenga en [el] acto poder de disposición sobre un bien que todavía no le pertenece, quedando comprometido a adquirirlo para que pueda ser efectiva su transmisión, de forma semejante a lo que se dice respecto de la venta de cosa ajena"[860].

Así las cosas, en una donación obligacional pueden donarse bienes sobre los cuales el donante no tenga capacidad de disposición en el momento de celebrar el contrato: bienes futuros, bienes ajenos, bienes sobre los que exista una prohibición de disponer, o incluso bienes pertenecientes a una comunidad de tipo germánica, aun cuando los demás comuneros no hayan consentido su enajenación a título gratuito. Todos estos bienes son susceptibles de constituir el objeto de una donación obligacional.

Evidentemente, ante esta diversidad de supuestos, en el momento de producirse la entrega del bien donado podrán producirse múltiples situaciones, y el donatario, en caso de incumplimiento, podrá recurrir a diversos remedios jurídicos, que analizaremos en el lugar

[858] *Vide supra*, Capítulo Quinto, apartado 3.4.
[859] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, pp. 85-86.
[860] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit.*, p. 590.

correspondiente[861]. Sin embargo, ello no nos sitúa en un plano valorativo de la posible nulidad del contrato por falta de objeto, sino ante las consecuencias y los posibles remedios derivados del eventual incumplimiento de la donación obligacional.

Por ello, entendemos que en este punto resulta plenamente extrapolable la doctrina jurisprudencial que ha afirmado la plena validez de la compraventa de cosa ajena. Resulta muy ilustrativa la STS de 7 de julio de 2008[862], que dijo que "siendo en nuestro Derecho el contrato de compraventa productor sólo de obligaciones, no transmitiéndose el dominio por él sino al cumplirse con la entrega de la cosa con el requisito de la "traditio" (art. 609 CC), la venta de una cosa que no pertenece a quien actúa como vendedor le obligará a adquirirla para cumplir con aquel requisito, o ante una imposibilidad de cumplir el contrato por causa que le es imputable, a indemnizar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1101 y 1106 CC). Todo ello, naturalmente, si el comprador no se conforma, y exige válida y lícitamente la anulación del negocio por error (ha creído de buena fe que la cosa era del vendedor) o por dolo (el vendedor le ha hecho creer que es suya)"; añadiendo que el comprador "no está obligado a aceptar como cumplimiento de la obligación del vendedor una cosa sobre la que ni tiene la libre disposición ni capacidad para enajenarla (art. 1160 CC)".

También es perfectamente aplicable a la donación obligacional la doctrina contenida en la STS de 7 de febrero de 2001[863]:

> "Se reconoce pacíficamente por la doctrina científica y la jurisprudencia la validez de la venta de cosa ajena en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa según aparece regulado en nuestro Código Civil, a cuyo tenor el vendedor no transmite la propiedad de la cosa por el simple contrato, sino que se obliga a entregarla (arts. 1445 y 1450 CC). Así, salvo determinados casos de engaño que desembocan en la anulabilidad por dolo, la STS 5-7-1976 ya consideró inalterada y unánime la jurisprudencia que admitía la validez de la venta de cosa ajena; y la STS 25-6-1993, citando otras muchas anteriores, recalcó que la venta de cosa no propia del vendedor no hacía objetivamente imposible o nula la obligación, sustituible por el interés equivalente del comprador como efecto típico de cualquier incumplimiento. Más recientemente, las SSTS 11-11 y 31-12-1997 han seguido en la misma línea reconociendo siempre el derecho del comprador a exigir el

[861] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.4.
[862] STS de 7 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4618, RJ 2008\4474; ponente Antonio Salas Carceller).
[863] STS de 7 de febrero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:807, RJ 2001\1162; ponente Francisco Marín Castán).

cumplimiento, salvo que opte por la resolución fundada en el incumplimiento del vendedor[864] o por la anulación del negocio fundada en error o dolo".

Todos los razonamientos expuestos por la doctrina jurisprudencial relativa a la validez de la compraventa de cosa ajena, basados en el carácter obligatorio del contrato, son perfectamente extrapolables a la donación obligacional, cuyo mecanismo transmisivo también se rige por la teoría del título y el modo (arts. 609.II *in fine* y 1095 CC).

En todo caso, existen tres razones de peso adicionales que a nuestro juicio refuerzan la conclusión de que una donación obligacional puede tener por objeto bienes sobre los cuales el donante no tenga capacidad de disposición en el momento de celebrar el contrato: el derecho histórico, el derecho comparado y el legado de cosa ajena.

- La interpretación de la doctrina castellana en relación con el objeto de la donación en las Partidas confirma que una donación obligacional puede tener por objeto bienes futuros o ajenos. VALLET DE GOYTISOLO se hizo eco de la doctrina de la Edad Moderna que así lo afirmaba[865]. Por lo que se refiere a la doctrina anterior a la entrada en vigor del CC, AGUIRRE DE LA PEÑA y GARCÍA GOYENA señalaron que "pueden donarse todas las cosas que están en el comercio de los hombres, y hasta las agenas"[866]; mientras que FALCÓN Y OZCOIDI dijo que "todas las cosas, así presentes como futuras, así perfect[a]s como dudos[a]s, pueden ser materia de una donación"[867]. Estas opiniones demuestran que no existe ninguna incompatibilidad entre una donación obligacional y la ausencia de disponibilidad por parte del donante sobre los bienes donados al perfeccionarse el contrato.
- Por otro lado, el Derecho comparado acredita que el art. 635 CC no puede constituir un obstáculo para limitar el objeto de las donaciones obligacionales. El art. 771 del Código Civil italiano de 1942 dice que "la donación sólo puede comprender los bienes presentes del donante. Si incluye bienes futuros, es nula respecto a ellos"[868]. A pesar de ello, la

[864] Evidentemente, en una donación obligacional el donatario no podrá solicitar la resolución, en la medida en el que el art. 1124 CC solo permite acudir a dicho remedio en los contratos sinalagmáticos. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.4.
[865] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1215
[866] AGUIRRE DE LA PEÑA, JOAQUÍN, y GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo. Tomo III*, *cit.*, p. 176.
[867] FALCÓN Y OZCOIDI, MODESTO: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinion de los escritores. Tomo II*, *cit.*, p. 688.
[868] "La donazione non può comprendere che i beni presenti del donante. Se comprende beni futuri, è nulla rispetto a questi".

Sentencia dictada el 15 de marzo de 2016 por la *Sezione Unita* de la *Corte di Cassazione* afirmó que la donación de cosa ajena es válida como donación obligacional, siempre que el donante tenga conocimiento de la ajenidad de la cosa donada, y que se deje constancia de ello en la escritura de donación[869]. Sin duda, se trata de una doctrina congruente con el carácter obligacional de la donación, y al mismo tiempo prudente, pues al exigirse que se especifique el carácter ajeno de las cosas donadas se pretende evitar que la figura pueda ser utilizada con fines fraudulentos, así como que el donatario pueda sufrir perjuicios derivados de un eventual engaño sobre la titularidad de la cosa donada.

- Finalmente, el art. 661 CC admite la validez del legado de cosa ajena, al señalar que "el legado de cosa ajena si el testador, al legarla, sabía que lo era, es válido. El heredero estará obligado a adquirirla para entregarla al legatario; y, no siéndole posible, a dar a éste su justa estimación". El art. 662 CC añade que "si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena, será nulo el legado. Pero será válido si la adquiere después de otorgado el testamento". De ambos preceptos se desprende con claridad que el CC reconoce eficacia a un negocio obligacional gratuito sobre cosa ajena, pues se obliga al heredero a adquirir las cosas legadas para que el legatario pueda llegar a adquirirlas[870].

En lo que atañe a la jurisprudencia, diversas resoluciones judiciales han admitido la validez y eficacia de donaciones obligacionales de bienes sobre los cuales el donante no tenía capacidad de disposición al tiempo de contratar.

[869] Sentencia de la *Sezione Unite* de la *Corte di Cassazione* de 15 de marzo de 2016: "Se il bene si trova nel patrimonio del donante al momento della stipula del contratto, la donazione, in quanto dispositiva, è valida ed efficace; se, invece, la cosa non appartiene al donante, questi deve assumere espressamente e formalmente nell'atto l'obbligazione di procurare l'acquisto dal terzo al donatario. La donazione di bene altrui vale, pertanto, come donazione obbligatoria di dare, purché l'altruità sia conosciuta dal donante, e tale consapevolezza risulti da un'apposita espressa affermazione nell'atto pubblico (art. 782 c.c.). Se, invece, l'altruità del bene donato non risulti dal titolo e non sia nota alle parti, il contratto non potrà produrre effetti obbligatori, né potrà applicarsi la disciplina della vendita di cosa altrui".

[870] ALBALADEJO GARCÍA afirmó que "el admitir que pueda legarse cosa ajena (arts. 861 y 862), fundamenta por analogía la posibilidad de donarla. Porque, ¿cómo no va a ser posible que una persona pueda dejar lo que no es suyo a otra mediante legado, con lo que impone a sus herederos la obligación de proporcionárselo al beneficiario, y no va a ser posible asumir él mismo en vida, mediante donación, tal obligación? Realmente resulta inaceptable decir que a alguien no le quepa hacer a él, lo que puede obligar a sus herederos que lo hagan, porque no se alcanza a ver la lógica de la regla de que se puede gravar el propio patrimonio para después de muerto su titular con obligaciones que no se admitió que asumiese él en vida" (ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, p. 330).

Resulta llamativa la contundencia con la que se expresó la SAP de Segovia (Sección 1ª) de 31 de diciembre de 1999[871], que admitió la plena validez de la donación de bienes ajenos, sin perjuicio de la eventual responsabilidad del donante frente al donatario:

> "La existencia del objeto es, consecuentemente, cuestión distinta de que el mismo sea o no propiedad de los donantes, y, en este sentido, la doctrina ha admitido la validez y efectos de la donación de cosa ajena (Lacruz, Albaladejo) según resulta de la exégesis más lógica de los arts. 634 y 635 del Código Civil, en relación con el art. 638 del mismo texto legal que implica su posibilidad y los arts. 861 y 862, también del C.C., que la reconocen respecto del legado y que analógicamente debe ser aquí acogida; por tanto los efectos que se deriven de que se trate de cosa ajena se producirán exclusivamente entre las partes intervinientes (donantes y donatarios) pues si el donante no puede proporcionar la cosa habrá de indemnizar al donatario daños y perjuicios y en el caso de que hubiese entregado la cosa sin estar en su propiedad o sin haberla adquirido, responderá por evicción frente al donatario, cuando su dueño prive de ella a este último, sin perjuicio de que en ningún caso la donación de cosa ajena sirva para transmitir su propiedad. Por tanto cabe al tercero que se considere propietario de la cosa, frente al donatario de la misma que se encuentre en su posesión, el ejercicio de la acción reivindicatoria que le reconoce el art. 348 párrafo segundo, del Código Civil, sin que le afecten, en consecuencia los efectos habidos entre partes en el caso de que la donación se haya hecho sobre cosa ajena".

La STS de 18 de marzo de 2005[872] reconoció implícitamente la validez de una donación obligacional de cosa futura, al admitir que a través de una donación fuesen objeto de transmisión unas acciones que se habían suscrito en un aumento de capital todavía no inscrito, aludiendo a la eficacia obligacional de la transmisión[873].

La SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009[874] admitió una donación obligacional del dinero que se obtuviese como consecuencia de la venta futura de dos bienes inmuebles. El Tribunal señaló al respecto lo siguiente:

---

[871] SAP de Segovia (Sección 1ª) de 31 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:APSG:1999:574; ponente Luis Brualla Santos-Funcia). Esta Sentencia no consta en la base de datos del repertorio de jurisprudencia Aranzadi.
[872] STS de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1728, RJ 2005\2548; ponente Román García Varela).
[873] ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA: "Sentencia de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2548). Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil", *cit.* pp. 784-785.
[874] SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:APSA:2009:627, AC 2009\2381; ponente Longinos Gómez Herrero).

> "El "compromiso" contraído por el padre demandado, inmediato al acto de distribución y adjudicación de la herencia de la causante Doña Nuria, se inscribe como una donación promisoria, pues se ha creado un crédito a favor del donatario, subordinado a la venta de bienes concretos que se señalan, pues la intención o ánimo del demandado fue, la de corregir la situación de su hijo -demandante- quien, ante la desheredación y la falta de descendencia, quedaba en desventaja, respecto de los demás hermanos, a quienes sus hijos, como nietos de la testadora, resultaban adjudicatarios, decidió comprometerse a la entrega de la cantidad que resultase de la venta de ciertos bienes, y en la cuota que correspondería a los nietos. Por ello, no puede negarse la relación contractual de donación promisoria u obligacional, creadora de un crédito, pero que no impide estimarla como tal donación, pues, pese a que la palabra "donación" no se ha empleado, sin embargo late en la actuación del demandado, la intención o ánimo de entregar a su hijo -demandante- por vía de obligación, pero instrumentada como donación, la cantidad en que se debía traducir la cantidad resultante para los nietos de la testadora".

Por su parte, la SAP de Pontevedra (Sección 3ª) de 9 de junio de 2014[875] reconoció la validez de una donación obligacional de un derecho de usufructo ajeno, con este razonamiento:

> "Es obvio que en el momento del otorgamiento el donante conoce que no puede transmitir el usufructo por no ser titular del mismo en vida de su madre. No es posible la donación real, a diferencia de lo que sucede con la nuda propiedad que con la expresa aceptación en la misma escritura queda consumada. Por el contrario la donación del usufructo es de naturaleza obligacional, pues su cumplimiento queda condicionado al fallecimiento de la actual usufructuaria. Sólo al producirse este acontecimiento futuro el nudo propietario recupera la plena propiedad y puede disponer también del usufructo haciendo efectiva su obligación".

Finalmente, deseamos dejar constancia de que no es correcto vincular el objeto de las donaciones obligacionales como vía para eludir la prohibición de donar bienes futuros en las donaciones dispositivas que contiene el art. 635[876]. Una donación obligacional no tiene por qué consistir en transmitir bienes sobre los cuales el donante no ostenta poder de disposición; en efecto, cabe (y parece que será la hipótesis más plausible) que a través de la donación

[875] SAP de Pontevedra (Sección 3ª) de 9 de junio de 2014 (ECLI:ES:APPO:2014:1812, JUR 2014\221199; ponente Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes).
[876] Como se hace en ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit.*, p. 85.

obligacional el donante se obligue a entregar bienes sobre los cuales sí que tenga poder de disposición en el momento de celebrar el contrato. Esto fue señalado muy claramente ALBALADEJO GARCÍA, cuando dijo que en una donación obligacional el donante puede querer obligarse ahora a entregar algo después, porque no le conviene desprenderse de ello ya[877]. Así las cosas, el análisis que venimos realizando sobre el objeto de la donación obligacional no puede interpretarse como un contrato orientado a la comisión del fraude de ley; se trata simplemente de constatar si en una donación obligacional tiene sentido aplicar analógicamente la prohibición contenida en el art. 635 CC. Y atendiendo a razones de pura lógica jurídica, nos parece evidente que la respuesta al interrogante ha de ser negativa.

3.4 Límites cuantitativos de las donaciones obligacionales

Los arts. 634 y 636 CC no determinan qué bienes que pueden ser transmitidos a través de una donación dispositiva, sino que imponen una limitación cuantitativa al montante total de bienes que una persona puede donar. Ambas restricciones a la liberalidad tienen una clara finalidad: de un lado, evitar que una excesiva prodigalidad conduzca a un estado de pobreza al donante; de otro, impedir que el donante conculque los derechos de los legitimarios.

El art. 634 CC señala que "la donación podrá comprender todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias". La situación vital en que quede el donante (así como los familiares cercanos a quienes esté legalmente obligado a garantizar su subsistencia[878]) debe determinarse cuando se haya hecho la donación[879], y constituye una cuestión fáctica, que deberá ser analizada caso por caso. La norma no obliga a que el donante justifique en el documento de donación que se ha reservado bienes suficientes[880]. Se respeta la reserva si el donante transmite gratuitamente todo su patrimonio

[877] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, p. 38.

[878] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit.*, p. 116; QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE: *La protección del interés del donante (Estudio de los artículos 634 y 648-3º del Código Civil*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1990, pp. 73-74; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 308-309; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4839.

[879] STS de 29 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2771, RJ 1991\3943; ponente Teófilo Ortega Torres): "Ni siquiera consta que D.ª Pilar G. no tuviera otros bienes en el momento de hacer la donación (año 1959) y del hecho de que en 1975 manifestara que vivía a expensas de lo que le pasaba su hijo D. Bernardo, no puede deducirse su situación económica en 1959, dado el largo tiempo transcurrido".

[880] La STS de 3 de noviembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:8181, RJ 1992\9186; ponente José Almagro Nosete) dijo que "el art. 634 del Código Civil que obliga a fin de la validez plena de la donación, a que el donante se reserve lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, no impone la necesidad de manifestar que la reserva se hizo de manera, que no es indispensable la constancia de la reserva en el contrato de donación". La STS de 9 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3342, RJ 1995\4912; ponente Jaime Santos

al donatario, pero asumiendo este último la obligación de asegurar su digna subsistencia[881]. Por el contrario, se incumple el mandato del art. 634 CC cuando el donante confía en que subsistirá gracias a la benevolencia de los donatarios, sin que estos hayan asumido ningún compromiso vinculante[882].

Por otro lado, el art. 636 CC dispone que "no obstante lo dispuesto en el artículo 634, ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento. La donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida". Este artículo se sitúa sistemáticamente en el ámbito del Derecho sucesorio. Del art. 763 CC se desprende que quien no tiene herederos forzosos tiene absoluta libertad para disponer *mortis causa*, mientras que el testador que sí que tiene herederos forzosos (que según el art. 807 CC son los hijos y descendientes, en su defecto los padres y ascendientes, y, en su caso, el cónyuge viudo) no disfruta de dicha libertad de disposición. Teniendo en cuenta que la legítima puede ser pagada en vida a través de donaciones (art. 819 CC), y que para calcular la legítima se deben sumar contablemente todas las donaciones realizadas en vida por el causante (art. 818 CC), es lógico que nadie pueda dar por vía de donación más de lo que se puede dar por testamento.

La doctrina se ha planteado si los arts. 634 y 636 CC deben ser igualmente aplicados a las donaciones obligacionales, alcanzando una conclusión afirmativa.

Según FERRANDIS VILELLA, "tanto si el donante da efectivamente, como si se obliga a dar, ha de reservarse «en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias» (art. 634), y tanto en un caso como en otro ha de

---

Briz) reiteró la misma idea: "El recurrente afirma que el donante no se reservó al hacer la donación los bienes suficientes para vivir conforme a sus circunstancias; pero ciertamente no ha probado tal afirmación, que se basa en meras suposiciones subjetivas del demandado recurrente y además olvida los términos en que las donaciones se hicieron, que no permiten sostener que no se reservó lo necesario para vivir según aquellas circunstancias. Sin que sea preciso, por no exigirlo el precepto invocado, que en la escritura de donación se haga constar por el donante que se reserva lo necesario para vivir, ni nada resulta de las escrituras controvertidas contrario al precepto que se aduce como infringido".

[881] La antiquísima STS de 21 de noviembre de 1846 (JC, t. 1, 32; ponente Nicolás María Garelly Battifora) afirmó que no había donación de todos los bienes porque en el contrato se habían impuesto al donatario obligaciones de mantenimiento a favor del donante. Entendemos que se trata de una postura que encaja con el espíritu del art. 634 CC.

[882] La STS de 11 de febrero de 1959 (ECLI:ES:TS:1959:883, RJ 1959\473; ponente Juan Serrada Hernández) dijo que "falta el requisito exigido por el artículo 634 del mismo Código, por no constar en forma alguna que la donante se haya reservado en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, ya que si bien se reconoce que percibe las rentas de la casa objeto del contrato, es no por un título legal, sino por la benevolencia de los que se dicen donatarios, que puede cesar cuando ellos quieran por no derivarse de un vínculo obligatorio, lo que no autoriza el citado precepto".

respetar los derechos de quienes acrediten el de legítima en su sucesión porque, de lo contrario, la donación será inoficiosa y podrá ser sometida a reducción (art. 636 CC)"[883].

Para ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "otro tanto ha de decirse de lo dispuesto en el artículo 634 del Código civil (aunque, de nuevo, por analogía): el sujeto, aunque no dé actual y efectivamente sino que defiera esa entrega para un momento posterior, pero quedando ya jurídicamente obligado a ello, ha también de reservarse «en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias»"[884].

CASTAÑOS CASTRO también se mostró a favor a aplicar el art. 634 CC a las donaciones obligacionales, "pues no parece existir razón alguna para atribuir en estos supuestos menor protección al donante y a los que dependan legalmente de él"[885]; y la misma respuesta ofreció respecto del art. 636 CC, con el argumento de que "este límite parece asimismo exigible cuando estamos ante una donación obligatoria, ya que su fundamento, esto es, proteger a los legitimarios, permanece aún en este caso"[886].

Desde nuestro punto de vista, no hay ninguna duda de que los límites cuantitativos impuestos por los arts. 634 y 636 CC deben ser aplicados analógicamente a las donaciones obligacionales, dado que su fundamento es perfectamente extrapolable. Tanto en una donación dispositiva como en una donación obligacional existe el riesgo de que el donante quede en un estado de pobreza debido a la donación, así como que el donante lesione los derechos de los legitimarios como consecuencia de donaciones excesivamente cuantiosas. Consiguientemente, existe una evidente identidad de razón que justifica la aplicación analógica de ambos preceptos.

De hecho, la STS de 22 de junio de 1982[887] afirmó que admitida por vía de hipótesis la donación obligacional, "sujeta, fuera del régimen de las donaciones propias, a las reglas generales de las obligaciones, no cabe duda acerca de que a tal donación no traditoria o donación "in promitendo" habría de serle aplicado cuanto sobre inoficiosidad, fijación de

[883] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 597-598.
[884] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 603, donde afirma que el art. 634 CC constituye un supuesto de beneficio de competencia. Por nuestra parte, disentimos de tal calificación (*vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.6.3).
[885] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 83.
[886] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 84.
[887] STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso).

legítimas y reducción o anulación de mandas se halla dispuesto para las donaciones ordinarias".

La aplicación práctica de los arts. 634 y 636 CC será analizada más adelante, cuando abordemos la reducción de las donaciones obligacionales[888].

4. Causa

4.1 Introducción

Como puso de relieve DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "el concepto de "causa" en la teoría del negocio jurídico es, seguramente, uno de los conceptos más oscuros y difíciles de aprehender, dentro de la doctrina y la técnica del Derecho civil"[889]. Además, la causa constituye el elemento del contrato cuya existencia se cuestiona cada vez con mayor insistencia, tal y como evidencian las sucesivas propuestas europeas[890] y españolas[891] en materia contractual.

---

[888] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 12.

[889] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, 1963, p. 3.

[890] El art. 2:101 del PECL, que regula las condiciones necesarias para la conclusión de un contrato, se refiere únicamente al consentimiento y al objeto. En la misma línea, el art. 4:101 del DFCR dice que "el contrato se celebra, sin más requisitos, cuando las partes: (a) tienen intención de establecer una relación jurídica vinculante o producir cualquier otro efecto jurídico, y (b) alcanzan un acuerdo suficiente". De hecho, el principio 56 del DCFR señala expresamente que "para concluir eficazmente un contrato no [es] necesario que haya una causa".

[891] En la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL se prescinde de regular todos los elementos esenciales del contrato. En la Exposición de Motivos se afirma que "lo más llamativo de la sistemática que se propone sea la inexistencia de un Capítulo destinado a regular los elementos esenciales del contrato, a diferencia de nuestro Código Civil, que dedica a tales requisitos esenciales el Capítulo II del Título II del Libro cuarto, encabezado por el artículo 1261 que los enumera. Pero, de un lado, se trata de elementos que se desprenden de la propia noción de contrato, cuya elaboración parece más una tarea de la doctrina que del texto legal. Carece ya de sentido una norma que subordine la existencia del contrato a la concurrencia de estos requisitos" (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 202). En lo referente a la causa, la Exposición de Motivos explica que la ausencia de regulación es tributaria de la decisión consistente en no regular los requisitos esenciales del contrato, y se reconoce implícitamente que en esa decisión ha pesado la influencia de las propuestas europeas y del Derecho comparado moderno: "Nuestra doctrina ha destacado que la noción de causa cumple distintas funciones que, acaso, pueden alcanzarse a través de otros expedientes. Es indudable que la causa constituye una noción a la que acuden con frecuencia tanto la doctrina como la jurisprudencia como base o fundamento de su argumentación. Dos son las funciones asignadas a la causa: determinar la fuerza y la eficacia asignable a cada contrato y determinar la validez o invalidez del contrato. En el primer caso, la causa se usa con la finalidad de la calificación del contrato y equivale al conjunto de propósitos prácticos realmente perseguido por las partes; en el segundo, la causa se identifica con diferentes nociones: a veces significa legalidad del contrato entendido en su conjunto (causa ilícita); otras veces evoca la realidad del consentimiento (ausencia de causa o causa falsa). Pero todas estas funciones se pueden desempeñar sin conservar expresamente la noción de causa. De otro lado, también se ha tenido en cuenta que en los modelos de referencia del *soft law*, como los PECL y el DCFR no se contempla la causa. Tampoco se incluye en la reciente reforma del Código Civil francés de 2016" (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, pp. 203-204).

Sin embargo, el art. 1261 CC, que continúa en vigor, dispone que "no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: (…) 3.º Causa de la obligación que se establezca"; y los arts. 1274 a 1277 CC regulan la causa de los contratos. Nuestro ordenamiento jurídico no admite los contratos abstractos, y buena prueba de ello es el art. 1275 CC, que dice que "los contratos sin causa (…) no producen efecto alguno".

Dado que la donación obligacional es un contrato, necesariamente ha de tener una causa[892]. Esta exigencia resulta especialmente relevante, en la medida en que en nuestra cultura jurídica la necesidad de la causa en los contratos va unida al reconocimiento de la autonomía de la voluntad como productora de relaciones obligatorias. Como el contrato constituye una categoría general asentada en la libertad individual consistente en crear, modificar y extinguir relaciones jurídicas, resulta necesario controlar la finalidad perseguida; de ahí que se exija una causa merecedora de protección que justifique al contrato en cuestión.

El análisis de la causa de la donación se ve dificultado por la constante alusión que la doctrina y la jurisprudencia realizan al *animus donandi* cuando abordan el elemento causal

---

Por otra parte, la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Sección de Derecho Civil de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN de 2009 regulaba la causa en su art. 1238 (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, *cit.*, pp. 83-84). Sin embargo, el Prólogo de la *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos* de la Sección de Derecho Civil de la COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN de 2023 destaca como una de las principales novedades que "se prescinde de la causa -concepto oscuro y siempre sujeto a discusiones-, y se reconduce la finalidad ilícita a la figura de la nulidad" (COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, *cit.*, pp. 16-17).

[892] Excepcionalmente, parte de la doctrina ha afirmado que la donación carecería de causa. Según XIRAU PALAU, "el *animus donandi* es un estado negativo del ánimo respecto a la causa. Hay *animus donandi*, cuando una persona se desprende de su propiedad porque quiere que la otra la tenga y no quiere otra cosa. Este es el lado positivo. El negativo es la ausencia de causa. Esto separa a la donación de los actos hechos con una causa, esto es, onerosos" (XIRAU PALAU, JOSEP RAMON: "Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 143, 1923, p. 332). Por su parte, D'ORS PÉREZ-PEIX dijo que "la donación (no la entrega *donationis causa*, sino el convenio de donación) es un acto primario que no tiene causa jurídica. La «mera liberalidad del bienhechor» es una disposición anímica, es aquella *hilaritas* a la que nos referíamos antes, pero carece de valor jurídico" (D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO: "Sobre la causa de los actos jurídicos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 9, 1956, p. 585). Como indicó DE CASTRO Y BRAVO, la afirmación de que en la donación no hay o no se requiere causa tiene su fundamento en la idea de que cada obligación contractual requiere un fundamento jurídico, y que este se encuentra en la compensación que le ofrece un enriquecimiento suficiente o en el equivalente económico respecto de la dicha obligación; requisitos que no pueden concurrir en la donación, dado su carácter unilateral y gratuito (DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, *cit.*, pp. 180-181). La moderna tendencia de prescindir de la causa como elemento esencial del contrato ha influido a la doctrina que se ha detenido en precisar con mayor detalle la operatividad de la donación obligacional. Cuando ARJONA GUAJARDO-FAJARDO abordó el régimen jurídico de la donación obligacional, ni siquiera mencionó a la causa (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 603, pp. 598-604). Otro tanto cabe señalar respecto de CASTAÑOS CASTRO, quien al referirse a los requisitos esenciales de la donación obligacional, tan solo mencionó el consentimiento, el objeto y la forma (CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, pp. 67-93).

del negocio. No obstante, con la finalidad de analizar la causa de la donación obligacional, juzgamos conveniente seguir un orden diverso. En primer lugar, determinaremos la causa desde el punto de vista objetivo y subjetivo, poniendo de relieve la distinción existente entre la causa y los móviles de la donación. A continuación, aludiremos a la causa de la atribución y a la causa de la obligación. Después, valoraremos los diferentes requisitos de la causa, haciendo hincapié en las donaciones disimuladas. Finalmente, abordaremos el denominado *animus donandi*, con la finalidad de determinar si realmente forma parte de la *causa donationis*, y si constituye un requisito específico de toda donación.

4.2 Causa subjetiva y objetiva del contrato de donación obligacional

Al tratar la causa del contrato, es tradicional distinguir entre la causa subjetiva y la causa objetiva. La causa subjetiva se identificaría con la razón práctica por la que se perfecciona un determinado contrato, mientras que la causa objetiva sería la función económico-social que cumple un contrato. Si se intenta trasladar este esquema a la regulación de la causa en el CC, se tropieza con serias dificultades. El art. 1274 CC dice:

> "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor".

Se han dirigido severas críticas a la técnica seguida por el CC. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN destacó que el art. 1274 CC no es ni congruente ni armónico, dado que "mientras en los contratos onerosos se busca un elemento objetivo (la obligación de cada parte tiene su causa en la obligación de la otra parte), en los contratos gratuitos se acude a un elemento puramente subjetivo y psicológico como es la mera liberalidad"[893].

Sin embargo, es posible distinguir la causa objetiva y subjetiva de la donación. Aunque DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS identificó a la causa de la donación con el *animus donandi*, su explicación resulta ilustrativa para nuestro propósito:

> "El *animus donandi* como requisito de la donación tiene un aspecto *subjetivo* y un aspecto *objetivo*. En el primer aspecto, surge de la actitud anímica del donante, como intención específica de gratificar; aunque esta intención liberal sea compatible con cualesquiera otros motivos, como la ostentación, ganar amigos u obtener otras

[893] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *cit.*, p. 18.

> ventajas; pero no por ello pierde tal carácter, ya que el disponente quiere gratificar al donatario, a no ser que esas ventajas se incorporen al acto, como contrapartida de la liberalidad. En cuyo caso se quebraría el aspecto *objetivo,* ya que la esencia de la donación es la gratuidad, lo que provoca el enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante. (…) Este concepto aparece recogido por el art. 1274 Cc. al hablar de la *causa* de los contratos, diciendo que, en los «de pura beneficencia», es la causa, «la mera liberalidad del bienhechor» y que también se aplica a otros contratos gratuitos"[894].

En una donación obligacional, la causa subjetiva, a la que alude el art. 1274 CC, es la liberalidad: la pretensión consistente en beneficiar a alguien sin recibir nada como contrapartida. Según ALBIEZ DOHRMANN, "con apoyo en el art. 1274, el *animus donandi* adquiere un valor causal, y, por tanto, se convierte en un elemento que no puede faltar en la donación. El significado causal del *animus donandi* consiste en la intención de querer dar un bien a cambio de ninguna contraprestación"[895].

En cambio, la causa objetiva consiste en la transmisión gratuita de una cosa, por lo que en toda donación existe un empobrecimiento del donante y un correlativo enriquecimiento del donatario. Este efecto característico se produce no solo en la donación dispositiva, sino también en la donación obligacional, ya que hasta que no tenga lugar la entrega del bien donado, no se habrá disminuido el activo del donante, pero sí que se habrá incrementado su pasivo, por lo que el neto patrimonial habrá disminuido[896].

A pesar de su marcado carácter anti causalista, el art. IV.H.-1:201 del DFCR también alude al elemento subjetivo y al elemento objetivo de la donación, cuando define la donación diciendo que "un «contrato de donación de bienes» es aquel en virtud del cual una parte, el donante, se compromete a transmitir la propiedad de determinados bienes a título gratuito a otra parte, el donatario, con el fin de beneficiar a éste". El ánimo de liberalidad y la gratuidad se presentan formalmente como dos conceptos distintos: el primero se identifica con el elemento subjetivo, y la segunda, con el elemento objetivo[897].

---

[894] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 140.
[895] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4721.
[896] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit.*, pp. 503-504.
[897] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 40.

Así las cosas, las causas subjetiva y objetiva son exactamente las mismas en las donaciones dispositivas y en las donaciones obligacionales[898]. Que la mecánica transmisiva difiera tan solo afecta a la transmisión del derecho real, pero no a la causa negocial. DE CASTRO Y BRAVO afirmó que en un contrato atípico gratuito no habría causa si no mediase ánimo de liberalidad[899]. Tal eventualidad no concurre en el contrato de donación obligacional, cuya causa es liberal.

Es importante destacar, en todo caso, que la causa de la donación ha de ser común para ambas partes contratantes. Por ello, la jurisprudencia ha afirmado que en caso de divergencia causal entre el donante y el donatario no puede existir donación.

La STS de 5 de mayo de 1896[900] dijo que "según el art. 618 del Código civil, invocado como fundamento capital del recurso, es la donación un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa propia en favor de otra que la acepta; de suerte que si el acto no es gratuito en beneficio del donatario, si el interés de las partes y no la liberalidad de una de ellas lo determina, carece de uno de los requisitos necesarios para que pueda tenérsele y reputársele como donación". La Sala alcanzó dicha conclusión debido a que "aparece dudoso, según las mismas confesiones del renunciante, y de que la renuncia no produjo efecto alguno, es lo cierto que ni de los términos en que está concebida se infiere necesariamente que fuese un acto de liberalidad, ni puede atribuirle este carácter, atendidas las explicaciones dadas por ambos litigantes en este pleito sobre los hechos ocurridos; pues cualquiera de las dos versiones sostenidas respectivamente por cada uno de ellos revela la existencia de un contrato oneroso, origen de obligaciones exigibles al demandado mediante el ejercicio de la acción correspondiente, é incompatibles con la naturaleza propia de la donación".

La STS de 7 de diciembre de 1948[901] destacó el aspecto subjetivo y objetivo de la donación, común para ambos contratantes:

> "Con arreglo a les artículos 618 y 1.274 del Código Civil, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato; y si la gratuidad aparece como el

[898] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 581.
[899] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico, cit.*, p. 232.
[900] STS de 5 de mayo de 1896 (ECLI:ES:TS:1896:304, JC, t. 79, 58; ponente Joaquín González de la Peña).
[901] STS de 7 de diciembre de 1948 (RJ 1948\1433, ponente Felipe Gil Casares). Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

> aspecto objetivo de este, del mismo modo y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el "animus" de aceptar a título de liberalidad da atribución patrimonial, puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato".

Dicha doctrina fue reiterada por la STS de 7 de enero de 1975[902], que enfatizó una vez más el imposible disenso en la causa de la donación:

> "Los motivos tercero y cuarto impugnan la validez de las donaciones por falta de causa y por dolo respectivamente, con olvido de que, con arreglo a los artículos 618 y 1.274 del Código Civil, la causa de la donación está constituida por la mera liberalidad, en términos que el enriquecimiento del donatario constituye el fin esencial del contrato, y si la gratuidad aparece como el aspecto objetivo de éste, del mismo modo, y bajo el aspecto subjetivo, a la intención de beneficiar por parte del donante, debe corresponder correlativamente en el donatario el «animus» de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial, puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato, siendo de recordar a estos efectos la doctrina establecida en la antigua sentencia de esta Sala de 5 de mayo de 1896 la cual declara que cuando el acto no es gratuito en beneficio del donatario y lo determina el interés de ambas partes y no la liberalidad de una de ellas, carece de los requisitos indispensables para ser calificado de donación (sentencia de 7 de diciembre de 1948)".

También cabe citar la STS de 7 de julio de 1978[903], en la que se recalca la trascendencia del desprendimiento gratuito inherente a toda donación:

> "Lo realizado choca con el contenido del artículo 618 del Código que considera al contrato donatario como una figura especial de la forma genérica del "acto de liberalidad» en el que ésta es primordial para todos los tipos de la misma, a la que es preciso añadir, para puntualizar su concepto, las notas contractuales de gratuidad y de disposición, ninguna de las cuales puede estimarse concurrente en el presente caso, demostrativo de que la donante no tuvo nunca en verdad el indispensable "animus donandi» propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y esa fue su voluntad, no fue realizar un auténtico contrató de donación".

[902] STS de 7 de enero de 1975 (ECLI:ES:TS:1975:31, RJ 1975\12; ponente Francisco Bonet Ramón).
[903] STS de 7 de julio de 1978 (ECLI:ES:TS:1978:232, RJ 1978\2756; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño).

Por esta razón, parece incorrecta la tesis que postula que en una donación la causa es unidireccional por parte del donante, a pesar de la necesaria aceptación del donatario[904].

4.3 Irrelevancia de los móviles de la donación

También es habitual en el ámbito doctrinal distinguir entre la causa de la donación y los móviles o fines que han podido impulsar la perfección del negocio.

D'ORS PÉREZ-PEIX distinguió conceptualmente la motivación negocial de la donación (que incluyó dentro del ámbito de la moral) de la causa negocial:

> "Un caso típico de esta confusión de los afectos morales en las categorías jurídicas es el de la «liberalidad» en la donación. La donación, jurídicamente considerada, se caracteriza por la falta de contraprestación, además de la nota esencial de su resultado lucrativo, pero la intención liberal o no -la *hilaritas* que exige San Pablo o la intención torcida del donante- es algo íntimo y puramente moral. La donación del hombre no liberal -por ejemplo, la del fariseo limosnero o la del buscaherencias- carece de valor moral en absoluto, pero sigue siendo, jurídicamente considerada, una perfecta donación. Cuando nuestra Ley de Partidas define la donación como «un bien fecho que nace de la nobleza e bondad de corazón», tenemos ahí la más clara confusión de lo moral con lo jurídico, pero la «liberalidad» de nuestro Código Civil (art. 618 y 1.274) ha salido de la misma confusión moralizante. Tan pronto atendemos al fin de los actos jurídicos, caemos en el recinto del moralista y nos alejamos de los puntos de vista estrictamente jurídicos"[905].

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, por su parte, realizaron unas interesantes observaciones sobre los móviles de la donación: "la donación puede hacerse por generosidad, por caridad, por vanidad, por simple pompa, por cultivar lo que hoy se llama una determinada imagen hacia el exterior o por cualquier otro móvil. Sin embargo, siempre que exista la intención de determinar con el negocio jurídico un enriquecimiento en otra persona hay ánimo de donación. Los impulsos que pueden mover al donante no tienen relevancia jurídica normalmente (…). No se puede decir que la donación exige un ánimo de

[904] Según FERNÁNDEZ OTERO, "la causa en la donación se sitúa pues como un *tertium genus*, como una estructura intermedia entre el «móvil» del acto y la «causa» del contrato en coherencia con lo que se desprende de su naturaleza interaccional. Conceptuándola como *animus donandi* no indicamos que el donatario es ajeno a la causa, pues sin su aceptación no hay donación. La donación exige tanto la intención de dar como la de recibir a través de cuya interacción se constituye la relación jurídica. Con *animus donandi* lo que indicamos es que la causa es unidireccional, del donante al donatario, pero no al revés" (FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *cit.*, p. 420).

[905] D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO: "Sobre la causa de los actos jurídicos", *cit.*, pp. 579-580.

liberalidad, si con ello quiere indicarse en sentido genuino generosidad o desinterés. Los negocios gratuitos, aunque sean internamente interesados, son jurídicamente donaciones, siempre que en ellas exista el consentimiento para realizarlas. (…) Son muchas las donaciones que se hacen esperando otra donación en correspondencia. Esto es, sin duda, un móvil interesado y un ánimo muy poco liberal, pero no por ello deja de existir donación"[906].

Aunque los móviles subjetivos son irrelevantes para la determinación de *causa donationis*, resultan muy interesantes desde el punto de vista sociológico. P 5.4.1 decía que "donacion es bien fecho que nasce de nobleza, de bondad de coraçon, quando es fecha sin ninguna premia". Sin embargo, aunque en una donación (dispositiva u obligacional) exista causa subjetiva y objetiva (liberal y gratuita, respectivamente), es perfectamente posible que los móviles de los contratantes sean espurios o reprobables. Como dice el refrán, "no es oro todo lo que reluce". Cualquier donación puede estar perfectamente alejada de un ideal de liberalidad, de magnanimidad o de munificencia, y a pesar de todo, seguir siendo un contrato válido y eficaz.

4.4 Causa de la atribución y causa de la obligación

Tras haber analizado la causa del contrato de donación obligacional y su diferencia con los móviles de los contratantes, resulta útil abordar la causa de la atribución y la causa de la obligación. La STS de 29 de noviembre de 1989[907] mencionó "la triple distinción de la doctrina más decantada, entre la causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato (el porqué el atributario está jurídicamente facultado para recibir el desplazamiento patrimonial, fuente constitutiva de la obligación o el fin común perseguido en el negocio por las partes, respectivamente)".

La causa de la atribución es la justificación o el fundamento de un desplazamiento patrimonial, necesario para la conservación de sus efectos. Es la razón que permite la estabilidad de una atribución en el seno del patrimonio receptor. Equivale a la causa eficiente de un enriquecimiento patrimonial[908]. La causa de la atribución no implica necesariamente que exista una contraprestación recíproca entre los contratantes; se trata de una cuestión que

[906] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, pp. 335-336.
[907] STS de 29 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9739, RJ 1989\ RJ 1989\7921; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).
[908] JORDANO BAREA, JUAN B.: "La causa en el sistema del Código civil español", *cit.*, pp. 463-464.

atañe exclusivamente a la onerosidad o a la gratuidad de la atribución[909]. El art. 1901 *in fine* CC alude implícitamente a la causa de la atribución, cuando menciona una causa justa que hace posible la *soluti retentio* y enerva la *condictio indebiti*.

En palabras de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "la causa de la atribución es el negocio jurídico válidamente celebrado. Una atribución puede hacerse, por ejemplo, donandi causa o solvendi causa, pero entonces la causa de la atribución es la donación o un negocio respecto del cual la atribución sea solutio"[910]. Consiguientemente, la causa de la atribución es el propio contrato de donación obligacional, ya que es un título de liberalidad de carácter no transitorio, referido en el mentado art. 1901 CC ("título de liberalidad"), que justifica que el donatario se convierta en titular de la cosa donada con carácter definitivo.

En cuanto a la causa de la obligación, puede ser definida como "la razón objetiva e inmediata, aprobada por el Derecho, por la cual el deudor se ha obligado"[911]. Responde a las siguientes preguntas: ¿*cur debetur*? ¿Por qué se debe? ¿Por qué se obliga uno? Para responder a esta incógnita, parece necesario recurrir a los antecedentes históricos.

A la vista de la elaboración histórica del concepto de causa, JORDANO BAREA señaló que DOMAT planteó la cuestión afirmando que en la donación y en los demás contratos en los que hay una obligación única, la causa de esta última no puede consistir en el hecho actual del otro contratante, cuya actuación se limita a la aceptación. La causa de la obligación tiene su fundamento en cualquier otro motivo razonable y justo, que hace las veces de causa: el mero placer de hacer el bien. Además, enfatizó que POTHIER, después de señalar que toda obligación debía tener una causa honesta, afirmó que, en los contratos de beneficencia, la liberalidad que una de las partes quiere ejercitar hacia la otra es una causa suficiente de la obligación contraída[912].

CLAVERÍA GOSÁLBEZ se mostró conforme con este análisis, afirmando que tanto DOMAT como POTHIER utilizaron un concepto de causa que no se refería al contrato globalmente considerado, sino a la obligación contraída por cada parte contratante[913].

---

[909] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *cit.*, p. 26.
[910] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *cit.*, p. 28.
[911] SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 231, 1971, p. 670.
[912] JORDANO BAREA, JUAN B.: "La causa en el sistema del Código civil español", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Vol. 1*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 461.
[913] CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998, pp. 34-35, 42-43.

Además, destacó que los arts. 1261.3.º CC y 1274 CC son tributarios y recogen en lo fundamental las ideas de ambos juristas franceses. El primero alude a la "causa de la obligación que se establezca", mientras que el segundo, en lo que se refiere a los contratos gratuitos, alude a "la mera liberalidad del bienhechor"[914].

Por esta razón, según JORDANO BAREA, "en los contratos de «pura beneficencia» (donación simple -art. 618 Cc.- y comodato -art. 1.740, párrafo penúltimo) y demás contratos cuando son gratuitos (mutuo, depósito, transporte, mandato, fianza, etc.)", la causa es "«la mera liberalidad del bienhechor» o *animus donandi*, entendido como la abstracta voluntad de donar, con independencia de los motivos o móviles subjetivos de tal acto jurídico, que son su causa impulsiva o aquello que mueve moralmente al donante"[915]. Más resumidamente, GALICIA AIZPURUA dijo que la causa de la obligación en un negocio lucrativo no es más que "enriquecer a otro gratuitamente y, por tanto, sin contrapartidas"[916].

Así las cosas, en el contrato de donación obligacional (como en cualquier otro contrato gratuito) la causa de la obligación coincide con la causa subjetiva[917]. Aunque esta coincidencia pueda resultar paradójica a primera vista, ello no implica que la causa de la obligación deje de ser objetiva: no en el sentido de que la causa se sitúe fuera del sujeto, sino

---

[914] CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: *La causa del contrato*, *cit.*, pp. 64-66.

[915] JORDANO BAREA, JUAN B.: "La causa en el sistema del Código civil español", *cit.*, p. 462.

[916] GALICIA AIZPURUA, GORKA HORACIO: "Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código Civil Español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión General de Codificación)", *Revista de Derecho Privado*, núm. 94, 2010, p. 37.

[917] En contra de este planteamiento, sustentado en los antecedentes históricos de la causa de los contratos gratuitos, se manifestó VIVAS TESÓN. Para esta autora, "si acudimos a lo dispuesto por el art. 1274 CC, comprobaremos que la pregunta [¿]*cur debetur*?, en relación a los contratos onerosos, encuentra una rápida respuesta: la prestación de una parte encuentra su razón de ser en la contraprestación de la otra. No sucede lo mismo, aunque a primera vista pudiera parecer lo contrario, cuando se formula la misma cuestión en relación a los contratos gratuitos, lucrativos o *de pura beneficencia*, como los llama el Código, porque ¿*cur debetur* quien promete donar algo de su patrimonio a otra persona? De otro modo, ¿por qué está obligado a incrementar el patrimonio de otro a costa del empobrecimiento del suyo propio? ¿[P]or qué debe dar sin recibir a cambio ninguna contraprestación? Si se responde que por *la mera liberalidad del bienhechor*, como señala el art. 1274 CC, con ello se incurriría en el fatal error, que ya comete el precepto, de estar confundiendo la *causa obligandi* con los intereses o motivos internos que mueven al promitente a comprometerse a hacer una prestación gratuita y que se agotan en el mero plano psicológico" (VIVAS TESÓN, INMACULADA: "La invalidez de la promesa de donación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 145-146). Desde nuestro punto de vista, este criterio incurre en un error de partida, pues confunde a la causa subjetiva de los contratos gratuitos con los móviles de la parte contratante que asume el sacrificio patrimonial. Por otro lado, olvida que el art. 1274 CC es fiel a DOMAT y a POTHIER, que identificaron la causa de la obligación en los contratos gratuitos o de pura beneficencia con la mera liberalidad del bienhechor. Finalmente, de asumirse este planteamiento hasta sus últimas consecuencias, nunca existiría causa de la obligación en los contratos gratuitos: ni en la donación obligacional, pero tampoco en el comodato, en el préstamo, en el mandato, en el depósito o en el afianzamiento gratuito. Creemos que esta aproximación pretende analizar la causa de la obligación desde la perspectiva del contrato oneroso, concluyendo implícitamente (y a nuestro juicio, equivocadamente) que en ausencia de reciprocidad nunca habría causa de la obligación.

en la medida en que puede apreciarse con independencia de toda penetración en la motivación psicológica personal. Como señaló SANCHO REBULLIDA, "el ánimo de liberalidad está dentro del sujeto; pero se exterioriza -al menos negativa y provisionalmente- por el hecho de no recibir nada a cambio de su prestación"[918].

4.5 Los requisitos de la causa de la donación obligacional

Los arts. 1275 a 1277 CC regulan los requisitos de la causa de los contratos, que se aplican a las donaciones obligacionales. Nos limitaremos a exponer los principales supuestos en los que tales requisitos no se cumplirían, lo que produciría la nulidad de pleno derecho del contrato.

En primer lugar, la causa de la donación obligacional ha de existir, pues en caso contrario el contrato no producirá efecto alguno (art. 1275 CC). El ejemplo más evidente de inexistencia de causa es el de simulación absoluta (por ejemplo, una donación obligacional en la que la cosa donada jamás se entrega al donatario, porque nunca ha existido una auténtica voluntad de transmitir la propiedad).

En segundo lugar, la causa debe ser cierta o verdadera (art. 1276 CC). En las donaciones, la simulación relativa constituye el supuesto paradigmático de causa falsa: se simula una compraventa que disimula una donación, con la consabida finalidad de evitar el pago de impuestos. La donación de inmuebles disimulada en una escritura pública de compraventa dio lugar a una agria polémica doctrinal, acrecentada por los vaivenes y cambios de criterio mantenidos por la jurisprudencia a lo largo del siglo XX[919]. No obstante, desde la STS de 11 de enero de 2007[920], el Tribunal Supremo viene señalando de manera

---

[918] SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil", *cit.*, p. 671.

[919] *Vide* al respecto GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN: "La invalidez de las donaciones disimuladas: cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 360-372.

[920] STS de 11 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:822, RJ 2007\1502; ponente Antonio Gullón Ballesteros): "Esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo animus donandi del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 CC, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos. Esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria. El art. 633 no hace ninguna excepción de lo que preceptúa para

unívoca que la donación disimulada de bienes inmuebles siempre es nula, aunque la conversión de la compraventa en donación no perjudique a los acreedores del donante ni a sus herederos forzosos, con el argumento de que la voluntad de donar debe constar claramente determinada en la escritura pública, que debe ser precisamente de donación, sin que se cumpla tal formalidad a través de la escritura de compraventa simulada[921].

En tercer lugar, la causa debe ser lícita. El art. 1275 CC señala que "es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral". Normalmente se prescinde de los motivos perseguidos por los contratantes al celebrar el contrato para determinar su validez, salvo que ambas partes se propongan alcanzar un fin contrario a las leyes o la moral, o que dicha finalidad la persiga una sola de las partes, pero le conste a la otra parte y lo acepte. En el

ninguna donación, además de que la remuneratoria no tiene ningún régimen especial, es el móvil remuneratorio el que guía el animus donandi del donante nada más; móvil indiferente jurídicamente para el Derecho, que no causa, del negocio jurídico. (…) El criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)".

[921] De una forma un tanto incongruente, la STS de 14 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2688, RJ 2011\3591; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel) no reputó nula una donación de participaciones sociales, disimulada en una compraventa, con dos argumentos: a pesar de no ser válida la forma de la escritura de compraventa simulada, la donación disimulada de bienes muebles se hizo con entrega simultánea de la cosa donada (art. 632.I CC); y "ese cambio subjetivo en la condición de socio se considera producido en la sentencia recurrida, al derivar de las actuaciones el nítido reflejo de que, desde la aparente venta y disimulada donación, fue el hijo del demandante quien ejercitó sin oposición conocida los derechos de socio". Parece por tanto que la jurisprudencia no considera nula la donación disimulada de bienes muebles. Ello resulta criticable, pues los argumentos sostenidos para sustentar la nulidad de las donaciones disimuladas de bienes inmuebles son perfectamente extrapolables a las donaciones disimuladas de bienes muebles, ya que no solo afectan a la forma, sino especialmente a la veracidad de la causa. No parece razonable hacer descansar la validez o la nulidad de la donación disimulada exclusivamente en los requisitos formales, que serán cumplidos, o no, en función del carácter mueble o inmueble de los bienes transmitidos, y a la vista de las circunstancias concurrentes.

ámbito de las donaciones, la ilicitud suele estar vinculada con la defraudación de los derechos de los acreedores[922] y de los legitimarios[923].

Finalmente, el art. 1277 CC sienta el principio de presunción de existencia de causa, pues "aunque la causa no se exprese en el contrato, se presume que existe y que es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario". Esta presunción es igualmente aplicable a la donación obligacional. Evidentemente, la presunción es *iuris tantum*, por lo que es posible destruir la presunción legal[924].

4.6 El denominado *animus donandi*

Como ha quedado expuesto, doctrina y jurisprudencia aluden habitualmente al *animus donandi* cuando se refieren a la causa de la donación. La reiterada mención del término

[922] La STS de 27 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1970, RJ 2007\1616; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) señaló que las donaciones en fraude de acreedores pueden ser rescindidas si defraudan los intereses de los acreedores, y además pueden ser declaradas nulas por tener una causa ilícita: "La pregunta que procede es si sólo el fraude da lugar a la rescisión o puede tratarse de una causa ilícita que produzca la nulidad, conforme al artículo 1275. La respuesta es positiva, en su segundo inciso. El propio artículo 1305 contempla la nulidad que proviene de la ilicitud de la causa, si el hecho constituye un delito o falta. El hecho de que el matrimonio demandado, recurrente en casación, haya sido condenado por delito por razón de la donación, precisamente de la que aparece con causa ilícita, es decisivo. La comisión de un delito lleva más allá de la ineficacia sobrevenida del negocio jurídico, como es la rescisión. La ejecución de un hecho -contrato de donación en escritura pública- que es calificado en sentencia firme como delito doloso es nulo desde el principio, en estricta aplicación del artículo 1275: la causa debe ser lícita; es ilícita -como dispone esta norma- la que es contraria a la Ley -como el caso extremo de ser delictiva- y el contrato con causa ilícita es nulo, en aplicación del artículo 6.3. Como ya decía la sentencia de 13 de marzo de 1997, la ilicitud causal que prevé el artículo 1275, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, supone la concurrencia de causa, pero resulta viciada por oponerse a las Leyes o a la moral en su conjunto, cualesquiera que sean los medios empleados para lograr tal finalidad, elevándose el móvil a la categoría de causa en sentido jurídico, ya que aquél imprime a la voluntad la dirección finalista ilícita y reprobable del convenio (Ss. de 8-2-1963, 2-10-1972, 22-11-1979, 14-3 y 11-12-1986), descansando a su vez la ilicitud de la causa en la finalidad negocial inmoral o ilegal común a todas las partes (Ss. de 22-12-1981 y 24-7-1993)".

[923] La STS de 20 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4501, RJ 2007\5574; ponente Encarnación Roca i Trias) dijo que "Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del Código civil si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del Código civil. (…) La Sala sentenciadora al no tener en cuenta los indicios que concurren en el presente recurso relacionados con la intención defraudatoria de la causante y vendedora, que pretendió perjudicar los derechos de la hija legitimaria con las ventas simuladas que efectuó a favor de sus nietos y de la esposa de uno de ellos, no aplicó correctamente el artículo 1275 del Código civil, en el sentido interpretado por esta Sala cuando se refiere a las donaciones en fraude de legitimarios. Porque, como ya se ha señalado, la jurisprudencia ha considerado que las donaciones que han buscado la lesión de estos derechos atribuidos por la Ley a determinadas personas en la sucesión de su causante tienen causa ilícita".

[924] La STS de 26 de febrero de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:9227, RJ 1987\740; ponente Ramón López Vilas) dijo que "si bien es cierto que el artículo mil doscientos setenta y siete del Código Civil establece una presunción legal a favor de la existencia e ilicitud de la causa de los negocios jurídicos y exonera a los favorecidos por ella de la carga de la prueba, no lo es menos que admite la posibilidad de que se acredite lo contrario (…) a través de las manifestaciones de los interesados en sus respectivos escritos".

resulta sorprendente, en la medida en que en ninguna norma positiva es posible hallar referencia expresa al *animus donandi*[925].

Según DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, la expresión no es referida por ningún autor anterior o inmediatamente posterior a la entrada en vigor del CC[926], y parece que su uso se generalizó a partir del momento en que CASTÁN TOBEÑAS señaló en sus manuales que la donación requiere tres elementos esenciales: empobrecimiento del donante, enriquecimiento del donatario y *animus donandi*.

En la doctrina de los últimos cuarenta años se ha abierto paso una corriente, cada vez más influyente, que niega que el *animus donandi* constituya un requisito específico de la donación. Se afirma que con esa expresión se está haciendo referencia al simple consentimiento negocial manifestado por el donante y por el donatario, o lo que es lo mismo, a la voluntad conjunta de transmitir y de recibir, respectivamente, una cosa de manera gratuita, a título de donación, sin que medie contraprestación de ninguna clase.

Para VÁZQUEZ IRUZUBIETA, "el *animus donandi* no constituye un ánimo especial y exclusivo de la donación, sino simplemente uno muy general, que se traduce en el consentimiento necesario para llevar adelante el negocio jurídico"[927]. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN expresó que "lo que se viene llamando *animus donandi* no es otra cosa que el consentimiento prestado por el donante al negocio de donación, es decir, la voluntad negocial referida al tipo concreto de negocio (la voluntad sobre la causa), sin que sea posible aislar, como elemento distinto, el propósito de ser generoso, dadivoso o munificente que el donante pueda perseguir, pues ello no es otra cosa que su interna motivación"[928]. MARÍN CASTÁN afirmó que "la regulación que hace el CC se acomoda mucho mejor a la tesis doctrinal minoritaria que identifica la liberalidad con el propio consentimiento negocial, independientemente de los motivos internos del donante"[929]. Aludiendo al *animus donandi*, PARRA LUCÁN dijo que "resulta difícil, configurar ese ánimo de liberalidad como algo distinto de la voluntad de donar, del consentimiento que es preciso para que exista la donación. Lo relevante para que haya donación no son los impulsos, los motivos desinteresados o la generosidad, sino la intención de determinar un enriquecimiento sin

[925] GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit.*, p. 527.
[926] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El *animus donandi*", *cit.*, pp. 313-314.
[927] VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, *cit.*, pp. 872-873.
[928] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El *animus donandi*", *cit.*, p. 307.
[929] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit.*, p. 139.

contraprestación"[930]). Y COSTAS RODAL manifestó que "para la calificación de un negocio como donación no ha de buscarse un específico *animus donandi*. Ese *animus* ya se encuentra de por sí en el propio consentimiento que perfecciona la donación y que supone un enriquecimiento en el destinatario"[931].

A mayor abundamiento, un análisis jurisprudencial demuestra que el término *animus donandi* ha sido empleado con muy diversas finalidades, pero nunca hasta el punto de exigir que la donación deba contener un pretendido requisito esencial no previsto legalmente. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, el Tribunal Supremo ha utilizado la expresión a modo de tópico en los siguientes supuestos[932]:

- Para calificar supuestos concretos que se presentan como dudosos. En tales casos, el *animus donandi* no aparece teñido de espíritu de liberalidad, ya que es una simple manera de traer a colación la regla de interpretación de los contratos a la vista de la voluntad de los contratantes.
- En los casos de simulación, en que aparece una compraventa simulada y hay que decidir si la donación disimulada es o no es válida. Lo que supone que el *animus donandi* no sea otra cosa que la voluntad de donar y de recibir como donación, una voluntad negocial referida a una *causa donandi*.
- En negocios que se presentan externamente como donación, pero que en realidad constituyen una fiducia *cum amico*. En este ámbito, la cuestión sigue guardando relación con la demostración de la voluntad negocial.
- Para negar la existencia de donación cuando tras la celebración del contrato sigue existiendo un amplísimo o ilimitado poder de disposición del donante sobre los bienes donados, lo que pone en cuestión la misma existencia de donación, caracterizada por la transmisión al donatario de las cosas donadas.
- Para discernir entre donaciones *inter vivos* y donaciones *mortis causa* que no respetan la forma testamentaria exigida por el art. 620 CC. Esta valoración vuelve a incidir en la calificación negocial y en la indagación del propósito de las partes.

[930] PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "La donación", *cit.*, p. 82.
[931] COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", *cit.*, p. 2829.
[932] DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El *animus donandi*", *cit.*, pp. 327, 330. Le sigue en lo fundamental TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", *cit.*, pp. 2553-2555.

Desde otra óptica, se ha manifestado que la liberalidad sería una impronta genérica que daría cabida a un elenco muy amplio de negocios típicos y atípicos gratuitos, y que el *animus donandi* serviría para individualizar a la donación, pues siempre produce el desplazamiento patrimonial de la propiedad o de otro derecho real[933]. En contra de esta visión, podría sostenerse que todos los contratos gratuitos comparten la liberalidad del bienhechor como causa subjetiva, pero para distinguir la donación de los demás contratos gratuitos basta la causa objetiva, la función típica del contrato, que evidentemente difiere en la donación: la transmisión de una cosa a cambio de nada.

Desde nuestro punto de vista, resulta anómalo defender la existencia del *animus donandi* como elemento esencial de toda donación cuando no existe ninguna previsión legal de la que así se deduzca, expresa o implícitamente. Si con la expresión se pretende argumentar la necesidad de que en toda donación existan tanto la liberalidad como la gratuidad, tales requisitos ya se deducen de la definición legal de donación (art. 618 CC: "acto de liberalidad") y de la causa de los contratos gratuitos (art. 1274 CC: "en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor").

En todo caso, aun admitiendo a meros efectos dialécticos que toda donación precise de un especial *animus donandi*, entendiendo por tal la voluntad liberal o munificente del donante, que consiste transmitir algo al donatario a cambio de nada, la donación obligacional cumpliría sin duda tal requisito, en la medida en que el donante, de manera liberal, se compromete a transmitir una cosa a otra persona sin recibir nada a cambio.

5. Elementos formales

En este apartado analizaremos si la donación obligacional está regida por el principio de libertad de forma, o si por el contrario es un contrato formal, que debe cumplir los requisitos establecidos en los arts. 632 y 633 CC. A tal efecto, consideramos necesario analizar la evolución histórica de los requisitos formales de las donaciones, y contextualizarla a la vista de los requisitos formales exigidos a los demás contratos gratuitos. Tras analizar cuáles son los requisitos formales que establece el CC para las donaciones

[933] TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", *cit.*, pp. 2555-2556.

dispositivas, y sus implicaciones, determinaremos si tales requisitos son o no aplicables a las donaciones obligacionales.

5.1 Las formalidades de las donaciones a lo largo de la historia

A lo largo de los siglos, siempre se han exigido formalidades especiales para las donaciones. Analizaremos brevemente esta cuestión comenzando por el Derecho justinianeo, a la vista de la influencia que tuvo en los distintos ordenamientos jurídicos hispánicos.

5.1.1 Derecho justinianeo

En el Derecho justinianeo, los requisitos formales entraban en juego en función de la cuantía de la donación. Las donaciones de cuantía superior a quinientos sueldos exigían la escritura y la *insinuatio* o registro en los archivos públicos. Sin embargo, a las donaciones de cuantía inferior no se les exigía ninguna formalidad, bastando el simple pacto o convenio.

5.1.2 Derecho castellano

El Derecho castellano siguió fielmente a la regulación justinianea. P 5.4.9 disponía que si el donante "quisiere dar a otro ome, o a otro logar, puede lo fazer sin carta fasta quinientos marauedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas, non valdría. Fueras ende si lo fiziesse con carta, e con sabiduria, del mayor judgador, de aquel logar, do fiziesse la donacion". Por consiguiente, la carta de donación no constituía un requisito formal esencial para toda donación, ya que solo se exigía la escritura y la insinuación judicial cuando la cosa donada tuviese un valor superior a quinientos maravedís. Las donaciones de menor cuantía podían realizarse sin cumplir ningún requisito formal, incluso verbalmente[934].

La doctrina castellana manifestó durante siglos que la finalidad de la insinuación era constatar la existencia de una conducta humana madura, es decir, una auténtica manifestación liberal por parte del donante, alejada de vicios del consentimiento, evitando al mismo tiempo una dilapidación pródiga de bienes provocadas por un exceso de levedad de ánimo[935]. A mediados del siglo XIX, DE POU mantenía los mismos argumentos, haciendo hincapié en que la insinuación pretendía "evitar que los donantes fueran víctimas de algun

[934] ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, pp. 122-123.
[935] ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, p. 127.

engaño ó seducción, ó que por este medio no destruyesen su patrimonio con donaciones inmoderadas"[936].

La aplicación práctica de la regulación de las Partidas resultó conflictiva durante el siglo XIX, pues con los cambios de moneda de curso legal no era sencillo determinar el importe a partir del cual las donaciones debían constar por escrito y ser insinuadas, y además, se dudaba si procedía realizar un ajuste correspondiente con la actualización del valor de la moneda corriente[937]. El Tribunal Supremo acabó determinando que la donación debía constar en escritura pública y ser insinuada cuando su cuantía excediese de 30.073 maravedís[938].

La insinuación comportaba la aprobación de la donación por la autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes[939], y no podía ser suplida por la inscripción de la donación en el Registro de la Propiedad[940]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo señaló reiteradamente que las donaciones no insinuadas en contra de lo establecido en P 5.4.9 debían ser reputadas nulas, dado que se trataba de un requisito esencial e insubsanable[941]. No obstante, la nulidad se limitaba a la parte de la donación que excediese

---

[936] DE POU, FRANCISCO: "De la insinuación de las donaciones", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 16, 1860, p. 28.

[937] ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, pp. 123-124.

[938] La STS de 30 de abril de 1875 (JC, t. 32, 192; ponente José Fermín de Muro; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-) se refirió ambiguamente a esta cuestión: "ya se suponga el valor de los 500 maravedís de oro el de 25.600 rs., ya se eleve al de 30.037 rs. de la moneda actual". En cambio, la STS de 14 de diciembre de 1877 (ECLI:ES:TS:1877:35, JC, t. 38, 453; ponente Federico Guzmán y Magadán) fue más precisa, ya que consideró procedente "la nulidad de la donación hecha por D. Antonio Collantes á sus sobrinas Doña Sofía, Doña Luisa y D. Emilio en escritura de 4 de Mayo de 1861 en cuanto excede dé la cantidad de 30.073 rs". Según GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, los 30.073 reales fueron determinados por la Escuela Diplomática a resultas de un requerimiento judicial (GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, *cit.*, pp. 95-96).

[939] STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano): "La repetida ley, al ordenar que para ser válidas las donaciones inmensas entre vivos, en cuando escedan de 500 mrs. de oro, deben hacerse con *sabidoría del mayor judgador de aquel logar*, no se propuso, segun la inteligencia que de antiguo viene dándose á tan significativas palabras, conforme á la razón filosófica de dicha disposicion, establecer una vana fórmula, cual lo sería no teniendo la insinuacion mas objeto que el que supone el recurrente; sino revestir al Juez de la autoridad necesaria para aprobarlas ó no, con conocimiento de causa (…) pidiendo para la mayor validez de la donación que se aprobase judicialmente en el escrito con que presentó la escritura al Juzgado".

[940] STS de 11 de junio de 1862 (ECLI:ES:TS:1862:222, JC, t., 7, 154; ponente Pedro Gómez de Hermosa): "El registro de la donación hecho oportunamente en/ el oficio de hipotecas no exime del requisito esencial de la insinuación espresamente ordenada, porque aquel se hace sin autorización alguna del Juez, y esta la presupone con toda solemnidad".

[941] La STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano) puso de manifiesto que "el requisito esencial en cuya falta se funda la sentencia, es de tal naturaleza que no puede suplirse ni subsanarse por lo que la Doña María Jesus Palacios haya dicho ó confesado judicial o extrajudicialmente". La STS de 30 de abril de 1875 (JC, t. 32, 192; ponente José Fermín de Muro) dijo:

de quinientos maravedís, conservando validez parcial la donación hasta el límite de dicho importe[942].

5.1.3 Derecho navarro

En Navarra, en virtud de una ley aprobada por las Cortes en 1569, las donaciones de bienes cuyo valor excediese de trescientos ducados debían constar en escritura pública, hecha ante Notario y testigos. El incumplimiento de esta formalidad comportaba la nulidad de la entera donación[943].

Esa misma ley también señalaba que las donaciones de cuantía superior a trescientos ducados también tenían que ser insinuadas ante el Juez competente[944]. Posteriormente, una ley aprobada en 1642 aclaró que las donaciones no insinuadas que excediesen de trescientos ducados serían nulas en su totalidad, no solo en lo que excediesen de dicha suma. Sin embargo, como excepción, la misma ley admitió la validez de las donaciones no insinuadas, aunque excediesen de trescientos ducados, siempre que estuviesen hechas con juramento de los donantes y constasen en escritura pública[945].

Los trescientos ducados equivalían a mediados del siglo XX a unas mil cuatrocientas pesetas, razón por la cual el juramento prestado por el donante en escritura pública se convirtió en Navarra en una práctica inveterada, que desplazó a la insinuación[946]. La

"Considerando, respecto a la falta de insinuación, que siendo gratuita y libre la donación de que va hecho mérito respecto a los herederos de D. Mariano Collantes, era indispensable su insinuacion para que produjera sus efectos legales, si el valor de lo donado excede de 500 maravedís de oro, conforme lo dispone la ley 9.ª del tít. 4.º, Partida 5.ª".

942 La STS de 26 de enero de 1866 (JC, t. 13, 35; ponente Pedro Gómez de Hermosa; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-) confirmó el criterio de la Audiencia, que había decretado la nulidad de una donación "en lo que escediese de los 500 maravedises de oro". El mismo criterio fue adoptado por la STS de 5 de noviembre de 1881 (ECLI:ES:TS:1881:200, JC, t. 46, 238; ponente Benito de Ulloa y Rey).

943 ALONSO RUIZ DE CONEJARES, JOSÉ: *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra que han quedado vigentes despues de la modificacion hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Tomo II*, *cit.*, pp. 162-163; ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra*, *cit.*, pp. 110-112.

944 ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra*, *cit.*, p. 133.

945 ALONSO RUIZ DE CONEJARES, JOSÉ: *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra que han quedado vigentes despues de la modificacion hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Tomo II*, *cit.*, p. 163; ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra*, *cit.*, pp. 133-135.

946 ALONSO RUIZ DE CONEJARES, JOSÉ: *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra que han quedado vigentes despues de la modificacion hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Tomo II*, *cit.*, pp. 163-164; ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra*, *cit.*, p. 135.

jurisprudencia del Tribunal Supremo acredita la aplicación práctica de los requisitos formales de la donación navarra durante los siglos XIX y XX[947].

La insinuación judicial, así como el juramento notarial alternativo del donante, dejaron de ser utilizados tras la entrada en vigor de la Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

Actualmente, el apartado a) de la Ley 161 de la Compilación dispone que "son nulas las donaciones de bienes inmuebles que no se otorguen en escritura pública", sin que esté expresamente regulada la forma de las donaciones de bienes muebles.

5.1.4 Dret català

La situació en el Dret català va ser molt complexa en relació amb les formalitats de les donacions.

Inicialment regia en el Principat el sistema romà de la insinuació judicial de les donacions que excedien d'una determinada quantitat, com a requisit per a la seua validesa. Per tant, s'aplicava el règim jurídic de la donació justinianea. Tanmateix, la Constitució atorgada pel rei Ferran II en les Corts de Barcelona de 1503, coneguda per les seues paraules inicials, "per tolre fraus", deia que per a prevenir els graus que freqüentment es cometien amb les donacions, totes les que excediren de cinc-cents florins havien ser registrades a las cúries dels jutges ordinaris de la capital de cada Vegueria, amb indicació del dia en què es registraven, els noms dels donants i dels donataris i el Notari autoritzant. Si les dites donacions no eren registrades deu dies abans del préstec o del contracte, no perjudicarien ni podrien perjudicar als creditors, tot i que els seus crèdits foren posteriors[948]. Aquesta

[947] La STS de 21 de noviembre de 1867 (ECLI:ES:TS:1867:24, JC, t. 16, 325; ponente Buenaventura Alvarado y Sotomayor) dijo que "las donaciones no necesitan para su validez de la insinuación judicial sino cuando son puras o simples y esceden de 300 ducados en Navarra, y de 500 mrs. de oro en Castilla, según la legislación respectiva". La STS de 15 de febrero de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:144, JC, t. 54, 60; ponente Ricardo Díaz de Rueda) indicó que "la insinuación es solamente necesaria en las donaciones puras y simples que excedan de la tasa legal, cuya doctrina es lo mismo en Navarra que en Cataluña puesto que en ambos territorios rige el Derecho romano como supletorio de la legislación especial". La STS de 9 de julio de 1940 (RJ 1940\693, ponente desconocido; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-) señaló que "el acto de liberalidad de que se trata constituye una donación pura y simple en la que es manifiesto faltan los requisitos de forma necesarios para su validez, pues excediendo el valor de lo donado de la suma de 300 ducados, deberían haber mediado el otorgamiento de escritura pública y la insinuación o el juramento; y al no concurrir estos requisitos, resultan evidentes la nulidad de la donación, a virtud de lo ordenado en las leyes segunda y tercera, Título séptimo, Libro tercero de la Novísima Recopilación de Navarra, la ineficacia del documento de 6 de febrero de 1927".

[948] DE BROCÀ I MONTAGUT, GUILLEM MARIA, Y AMELL I LLOPIS, JOAN: *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente, ó sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y*

normativa va constituir la versió catalana de la recepció del Dret comú pels diversos països que modificaren el sistema original romà de l'acció revocatòria o pauliana, mantenint l'*eventus damni*, però eliminant en les donacions el *consilium fraudis*, que va ser substituït per presumpcions que consideraven l'existència de frau en el deutor donant. El frau s'objectivava, atés que prevalia el dret de crèdit front a una donació posteriorment atorgada[949].

Davant els Tribunals catalans es va suscitar freqüentment una qüestió d'indubtable transcendència pràctica, degut a què els cinc-cents florins equivalien a principis del segle XX tot just mil cent trenta-dues pessetes amb vint-i-hui cèntims[950]: si havien d'aplicar-se simultàniament la insinuació justinianea i la insinuació catalana com a mecanisme de prevenció de les defraudacions, o si per contra la segona havia desplaçat la primera, tal i com generalment ho afirmava la doctrina jurídica catalana[951]. La finalitat d'ambdues formalitats era ben diferent, atés que la insinuació justinianea constituïa un requisit de validesa de les donacions entre les partes contractants, en tant que la insinuació catalana de la donació era un mecanisme d'oposabilitat front a tercers i de protecció dels creditors[952].

La jurisprudència del Tribunal Suprem es va mostrar dubitativa. Generalment, va prevaler la tesi favorable a la coexistència de las dues insinuacions, justinianea i catalana[953].

---

precedida de una introducción histórica. Tomo Segundo, *cit.*, pp. 242-246; PELLA I FORGAS, JOSEP: *Derecho Civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código Civil Español. Tomo III*, *cit.*, pp. 15-16.

949 En relació amb l'evolució de les formalitats que envoltaren les donacions a Catalunya, resulta interessant la STSJ de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal) de 30 de gener de 1992 (RJ 1992\10631; ponent José Antonio Somalo Giménez). Aquesta Sentència no consta en la base de dades del Consell General del Poder Judicial (CENDOJ).

950 DE BROCÀ I MONTAGUT, GUILLEM MARIA, Y AMELL I LLOPIS, JOAN: *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente, ó sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica. Tomo Segundo*, *cit.*, p. 245.

951 DE BROCÀ I MONTAGUT, GUILLEM MARIA, Y AMELL I LLOPIS, JOAN: *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente, ó sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica. Tomo Segundo*, *cit.*, p. 243; PELLA I FORGAS, JOSEP: *Derecho Civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código Civil Español. Tomo III*, *cit.*, pp. 16-19. En contra, afirmant la compatibilitat d'ambdues insinuacions, BORRELL I SOLER, ANTONI MARIA: *Derecho Civil vigente en Cataluña. Tomo Tercero. Obligaciones*, *cit.*, p. 320.

952 DOMÍNGUEZ DE MOLINA, JOAQUÍN: "Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 71, 1954, p. 503.

953 DOMÍNGUEZ DE MOLINA, JOAQUÍN: "Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña", *cit.*, p. 510. *Vide* STS de 21 de maig de 1845 JC, t. 1, 16; ponent Manuel Antonio Caballero del Pozo); aquesta Sentència no consta en la base de dades del Consell General del Poder Judicial -CENDOJ-); STS de 13 de març de 1869 (JC, t. 19, 69; ponent Laureano de Arrieta Barcina; aquesta Sentència no consta en la base de dades del Consell General del Poder Judicial -CENDOJ -); STS de 15 de febrer de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:144, JC, t. 54, 60; ponent Ricardo Díaz de Rueda): "La insinuación es solamente necesaria en las donaciones puras y

Tanmateix, en algunes ocasions el Tribunal Suprem també va afirmar que la insinuació catalana havia derogat implícitament a la justinianea[954]. L'última vegada que el Tribunal Suprem s'hi va pronunciar va ser en la STS de 13 de maig de 1952[955], on va manifestar rotundament que la insinuació romana no tenia vigència a Catalunya, ja que la normativa catalana només regulava una insinuació especial per a prevenir els fraus perpetrats contra els creditors del donant.

En tot cas, la polèmica va arribar a la seua fi amb l'entrada en vigor de la Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del Dret Civil Especial de Catalunya, l'art. 340 de la qual

simples que excedan de la tasa legal, cuya doctrina es lo mismo en Navarra que en Cataluña puesto que en ambos territorios rige el Derecho romano como supletorio de la legislación especial"; STS de 8 d'octubre de 1889 (ECLI:ES:TS:1889:118, JC, t. 66, 63; ponent José Balbino Maestre); STS de 9 de desembre de 1891 (ECLI:ES:TS:1891:50, JC, t. 70, 129; ponent Joaquín González de la Peña): "La Constitución 1.ª, tít. 9°, libro 8.° de las de Cataluña, según tiene declarado este Tribunal Supremo en las mismas sentencias invocadas por el recurrente y en otras varias, tan sólo tuvo por objeto proteger á los acreedores contra las donaciones hechas en su perjuicio por sus propios deudores, sin que al exigir el registro de tales actos sustituyera con otro distinto el régimen establecido por el derecho romano respecto á la insinuación judicial, que tiene un objeto diverso y produce efectos también distintos"; STS de 24 d'abril de 1894 (ECLI:ES:TS:1894:147, JC, t. 75, 124; ponent Diego Montero de Espinosa); STS de 19 de maig de 1903 ((ECLI:ES:TS:1903:30, JC, t. 95, 151; ponent Pedro Lavín y Olea): "Es requisito esencial para la validez de las donaciones que excedan de 500 florines la insinuación de las mismas, según la Constitución primera, tít. 11, libro 8.°, volumen 1.° de las Constituciones de Cataluña, complementaria de las leyes romanas que con aquélla se invocan en el motivo tercero"; STS de 14 de desembre de 1910 ((ECLI:ES:TS:1910:4, JC, t. 119, 114, ponente Luciano Obaya Pedregal), ponent Luciano Obaya Pedregal); i STS de 27 de desembre de 1935 (ECLI:ES:TS:1935:919, RJ 1935\2478; ponent José Manuel Puebla y Aguirre).

[954] STS de 31 de gener de 1861 (ECLI:ES:TS:1861:207, JC, t. 6, 33; ponent Antero de Echarri Ciga): "La Constitución 1.º, Lít. 9.º, lib. 8.º, volumen 1.° de las vigentes en Cataluña solo anula las donaciones, que carecen de los requisitos en ella espresados, cuando se hacen ó resultan en perjuicio de los acreedores, circunstancia que no ha tenido lugar en el caso de este pleito"; STS de 11 de juny de 1862 (ECLI:ES:TS:1862:222, JC, t., 7, 154; ponent Pedro Gómez de Hermosa); STS de 29 de setembre de 1865 (ECLI:ES:TS:1865:32, JC, t. 12, 327; ponent José María Herreros de Tejada): "El fuero especial que rige en Cataluña autoriza las donaciones entre vivos de padres á hijos, sin mas limitaciones que la de que no han de perjudicar a los acreedores del donador"; STS de 29 de desembre de 1870 (ECLI:ES:TS:1870:44, JC, t. 23, 56; ponent Laureano de Arrieta Barcina); STS de 7 d'abril de 1916 (ECLI:ES:TS:1916:192, JC, t. 136, 19; ponent Luciano Obaya Pedregal): "El recurso se limita hoy, por no haberse insinuado la donación, á impugnar su validez y eficacia, fundándose el demandante en que al decidir este asunto el Tribunal sentenciador interpreta con error la Constitución 1.a, tít. 9.°, lib. 8.°, vol. 1.° de Cataluña; Considerando que es tan inexacto el supuesto anterior, como que aquella disposición establece terminantemente que aunque no sean insinuadas las donaciones, sólo cabe reputarlas nulas cuando resultan hechas en perjuicio de los acreedores del donante".

[955] STS de 13 de maig de 1952 (RJ 1952\1501, ponent Mariano Miguel y Rodríguez): "No es posible desconocer la diferencia de los efectos que en cada uno de los sistemas produce la falta de insinuación, puesto que si en el Derecho romano lleva esta falta consigo la nulidad, en el foral, del que aquél es supletorio, la invalidez que previene se supedita a la realidad demostrada de un fraude o perjuicio posible, por lo que no es aventurado ni incierto entender que, refiriendo la disposición del derecho especial de Cataluña la invalidez de las donaciones a las en que se diera aquella condición, modificó, limitando su efecto anulativo, la del Derecho romano, siendo clara razón de que así se entienda, que para que la sanción de nulidad impuesta por el Derecho romano recayera también sobre las donaciones no insinuadas, u ocasionales de perjuicio a los acreedores del donante, era innecesaria la disposición general examinada, ya que el caso estaría comprendido en la generalidad de lo estatuido en aquel Derecho al regular las consecuencias de la falta del requisito de las insinuación". Aquesta Sentència no consta en la base de dades del Consell General del Poder Judicial (CENDOJ).

disposava que “per a la validesa de les donacions, qualsevol que en sigui la quantia, no serà exigit el requisit de la insinuació”.

Actualment, l’art. 531-12 del Codi Civil de Catalunya regula la forma de les donacions d’una manera pràcticament idèntica als arts. 632 i 633 CC, doncs exigeix uns requisits formals diversos en funció del caràcter moble o immoble dels béns donats[956].

5.1.5 Derecho aragonés

En Aragón, la donación debía hacerse en instrumento notarial, ante testigos y con fianza de salvedad[957]. Adicionalmente, la donación debía ser insinuada si su cuantía excedía de quinientos sueldos jaqueses.

La insinuación aragonesa consistía en la presentación al Juez ordinario de la escritura de donación, solicitando el donante que interpusiese en ella su autoridad. El instrumento público de la donación debía ser continuado con el instrumento público de la insinuación, por lo que a la forma pública notarial se le añadía una nueva forma pública judicial. El Notario levantaba acto público ante dos testigos, que debían ser distintos de los que habían

[956] “Article 531-12. Forma.
1. Les donacions de béns immobles solament són vàlides si els donants les fan i els donataris les accepten en una escriptura pública. L'acceptació feta en una escriptura posterior o per mitjà d'una diligència d'adhesió s'ha de notificar de manera autèntica als donants.
2. Les donacions de béns mobles s'han de fer per escrit. Les donacions verbals solament són vàlides si simultàniament es lliura el bé donat. S'exceptuen les donacions que es fan amb motiu de captacions públiques de caràcter benèfic, en les quals el lliurament del bé es pot diferir”.

[957] FRANCO Y LÓPEZ, LUIS, y GUILLÉN Y CARABANTES, FELIPE: *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, *cit.*, p. 178. La STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1992\5227; ponente Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat) enfatizó que en el Derecho aragonés siempre se exigió escritura pública para la validez de la donación de bienes inmuebles: “En el Derecho Aragonés la donación de bienes inmuebles ha requerido siempre escritura pública para desplegar su efectividad. Los arts. 1.º y 2.º.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón recogen la tradición jurídica. Los antecedentes históricos se hallan recogidos en el Fuero 3.º «De fide instrumentorum» -de 1247, Libro IV- donde se señala que la donación de una heredad -bien inmueble- requiere para su validez escritura pública, a excepción de la hecha por el Rey, el Príncipe, el religioso y la que se hiciere en testamento. En el mismo sentido la Observancia 20 «De probationibus» indica que el dominio pleno de los bienes sitos sólo puede acreditarse con el título o instrumento. La Jurisprudencia ha mantenido una línea reiterada, uniforme y constante. La Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 4-1-1916 dice que tratándose de una donación, sería indispensable, para que fuese válida, puesto que se trata de cosa inmueble, que se hubiere hecho en escritura pública, como exige la legislación aragonesa en su Fuero 3.º «De fide instrumentorum» y el art. 633 del Código Civil. En el mismo sentido se expresan las sentencias del referido Tribunal de 19-6-1861, 31-3-1862, 8-10-1872, 13-3-1875, 29-10-1881 y 6-4-1894. Este principio ha sido acogido unánimemente por los Juristas aragoneses. Ni el Apéndice Foral de 1925 (Sentencia de la Audiencia Territorial de 14-10-1926), ni la Compilación en sus redacciones de 1967 y 1985), han suprimido la forma «ad substantiam» o «ad solemnitatem» requerida para la validez y eficacia de las donaciones de bienes inmuebles, en modo alguno ha existido libertad de forma en el Derecho Aragonés; que encuentra hoy su amparo y protección en el principio constitucional de seguridad jurídica, recogida en el art. 9.3 de la Constitución Española, en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas y particularmente en el tráfico inmobiliario. Por todo lo cual es aplicable el art. 633 del Código Civil”. Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

comparecido en la escritura de donación. La escritura de donación se transcribía en el libro registro de la curia. Al pie de la escritura se extendía la fórmula de la insinuación, que quedaba sellada con el sello de la curia[958].

La finalidad de la insinuación aragonesa era muy distinta a la de la insinuación castellana. El legislador aragonés no tenía necesidad de preocuparse por la situación en la que quedaría el donante, ya que, a diferencia de lo que sucedía en Castilla, en Aragón era válida la donación universal, de todo lo habido y por haber. Por esta razón, la insinuación aragonesa tendía a evitar la falsedad o la simulación de donaciones[959].

Es razonable pensar que una interpretación originaria de la insinuación aragonesa pasaría por entenderla como una forma habilitante, no solemne, dirigida a aprobar las donaciones cuantiosas para establecer su legitimidad y rechazar toda presunción de fraude o simulación, a modo de defensa preventiva de los derechos de los acreedores[960]. Sin embargo, la interpretación del Tribunal Supremo, criticada por la doctrina jurídica de Aragón[961], discurrió por otros derroteros, ya que sancionó con la nulidad a las donaciones no insinuadas cuya cuantía excediese de quinientos sueldos jaqueses[962].

[958] PALÁ MEDIANO, FRANCISCO: "La insinuación de donaciones en Aragón", en *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Puyol*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954, p. 438.
[959] ISÁBAL Y BADA, MARCELIANO: "La insinuación de las donaciones en Aragón", *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 1923, p. 130.
[960] DIESTE Y JIMÉNEZ, MANUEL: *Diccionario del Derecho Civil aragonés (precedido de una introducción histórica)*, *cit.*, pp. 200-201; PALÁ MEDIANO, FRANCISCO: "La insinuación de donaciones en Aragón", *cit.*, pp. 476-477.
[961] ISÁBAL Y BADA, MARCELIANO: "La insinuación de las donaciones en Aragón", *cit.*, pp. 187-188.
[962] La STS de 22 de enero de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:118, JC, t. 54, 30; ponente Juan Fernández Palma) dijo que "la sentencia recurrida no infringe las observancias de Aragón invocadas en el primer motivo, porque sus disposiciones se hallan subordinadas á la prescripción terminante del Fuero 3.°, De donationibus, según el cual la donación que excede de 500 sueldos jaqueses no hace fe en juicio ni fuera de él si no ha sido insinuada, de lo que necesariamente se deduce que es indispensable para su validez el requisito de la insinuación, del cual carecen las que D. José Vicente Espejo hizo á su esposa y son objeto del presente litigio". Dicha doctrina fue reiterada por la STS de 7 de marzo de 1925 (ECLI:ES:TS:1925:1057, JC, t. 165, 138; ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas): "Las donaciones que se hagan en Aragón y excedan de 500 sueldos jaqueses se hallen subordinadas por las disposiciones de las Observancias quinta De donationibus y décima De pignoribus a la prescripción terminante del Fuero tercero De donationibus, según el cual no hacen fe en juicio ni fuera de él si no han sido insinuadas, y no constando en autos, según la soberana apreciación de la Sala, corroborada por el propio recurrente, en sus razonamientos, que se llenase el expresado requisito con relación a la donación de 21.050 pesetas nominales a que el recurso se refiere, es visto que con arreglo a las citadas disposiciones torales no puede considerarse que con ella adquieran las demandadas la propiedad de dichos títulos, habiendo procedido la Sala al reconocerlo y declararlo así con notorio acierto, y sin infringir las citadas disposiciones, como se sostiene en el motivo cuarto del recurso".

La Disposición Final del Apéndice de Derecho foral de Aragón, aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, derogó los Fueros y Observancias del Reino de Aragón, lo que comportó el fin de la insinuación aragonesa[963].

5.1.6 Dret valencià

El Dret valencià també contenia disposicions relatives a les formalitats de les donacions. S'exigia instrument públic per a les donacions de quantia superior als cent morabatins[964]. L'incompliment d'aquest requisit formal comportava la nul·litat de la totalitat de la donació[965].

A més, les donacions de quantia superior a cinc mil sous havien de ser insinuades, encara que constaren documentades en escriptura pública[966]. L'incompliment de la

[963] El principio de la tradición jurídica aragonesa *standum est chartae* no permite eludir los requisitos formales contenidos en los arts. 632 y 633 CC, que actualmente resultan exigibles en Aragón. Así lo señaló la STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1992\5227; ponente Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat): "El art. 3.º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón que en su redacción de 1985 aprobada por Ley de 21 mayo, de las Cortes de Aragón, dice que «conforme al principio Standum est chartae se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón». La aplicación del art. 3.º de la Compilación que regula el principio jurídico «Standum est chartae» tiene su base histórica en las Observancias: 1.ª «De equo vulnerato», 4.ª «De testamentis», 24 «De probationibus faciendis cum carta» y sobre todo, de una manera más amplia, en la 16.ª «De fide instrumentorum», cuando señala que «Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod imposibile, vel contra ius naturale continetur in ea». Según esto el Juez debe estar siempre y juzgar por la Carta, según lo en ella contenido, a no ser que contenga alguna cosa imposible o contra el Derecho Natural -expresión, esta última suprimida por la redacción dada en 1985, habiéndose agregado que no puede ir contra norma imperativa aplicable en Aragón-. Corroboran dicho principio legal entre otras, las sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 10-1-1885, 5 marzo, 7 abril y 31 diciembre 1892, 20-6-1893 y 7-12-1895 y las del Tribunal Supremo de 28-2-1860, 26-9-1867 y 6-4-1894. El principio «Standum est chartae» indica el marco legal en que debe moverse la interpretación del Juez que no puede salirse de lo contenido en la carta o documento salvo la necesidad de respetar las normas imperativas aplicables en Aragón, entre las que están la forma en la escritura pública de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa. En suma, en los contratos de donación, el principio «Standum est chartae», está limitado por el art. 633 del Código Civil, aplicable en Aragón de acuerdo con lo dicho en el anterior fundamento de derecho, que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, como es el litigioso, por lo que el Tribunal de instancia no ha infringido por aplicación indebida el art. 633 citado". Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

[964] *Fori* VIII.VIII.XXII: "Negun hom no pusque fer a altre donacio de cent morabatins en sus menys de carta, e si ho fa que no haja valor".

[965] DE LLEÓ I GUIMERÀ, FRANCESC JERONI: *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae. Tomus Secundus*, Apud Agustinum Martinez Typographum, Orihuela, 1625, f. 562.

[966] *Fori* VIII.VIII.XXII: "Statuhim que donació faedora de quantitat, o de cosa sobrepujant suma, o valor de cinch mil milia sols de reals, encara ques faça ab carta publica no haja alcúna valor ultra los dits cinch milia sols. Si donchs per part del donador no sera insinuada, o demostrada al jutge ordinari. Declarant, e interposant la autoritat, e decret en scrit en aquella".

insinuació provocava la nul·litat parcial automàtica de la donació, en tot allò que excedira el valor de cinc mil sous[967].

A l'igual que en els altres estats de l'antiga Corona d'Aragó, el fonament de la insinuació de les donacions no radicava ni en la reflexió del donant ni en l'evitació de la dilapidació del seu patrimoni, sinó en impedir haver de provar en el futur que en l'atorgament de la donació havia existit falsedat o simulació[968].

De fet, la similitud entre la insinuació valenciana i la insinuació aragonesa era ben palesa[969]. L'escriptura notarial de donació havia de ser presentada personalment pel donant davant el jutge, qui imposava l'autoritat, i es deixava constància de la insinuació en l'escriptura pública, davant de testimonis[970]. Finalment, la donació insinuada era publicada amb la seua inscripció en un registre específic de pública consulta[971].

La falta de publicació no privava de validesa a la donació insinuada, però afavoria els creditors del donant, perquè atorgava preferència al seu crèdit, encara que fora posterior a la donació[972].

5.2 La forma de las donaciones en el CC

Como es de sobra conocido, los requisitos formales de las donaciones están regulados actualmente en los arts. 632 y 633 CC. A nuestro entender, resulta oportuno contextualizar su contenido, teniendo en cuenta la evolución normativa en la materia que se gestó en los países de nuestro entorno a lo largo del siglo XIX.

5.2.1 La crisis de la insinuación de las donaciones

[967] GUILLOT ALIAGA, DOLORES: "La insinuación de las donaciones como garantía", *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 72, 2002, p. 476.
[968] GUILLOT ALIAGA, DOLORES: "La insinuación de las donaciones como garantía", *cit.*, p. 478.
[969] *Fori* V.V.XVII: "Per tolre grans fraus, ques fan en lo present regne, e engans en los contractes, e obligacions. Prouehim, e ordenam, que qualseuol persona del regne de Valencia, qui constant lo matrimoni pagara la dot, e creix a sa muller, o fara donació alguna de sos bens a pare, mare, fills, filles, o a altres qualseuol persones: los dits pagaments, e donacions hajen a esser scrits al menys la substància de aquells en un llibre, o registre ques faça cascun any en la cort del justicia civil de la ciutat de Valencia. En en les altres ciutats, e les viles reals en la cort del justicia major de les dites altres ciutats, viles, e llochs del regne: en lo qual libre noy haja als scrit, ni registrat sino los dits pagaments, e donacions. Aixi que les donacions o pagaments hajen effecte del dia, o calendari que seran scrits en lo dit llibre, e no de ans: encara que abans sien rebudes. E si lo contrari sera fet tals pagaments, o donacions en son cas no empachen, o puxen empachar qualseuol obligacions que sien apres fetes per los dtis donadors, o per los qui hauran fet los pagaments a ses mullers: ans sien darrers en temps als crehedors: encara que sien primers en kalendari. Lo qual libre lo justicia, o scriua de aquell haja a mostrar entost, e tota hora que sera request per qualseuol persona quiu vulla mirar".
[970] GUILLOT ALIAGA, DOLORES: "La insinuación de las donaciones como garantía", *cit.*, pp. 491-493.
[971] GUILLOT ALIAGA, DOLORES: "La insinuación de las donaciones como garantía", *cit.*, pp.494-495, 500-501.
[972] GUILLOT ALIAGA, DOLORES: "La insinuación de las donaciones como garantía", *cit.*, p. 495.

Durante el siglo XIX, la insinuación de las donaciones inició un proceso de decadencia en el ámbito europeo[973]. Los distintos propósitos que se cumplían con la insinuación, en función de los planteamientos de las distintas legislaciones, podían cubrirse perfectamente con la forma notarial de las donaciones, o con la publicidad que proporcionaban los Registros de la Propiedad.

Aunque la jurisprudencia continuó interpretando rigurosamente el requisito de la insinuación, reputando nulas las donaciones no insinuadas, la institución cayó poco a poco en desuso, especialmente en Aragón[974], y la doctrina abogó abiertamente por la supresión de la institución[975]. Debe tenerse en cuenta que la insinuación de las donaciones, con la consiguiente intervención por parte de la autoridad judicial, fue blanco fácil para la crítica en un ambiente de fuerte penetración del individualismo característico de la doctrina liberal imperante durante el siglo XIX. En este sentido, resulta muy ilustrativo el criterio que expuso DE CÁRDENAS ESPEJO:

> "No es menester para eso que intervengan los tribunales en aprobar todas las donaciones que excedan de cierta medida inflexible, excudriñando la fortuna de cada individuo, y sacando a plaza sus secretos: que semejantes investigaciones son siempre gravosas y repugnantes sin ser un medio seguro de llegar al descubrimiento de la verdad, que se busca cuando las partes interesadas procuran ocultarla"[976].

---

[973] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 114.

[974] ISÁBAL Y BADA, MARCELIANO: "La insinuación de las donaciones en Aragón", *cit.*, pp. 138-141; PALÁ MEDIANO, FRANCISCO: "La insinuación de donaciones en Aragón", *cit.*, pp. 463-466.
És curiós comprovar com al Dret mallorquí i al Dret tortosí la insinuació va deixar de tenir aplicació des de l'Edat Mitjana. Al Regne de Mallorca s'aplicava el Dret justinianeu, però les Ordinacions de 1344 constataren que al territori era costum fer donacions sense insinuació judicial, i va permetre dita pràctica si el donant renunciava a les lleis que sancionaven amb la nul·litat les donacions no insinuades de quantia superior a cinc-cents sous. La renúncia va convertir-se en una clàusula d'estil en totes les donacions, que en la pràctica va fer desaparèixer la insinuació al Regne de Mallorca. *Vide Ordinacions, y Sumari dels Privilegis, Consuetuds, i Bons Usos del Regne de Mallorca*, per Antoni Moll, Casa de Pera Guasp, Palma, 1663, pp. 124, 279; PASCUAL Y GONZÁLEZ, LUIS: *Derecho Civil de Mallorca. Herencias y otras especialidades forales*, Imprenta Mossén Alcover, Palma de Mallorca, 1951, p. 147. Quant al Dret de Tortosa, el seu contingut era molt més radical, atés que CT VIII.XI.XV prohibia formalment la insinuació de les donacions: "franca cosa e deliura es a tot hom, a qui Dret no o vet, que pot donar los seus bens a qui's vol, sens embarc e contrast de tota persona, sense insinuacio que no es tengut de fer a Cort ne a nulla persona, jas sia ço que aquels bens pugen més de V morabatins quants se vol". *Vide* OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo III*, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1879, p. 184.

[975] ISÁBAL Y BADA, MARCELIANO: "La insinuación de las donaciones en Aragón", *cit.*, p. 141; DOMÍNGUEZ DE MOLINA, JOAQUÍN: "Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña", *cit.*, p. 517.

[976] DE CÁRDENAS Y ESPEJO, FRANCISCO: *De los vicios y defectos más notables de la legislación civil de España y de las reformas que para subsanarlas se proponen en el Proyecto de Código Civil*, Establecimiento Tipográfico de D. Ramón Rodríguez de Rivera, Madrid, 1852, p. 108.

5.2.2 La influencia de los Códigos Civiles extranjeros en la forma de las donaciones

La supresión de la insinuación se evidencia a la luz de los requisitos formales de las donaciones que se introdujeron en los Códigos Civiles de nuestro entorno durante el siglo XIX.

El art. 931 del Código Civil francés de 1804, cuyo contenido ha permanecido inalterado desde su entrada en vigor, dice que "todos los actos relativos a donaciones entre vivos se otorgarán ante notario en la forma ordinaria de los contratos; y constarán en acta, bajo pena de nulidad"[977].

El Código Civil italiano de 1865 se inspiró de manera decidida en los requisitos formales de su homólogo francés, estipulando que "todos los actos de donación deben ser hechos en escritura pública, en caso contrario son nulos"[978].

El Código Civil portugués de 1867 contenía una regulación más detallada. El art. 1458 regulaba la donación de bienes muebles:

> "La donación puede ser hecha verbalmente o por escrito.
>
> 1.º La donación verbal sólo puede ser hecha con tradición de la cosa donada, siendo esta un mueble.
>
> 2.º La donación de cosas muebles, no estando acompañada de la tradición, solo puede ser hecha por escrito"[979].

El art. 1459, por su parte, señalaba que "la donación de bienes inmuebles, si su valor no excede de cincuenta mil reales, podrá hacerse mediante escritura privada con la firma del donante, o de otra persona a su ruego, si no sabe escribir, y de otros dos testigos, que escriban su nombre completo; si excede de esa cantidad, sólo podrá hacerse en escritura pública"[980].

El Código Civil italiano de 1942 regula la forma de las donaciones en el art. 782, que dice así:

---

977 "Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité".

978 "Tutti gli atti di donazione debbono essere fatti per atto pubblico, altrimenti sono nulli".

979 "A doação póde ser feita verbalmente ou por escripto.
1.º A doação verbal só póde ser feita com tradição da cousa doada, sendo esta mobiliaria.
2.º A doação de cousas mobiliarias, não sendo acompanhada de tradição, só póde ser feita por escripto".

980 "A doação de bens immobiliarios, se o valor delles não exceder a cincoenta mil réis, poderá ser feita por escripto particular com a assignatura do doador, ou de outrem a seu rogo, não sabendo ele escrever, e de mais duas testemunhas, que escrevam o seu nome por inteiro; se exceder aquella quantia, só poderá ser feita per escriptura pública".

> "La donación deberá hacerse mediante escritura pública, bajo pena de nulidad. Si tiene por objeto cosas muebles, no serán válidas más que las especificadas con indicación de su valor en la propia escritura de la donación, o en nota separada firmada por el donante, por el donatario y el notario.
>
> La aceptación puede hacerse en la misma escritura o en escritura pública posterior. En este caso la donación no es perfecta sino desde el momento en que el acto de aceptación es notificado al donante"[981].

Finalmente, el art. 947 del Código Civil portugués de 1966 regula la forma de las donaciones de la siguiente manera:

> "1 - La donación de bienes inmuebles sólo es válida si se celebra en escritura pública.
>
> 2 - La donación de cosas muebles no depende de ninguna formalidad externa, cuando se acompaña de la tradición de la cosa donada; no estando acompañada de la tradición de la cosa, sólo puede hacerse por escrito"[982].

Si se analizan los antecedentes normativos de los arts. 632 y 633 CC, resulta evidente la influencia que en esta materia de los Códigos Civiles decimonónicos de nuestro entorno.

De los arts. 628 y 629 del anteproyecto de CC de 1882-1888, antecedentes inmediatos de los arts. 632 y 633 CC, se desprende que el codificador español refundió en dos artículos los requisitos formales de las donaciones que aparecían en el proyecto de CC de 1851[983]. Concretamente, el art. 946 del proyecto de 1851 decía que "para ser válidas las donaciones, han de estar hechas en escritura pública; expresándose en ella con individualidad los bienes donados, el valor de todos y cada uno de los muebles, y las cargas y deudas que se imponen al donatario" [984]. El art. 947 añadía que "la aceptación debe hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciere en vida del donador" [985].

---

[981] "La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio.
L'accettazione può essere fatta nell'atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l'atto di accettazione è notificato al donante".

[982] "1 - A doação de coisas imóveis só é válida se for celebrada por escritura pública.
2 - A doação de coisas móveis não depende de formalidade alguma externa, quando acompanhada de tradição da coisa doada; não sendo acompanhada de tradição da coisa, só pode ser feita por escrito".

[983] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 611; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit.*, pp. 194-195.

[984] GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, *cit.*, p. 292.

[985] GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, *cit.*, p. 292.

Finalmente, el art. 952 estipulaba que "las donaciones de bienes muebles cuyo valor no llegue a cien duros, no están sujetas a las formalidades prescritas en este capítulo, y surtirán su efecto siempre que conste de cualquier modo, pero con certeza, el hecho mismo de la donación, el de la aceptación o tradición y la capacidad del donador o donatario. Esta disposición es aplicable á los regalos autorizados por el uso, aunque su valor exceda de dicha cantidad"[986].

Aunque las formas de las donaciones en el proyecto de CC de 1851 estaban muy influidas por el *Code* francés de 1804, también es palpable la influencia de los Códigos Civiles italiano de 1865 y portugués de 1867[987]. GARCÍA GOYENA explicó que la comisión redactora del proyecto de 1851 se había apartado parcialmente del Código Civil francés en relación con las formalidades relativas a las donaciones de bienes muebles porque la doctrina y la jurisprudencia francesa habían relajado la forma notarial para las donaciones mobiliarias, y no tenía sentido imitar asépticamente una regulación que había quedado desfasada en la práctica[988]. Por otro lado, justificó los requisitos formales señalando que "las donaciones son muchas veces obra de la sugestión, de la sorpresa y de la asechanza; otras veces se hacen para defraudar los derechos de un tercero", y que "además, la presunción de donar es resistida por [el] derecho, y debe constar claramente la voluntad espresa de hacerlo"[989].

5.2.2 La regulación de la forma de las donaciones en el CC

Como es de sobra conocido, la forma de las donaciones está regulada en los arts. 632 y 633 CC, que exigen distintos requisitos en función del carácter mueble o inmueble de los bienes donados.

El art. 632 CC dice así:

> "La donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente o por escrito.

---

[986] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 399.
[987] SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Universidad Carlos III de Madrid e Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996, pp. 106-107.
[988] GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, *cit.*, pp. 296-297; SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ: *La forma de los contratos en el Código Civil*, *cit.*, pp. 105-106.
[989] GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, *cit.*, p. 292.

> La verbal requiere la entrega simultánea de la cosa donada. Faltando este requisito, no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación".

Por su parte, el art. 633 CC dispone:

> "Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario.
>
> La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada; pero no surtirá efecto si no se hiciese en vida del donante.
>
> Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras".

No entra dentro de nuestro cometido realizar un análisis detenido del contenido de ambos artículos. Nos basta con destacar por el momento que la donación de bienes muebles no precisa de documento escrito, siempre que la entrega de la cosa donada se produzca en el acto; pero si la entrega no es simultánea, tanto la oferta como la aceptación de la donación deberán constar por escrito, siendo suficiente el documento privado. En cambio, las donaciones inmobiliarias siempre deben estar documentadas en escritura pública, debiendo constar en dicho soporte tanto la oferta como la aceptación.

La vigente regulación de la forma de las donaciones en el CC se enmarca en la tradición histórica en la materia, tal y como reconoció la STS de 3 de julio de 1999[990]:

> "Hay que proclamar que el contrato de donación sobre bienes inmuebles exige unas formalidades muy concretas y «sui generis», como son su plasmación en escritura pública y la necesidad de la aceptación por parte del donatario.
>
> La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública, es un requisito «ad solemnitatem», o sea esencial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, completamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito «ad probationem».
>
> Dicha exigencia formal «ad solemnitatem» admitida, además, sin fisuras por la jurisprudencia de esta Sala, tiene su origen en la conocida institución del Derecho

[990] STS de 31 de julio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5504, RJ 1999\6221; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

> romano de la «insinuatio» y recogida en nuestro Derecho histórico de la Ley de Partidas con la entronización de la «carta»".

Los requisitos formales de las donaciones constituyen una de las escasas excepciones al principio espiritualista de libertad de forma reconocido en el art. 1278 CC. Quizá por ello existe una abundantísima jurisprudencia que ha puesto de relieve el carácter excepcional, a la par que esencial, de las formalidades exigidas por los arts. 632 y 633 CC[991], de tal forma que su incumplimiento provoca, indefectiblemente, la nulidad radical de la donación.

Se pronunció de manera especialmente rotunda al respecto la STS de 24 de octubre de 1995[992]:

> "El principio espiritualista o de libertad de forma, que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1258 y 1278 del Código Civil), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento («ad probationem»), sino para su existencia y perfección («ad solemnitatem», «ad substantiam», «ad constitutionem»). 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 - Sentencias de 21 junio 1932, 13 marzo 1952, 13 mayo 1963, 1 diciembre 1964, 25 junio 1966, 9 julio 1984, 15 octubre 1985, 30 abril y 22 diciembre 1986, 14 mayo y

[991] Antes de la entrada en vigor del CC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tuvo ocasión de poner de relieve que el principio de libertad de forma que consagró la Ley Única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá de 1348, recopilada en NovR 10.1.1, que decía que "paresciendo que alguno se quiso obligar á otro por promision ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenudo de cumplir aquello que se obligó (…) mandamos, que todavía vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho, en qualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro", no podía ser invocado para evitar dar cumplimiento a las formalidades especiales que la ley exigía para la validez de las donaciones. La STS de 28 de marzo de 1859 (ECLI:ES:TS:1859:92, JC, t. 4, 90; ponente Antero de Echarri Ciga) dijo que "la ley 1, tít. 1°, libro 10 de la Novísima Recopilación no debe entenderse, ni puede aplicarse en un sentido tan general y absoluto que por efecto de su disposición hayan de considerarse válidas y subsistentes obligaciones para cuya estabilidad otras leyes exigen circunstancias y requisitos especiales". La STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano) especificó que "no cabe la aplicacion de la ley 1.ª, tít. 1.º; libro 10 de la Novísima Recopilacion al caso presente, bastando para demostrarlo observar que se contrae á las obligaciones, que se perfeccionan con solo el consentimiento de las partes, y que lo discutido en este litigio es, si además de haber convenio y de constar este por escritura pública, se requerian todavia otras formalidades para que fuese válido y exigible su cumplimiento, y sobre todo el modo de llenarlas". Del mismo modo se pronunció la STS de 22 de enero de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:118, JC, t. 54, 30; ponente Juan Fernández Palma): "No es aplicable, ni por lo tanto ha podido infringir la sentencia reclamada, la ley 1.a, tít.1.°, libro 10 de la Novísima Recopilación, por cuanto no se trata de decidir si D. José Vicente Espejo quiso obligarse en la manera que lo hizo al ejecutar en favor de su esposa los actos de liberalidad de que se ha hecho repetida mención, sino de la validez y eficacia de las mismas donaciones mediante la falta del requisito dela insinuación".

[992] STS de 24 de octubre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:5255, RJ 1995\7846; ponente José Almagro Nosete).

> 10 diciembre 1987 y 26 enero y 24 junio, entre otras muchas-, 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, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación (pura y simple onerosa, remuneratoria) siempre que se refiera a bienes raíces, como así lo tiene dicho esta Sala en Sentencia de 1 diciembre 1964, cuando expresa que «el contrato de donación, sea puro y simple u oneroso o modal, no se rige por el principio de libertad de forma que consagra, como regla general, el artículo 1278 del Código Civil, sino que tiene sus normas propias contenidas en el artículo 633 de dicho Cuerpo Legal, el que categóricamente ordena que para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario»".

Aunque la jurisprudencia se ha pronunciado con mayor frecuencia sobre la nulidad por defecto de forma de la donación de bienes inmuebles, la misma doctrina es predicable respecto de los bienes muebles. A modo de ejemplo, la STS de 14 de abril de 2011[993] dijo:

> "Las dos formas que, alternativamente, exige el artículo 632 del Código Civil para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación - escrito que cumple idéntica función esencial que la que el artículo 633 atribuye a la escritura pública en la donación de inmuebles - o, si la donación fuera verbal, realizarse con la "entrega simultánea de la cosa donada".
>
> De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos".

Aunque la jurisprudencia suele aludir a la nulidad de la donación que no ha cumplido los requisitos formales exigidos por los arts. 632 y 633 CC, quizá técnicamente sería más adecuado apelar a la inexistencia del negocio, por no cumplir uno de los requisitos exigidos

[993] STS de 14 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2688; RJ 2011\3591, ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel).

legalmente para su perfeccionamiento. Así lo vino a señalar la STS de 10 de noviembre de 1994[994]:

> "El motivo ha de estimarse. En efecto, la señora P. G. afirmó en su demanda que la finca de su propiedad fue donación que hizo a su padre y abuelo la propietaria, y en la confesión judicial, que su padre fue el donatario, pero el artículo 633 CC es forma constitutiva de la donación de inmuebles, siendo ante su ausencia nula de pleno derecho o más bien inexistente en el plano jurídico. Esta nulidad o inexistencia, precisamente por sus características, pudiera haber sido apreciada de oficio por la Sala de Apelación".

Como es lógico, el carácter esencial de los requisitos formales exigibles a las donaciones impide que pueda prosperar la petición de elevación a público del documento privado de donación de bienes inmuebles con pretendido fundamento en el art. 1279 CC[995]. Así lo puso de manifiesto la STS de 10 de diciembre de 1987[996]:

> "Nuestro ordenamiento jurídico regula la donación de inmuebles como contrato solemne y exige para su validez que se haga en escritura pública y que conste la aceptación con la misma solemnidad (art. 633 del Código Civil), determinando la ausencia de esta exigencia su nulidad absoluta por falta de uno de los requisitos esenciales para su existencia, sin que frente a esta normativa especial pueda

[994] STS de 10 de noviembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:19337, RJ 1994\8465; ponente Antonio Gullón Ballesteros).

[995] En algunos casos excepcionales, la jurisprudencia ha admitido la elevación a documento público de una donación de bienes inmuebles. La STS de 20 de octubre de 1925 (ECLI:ES:TS:1925:1010, JC, t. 168, 50; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane) señaló que "el documento a que el recurrente se refiere, la escritura de convenio de 20 de Mayo de 1919, claramente se expresó, así por los demandantes como por los demandados, que todos reconocían la existencia de la donación de las dos casas que se determinaron, hecha por el causante D. JOSE PEDRO y ADRIÁN a su hija doña REYES, y estuvieron conformes en que la viuda, doña BÁRBARA, superviviente a la sazón al donante, había de otorgarla correspondiente escritura, y como se hicieran tales manifestaciones en una pública, es evidente que se llenaron cuantos extremos integran el precitado artículo 633 del Código". La SAP de Illes Balears (Sección 4ª) de 27 de junio de 2006 (ECLI:ES:APIB:2006:1743, JUR 2006\279817; ponente Miguel Álvaro Artola Fernández) condenó a varios de los demandados a elevar a escritura pública la donación de las cuotas que tenían en un inmueble, sobre la base de que se habían allanado a la pretensión: "Procede estimar en parte la demanda y revocar, en consecuencia, parcialmente la sentencia de instancia, comprometiendo en la condena únicamente a aquellos herederos que han mostrado voluntariamente, merced al allanamiento, su disposición a cumplir el requisito formal y solemne para complementar la donación, cual es la elevación a público de la misma; requisito que, al no estar perfeccionada la donación, no es imponible judicialmente a los codemandados no allanados". Resulta discutible que en un supuesto semejante el Tribunal deba estimar la demanda como consecuencia del allanamiento, dado que el art. 21.1 LEC dispone que "cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo". No podemos extendernos sobre la cuestión, que resulta, sin duda, discutible, a la par que interesante.

[996] STS de 10 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:7927, RJ 1987\9285; ponente Rafael Pérez Gimeno).

invocarse si el art. 1254 relativo a que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio, ya que tal consentimiento debe exteriorizarse en casos como el presente, en la forma ordenada por la ley, ni el art. 1279 referente a que los contratantes pueden compelerse recíprocamente al otorgamiento de escritura pública u otra forma especial exigida por la ley, pues para ello dicho precepto impone que en el contrato concurra el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez y requisito esencial para la validez de la donación de inmuebles es, como se acaba de exponer, la forma solemne, es decir la escritura pública, y la misma forma solemne para la aceptación, que además, debe hacerse en vida del donante".

En el mismo sentido se pronunció la STS de 19 de junio de 1999[997]:

"Dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma («ad solemnitatem») que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (artículo 633 del Código Civil), lo que aquí no ha ocurrido".

En consecuencia, la forma constituye un requisito del tipo negocial (o contractual, si se prefiere) de la donación[998]. Y consideramos conveniente repetir, una vez más, que la forma no cumple ninguna función en la mecánica transmisiva de la donación dispositiva que regula el Título II del Libro III del CC[999]. Desde esta óptica, entendemos muy acertado el punto de vista de MARÍN CASTÁN:

"Si se acepta la regulación de la donación en el CC tal como es efectivamente, tanto el art. 632 como el siguiente, relativo a la donación de inmuebles, no vienen a ser más que otra manifestación más de lo que quiere el Código: que el efecto traslativo de la donación, para que ésta sea tal, quede asegurado en vida del donante y acreditado suficientemente para el Derecho. No hay, pues, contrato solemne, ni tampoco necesidad de tradición, sino formalidades que la ley impone para que la donación sea efectivamente un acto de disposición para en vida del donante y para que así sea reconocido en el mundo del Derecho, evitando en todo lo posible situaciones de duda e incertidumbre sobre la titularidad de los bienes. Desde estas

[997] STS de 19 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:4345, RJ 1999\4613; ponente Francisco Morales Morales).
[998] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual, cit.*, p. 631.
[999] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 5.

> consideraciones, respetuosas con lo que el Código quiere que sea la donación, se muestran las exigencias de los arts. 632 y 633 como formas paralelas a las que se imponen para los testamentos"[1000].

5.3 Funciones de la forma de las donaciones

A la vista de distintas aportaciones doctrinales[1001], debe afirmarse que las formas legalmente exigidas como presupuesto de validez de las donaciones sirven para dar respuesta a un conjunto muy variado de necesidades:

- Dificultar y poner trabas a un desprendimiento del patrimonio propio sin obtener nada a cambio, imponiendo requisitos formales excepcionales. En cierta manera, cabe colegir cierta hostilidad hacia las donaciones, perceptible desde el Derecho romano.
- Publicitar y dar certidumbre a la perfección de la donación, a su objeto y a su cuantía.
- Imponer al donante mayor reflexión antes de donar, impidiendo actos irreflexivos y donaciones apresuradas de las que quizá el donante pueda luego arrepentirse.
- Evitar la captación de la voluntad del donante, lo que se dificulta con la exigencia de solemnidades especiales.
- La conservación de los bienes de la familia, pues con las formalidades se pretende alertar al donante sobre sus intereses, y suministrar una prueba indiscutible sobre el montante del desprendimiento patrimonial gratuito.
- Aportar al donatario y a sus legitimarios una prueba documentada que permita acreditar la adquisición de bienes por medio de donación.
- Proteger a los acreedores del donante, que puedan verse perjudicados o defraudados en sus derechos con la donación, facilitando la determinación de la fecha auténtica de la donación y la prueba documentada de la existencia del negocio fraudulento.

[1000] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit.*, pp. 201-202.

[1001] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Vol. 1*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 124-125; SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ: *La forma de los contratos en el Código Civil*, *cit.*, pp. 118-120; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio", *cit.*, pp. 274-275; POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL: *Relajación formal de la donación*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 64-65; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 185-186.

A la vista de lo expuesto, es patente que los requisitos formales en las donaciones cumplen la función de proteger al donante, al donatario y a terceras personas que pudiesen verse afectados por la donación[1002]. Como señaló MARÍN CASTÁN, la forma de la donación está orientada a prestar ciertas garantías a esas concretas personas:

> "Se establecen así todo un sistema de garantías: para los acreedores del donante, que podrán atacar la donación si se sienten perjudicados (arts. 643 y 1297 I); para los herederos forzosos del donante a efectos de colación y reducción (arts. 636 y 654 a 656, 819, 820 y 1.036 y siguientes); para el propio donante, a efectos de revocación por las distintas causas legalmente previstas; para los herederos del donatario frente a los del donante, a efectos de reclamar el inmueble donado; y para el propio sistema del CC en cuanto su art. 620 deslinda la donación de la sucesión testamentaria, en cuanto aspira a eliminar incertidumbres sobre la titularidad de los bienes y, en fin, en cuanto se aclara quién debe responder de las deudas del donante si éste muere poco después de la donación del inmueble"[1003].

Un análisis de la jurisprudencia constata que ha mantenido una postura muy semejante a la de la doctrina, pues ha enfatizado que las formas de la donación sirven para dar respuesta a esos mismos intereses necesitados de protección.

Así, la STS de 12 de junio de 1896[1004] dijo que "las formalidades relativas á la aceptación por el donatario y notificación de ella al donante se han establecido en favor de éste y sus causahabientes".

La STS de 3 de marzo de 1932[1005], tras mencionar "el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente", afirmó lo siguiente:

> "Esta rigurosa doctrina ha de ser especialmente impuesta, con arreglo a la tradición española, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar las hechas inter vivos más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que por significar una merma, sin contraprestación, del patrimonio del donante y un enriquecimiento sin gravamen, del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge,

[1002] LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", *cit.*, p. 135.
[1003] MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit.* p. 211.
[1004] STS de 12 de junio de 1896 (ECLI:ES:TS:1896:315, JC, t. 79, 121; ponente Ricardo Gullón Iglesias).
[1005] STS de 3 de marzo de 1932 (ECLI:ES:TS:1932:273, RJ 1932\941; ponente Aurelio Ballesteros Torrecilla).

herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio de responsabilidad patrimonial les confieren, y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego".

La STS de 13 de mayo de 1963[1006] destacó la especialidad de la donación frente a las reglas contractuales generales:

"Según acredita el artículo 1.261 del Código Civil, y como regla general, la Ley da por nacido el contrato cuando a su perfección contribuyen la causa eficiente (consentimiento), la material (objeto posible y no contrario a la Ley) y la final (causa verdadera y lícita), sin que tenga apenas relevancia la causa formal, ya que el artículo 1.278 admite la obligatoriedad del contrato, cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, siempre que concurran las condiciones esenciales para su validez, que, en puridad, cabe referir solamente al "consentimiento", puesto que éste, conforme al artículo 1.262, implica la conformidad sobre la "cosa" y la "causa" que han de constituir el contrato, comprendiéndolas de tal modo que el artículo 1.258 puede decir con razón que los contratos se perfeccionan "por el mero consentimiento"; pero esta regla general tiene la Importante excepción de los contratos llamados "solemnes", en los que la Ley, por atendibles razones, requiere la observancia de una "forma" determinada, no para su simple acreditamiento, sino para su perfección, de tal modo que éste no se alcanza, aun cuando concurran el consentimiento, el objeto y la causa, si éstos no se evidencian o plasman en la forma exigida, por lo que la causa "formal" del contrato, tan subestimada, por regla general, adquiere tal importancia en las convenciones solemnes que coparticipa, junto con el consentimiento, en la propia eficiencia del contrato. (…) Uno de tales contratos es el de donación, siquiera la exigencia de la forma solemne se circunscriba a la de bienes raíces, aun cuando también para la de muebles ordena la Ley ciertas prevenciones, como la entrega de la cosa o la constancia por escrito, y ello atendiendo a la naturaleza gratuita del contrato, que, al ser hecho "sin ninguna premia", en el inolvidable lenguaje de las "Partidas", impone ciertas precauciones para que "la nobleza e bondad de corazón" que la determinan no se vean en ciertos propósitos o manifestaciones que no revelen de manera auténtica la voluntad de donar".

[1006] STS de 13 de mayo de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:150, RJ 1963\2515; ponente Emilio Aguado González).

Finalmente, la STS de 6 de abril de 1979[1007] afirmó que la forma de la donación es "justificable en atención a la naturaleza gratuita del contrato que, al ser hecho sin ninguna «premia», según decían las Partidas, pedía el cumplimiento de ciertas precauciones para garantizar la solidez y seguridad del "animus donandi» y evitar generosidades quizá precipitadas, en armonía con el espíritu o ética vigente al promulgarse el Código Civil, en cierto modo temeroso y paternalista. (…) Exigencia formal, prevista también, indudablemente, en beneficio del donatario, a quien no se puede obligar a recibir nada sin su consentimiento".

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, destaca la SAP de Girona (Sección 1ª) de 11 de junio de 2007[1008]:

> "El artículo 633 del Código Civil exige la escritura pública para la donación y la aceptación (que podrá hacerse en la misma escritura o en otra separada), exigencia que tiene su origen en la contraposición de dos intereses, como es el no poner obstáculo al libre desenvolvimiento del espíritu de liberalidad y frenar los excesos fáciles que pueden conducir a empobrecimiento, contra los que no hay remedio alguno, dada la irrevocabilidad de la donación. A dichos fines respondía el requisito de la insinuación que se exigía en el derecho Justinianeo".

5.4 La forma en los negocios gratuitos *inter vivos*

A pesar del detenido análisis realizado hasta el momento sobre la evolución histórica de la forma de las donaciones, su regulación actual y sus finalidades, entendemos que antes de analizar los eventuales requisitos formales de la donación obligacional, debemos referirnos a un contexto más amplio: las formalidades de los negocios gratuitos *inter vivos*.

Sin duda, la ausencia de contraprestación característica de los contratos gratuitos es una de las cuestiones que más quebraderos de cabeza ha suscitado a la doctrina que se ha dedicado al estudio del contrato. GORLA manifestó enfáticamente que "la promesa no formal a título gratuito y el contrato atípico constituyen en el fondo el eje en torno al que gira el problema de la obligación contractual y de los requisitos de su validez", en la medida en que,

[1007] STS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas).
[1008] SAP de Girona (Sección 1ª) de 11 de junio de 2007 (ECLI:ES:APGI:2007:1033, JUR 2007\301501; ponente Fernando Lacaba Sánchez).

en cierto modo, "también el contrato gratuito puede considerarse como un contrato fuera de lo corriente o atípico en sentido amplio"[1009].

Como puso de relieve ATAZ LÓPEZ[1010], en el Derecho romano, de los cuatro contratos gratuitos típicos, tres fueron reales: el comodato, el mutuo y el depósito. En los tres casos, la entrega de la cosa constituía requisito esencial para perfeccionar el contrato. En cambio, se aceptó que el mandato era válido con el simple consentimiento, pero admitiéndose la posibilidad de que el mandatario se desvinculase siempre que el mandante pudiese ocuparse por sí mismo del asunto encomendado. En cuanto a la eficacia transmisiva de donación, como tuvimos ocasión de analizar[1011], tuvo un carácter oscilante: dispositivo en el Derecho romano posclásico, y obligacional en el Derecho justinianeo.

Durante la época medieval, se recurrió a la forma y al carácter real de los contratos para intentar lograr la seguridad en las relaciones jurídicas[1012]. Por ello, en las Partidas, el comodato, el préstamo y el depósito continuaron teniendo carácter real; en cambio, el mandato se perfeccionaba con el simple pacto, y no se admitía la desvinculación del mandatario[1013]. La donación tenía carácter obligacional[1014], aunque las donaciones de mayor cuantía debían constar en documento público y ser insinuadas[1015].

Estas líneas cardinales se han conservado hasta la actualidad. Según el art. 1740 CC, el comodato y el préstamo son contratos reales. El art. 1758 CC también describe al depósito como un contrato real. La donación es un negocio esencialmente formal (art. 632 y 633 CC). Por el contrario, el mandato es un contrato cuya validez no depende de la plasmación por escrito (arts. 1709 y 1710 CC), aunque hay que tener en cuenta que el art. 1736 CC permite al mandatario desistir del contrato. La fianza puede ser gratuita (art. 1823 CC), aunque no se presume y debe ser expresa (art. 1827 CC), lo que no implica necesariamente que deba constar por escrito. Así las cosas, en nuestro Derecho, con excepción de los contratos de mandato y de fianza, no basta el mero consentimiento para que alguien quede gratuitamente

[1009] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, *cit.*, pp. 24-25.
[1010] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit.*, p. 63-65.
[1011] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartados 3.1.1.a) y b).
[1012] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, *cit.*, p. 53.
[1013] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit.*, p. 71.
[1014] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.c).
[1015] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.1.2.

obligado, dado que se exige algún requisito adicional (forma documentada o entrega de la cosa) para la válida perfección de los negocios y contratos gratuitos *inter vivos* típicos[1016].

El problema se plantea con especial crudeza en los contratos atípicos gratuitos. La documentación por escrito del contrato, o la entrega en los contratos reales, permiten apreciar la intención de contraer un vínculo jurídico[1017]; pero la ausencia de forma o de entrega no permite determinar con claridad si existe intención decidida o meditada de contraer un vínculo jurídico, o si por el contrario nos encontramos simplemente ante una declaración o una intención de cortesía[1018].

Como indicó SALVADOR CODERCH, "en el contexto del C. c. no hay, a nivel de regulación general para los actos de autonomía privada de carácter patrimonial e *inter vivos*, puntos intermedios claramente delimitados entre las rígidas reglas de la donación típica y el puro intercambio de promesas en que pensaba el Código. Y manifestación de esta situación es la polémica doctrinal en torno a los denominados contratos reales con respecto a los cuales se discute si la entrega es condición de perfección del contrato en todo caso, solo cuando éste es gratuito o en ningún caso, oscilándose así entre el criterio formalista que preside las reglas de la donación y el consensualista propio de los contratos de intercambio". (…) "Quien piensa que, por ejemplo, el comodato y el mutuo o depósito gratuitos exigen la entrega como un requisito de perfección, lo hacen así por analogía con las reglas formales de la donación típica hasta el punto de que, también por analogía con la donación, la entrega puede ser sustituida por otra formalidad -la escritura- en tanto en cuanto eso es admitido en el ámbito de aquella figura"[1019].

Si se admitiese que fuera del marco de seguridad que ofrecen los contratos formales y reales pudiesen asumirse obligaciones a título gratuito, la situación de incertidumbre solo podría ser resuelta determinando si el promitente tuvo intención de vincularse jurídicamente, lo que está conectado con la apreciación de una causa razonable: el conjunto de

[1016] DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, *cit.*, pp. 285-287.
[1017] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, *cit.*, pp. 206-207.
[1018] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, *cit.*, p. 207. GORLA cita como caso paradigmático el contrato de transporte gratuito.
[1019] SALVADOR CODERCH, PABLO: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *cit.*, p. 690.

circunstancias y motivos que, desde un punto de vista objetivo, hacen plausible o explicable la asunción de un vínculo jurídico exigible y coercible[1020].

Sin embargo, en la práctica, y fuera de supuestos excepcionales y anómalos, esa causa razonable sería de muy difícil apreciación en sede judicial, pues quedaría reducida a una cuestión fáctica: si hubo o no intención de asumir una obligación coercible a cambio de nada. Ante un contrato atípico gratuito no formal, la carga de la prueba correspondería al beneficiario del compromiso, que es quien debería acreditar la existencia de la voluntad de cumplir una obligación gratuita[1021]. En ese contexto, cabe presumir que la ausencia de plasmación por escrito de la obligación, unida a una eventual negativa del promitente a admitir la asunción de una obligación vinculante, haría inviable el triunfo de una reclamación judicial dirigida al cumplimiento de un contrato gratuito atípico, cuya mera existencia resultaría casi imposible de acreditar[1022].

En suma, el razonamiento es insatisfactorio, pues consiste en un recorrido circular que termina regresando al punto de partida, sin hallar una solución razonable. En ausencia de contraprestación, de entrega de una cosa, o de forma escrita, no es posible determinar cuándo existe una voluntad decidida de asumir jurídicamente una obligación a cambio de nada.

Llegados a este punto, nos parece evidente que, si una persona desea comprometerse jurídicamente a realizar una prestación atípica gratuita, sin recibir nada a cambio, solo existe una solución razonable: exigir que la obligación conste por escrito. Solo así será posible determinar que la obligación ha nacido para el Derecho, cuál ha sido el contenido de esa obligación, y constatar la decidida voluntad de asumirla a cambio de nada.

Realmente, la conclusión alcanzada consiste en regresar a los orígenes: como no es fácil deslindar las relaciones de cortesía y la voluntad jurídica de comprometerse, es

[1020] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, *cit.*, p. 212.

[1021] El art. 217.2 LEC dice que "corresponde al actor (…) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda". Además, no es posible exigir al supuesto promitente que acredite que no se perfeccionó el contrato o que no tuvo intención de vincularse jurídicamente, pues ello supondría imponerle la acreditación de hechos negativos, lo cual resulta empíricamente imposible. La STS de 19 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4673, RJ 2013\7604; ponente Rafael Sarazá Jimena) dijo que "los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa".

[1022] GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, *cit.*, pp. 212-217.

necesario recurrir a la forma. VIVAS TESÓN señaló con acierto que "el elemento que discierne el paso de lo cortés a lo jurídico no es otro sino la forma, elemento no equívoco por su materialidad", pues "el compromiso de dar una cosa a título gratuito se juridifica mediante la forma, a partir de la cual ya no es posible tener dudas acerca del carácter jurídico de la relación instaurada"[1023].

Así las cosas, nuestra conclusión coincide con el punto de vista explicitado por ATAZ LÓPEZ, a tenor de la cual "en el Código Civil, toda promesa gratuita de dar requiere, para hacer nacer una obligación, la forma escrita o la entrega voluntaria del donante, de donde resulta que, o bien no hay contrato hasta que la prestación gratuita ya se ha cumplido, por lo que no llegó a haber una obligación nacida de la promesa, o bien la obligación nace de la promesa y de la forma esencial; pero no de la mera voluntad de obligarse sin ningún otro requisito"[1024].

5.5 Planteamientos en relación con la forma de la donación obligacional

Llegados a este punto, debemos exponer cómo se ha pronunciado la doctrina española acerca de los requisitos formales de las donaciones obligacionales. Analizaremos por separado los autores que han abogado por el principio de libertad de forma y los autores que han argumentado la necesidad de aplicar (con diferentes razonamientos) las formas reguladas en los arts. 632 y 633 CC.

5.5.1 Libertad de forma

Parte de la doctrina ha sostenido que las donaciones obligacionales serían válidas sin necesidad de cumplir ninguna clase de requisito formal. Según este planteamiento, la donación obligacional se perfeccionaría por el mero consentimiento prestado válidamente por las partes contratantes (arts. 1254, 1258 y 1278 CC).

Pareció adscribirse a esta línea de pensamiento CALVO SORIANO, quien dijo que "cuando el objeto de la donación es un «obligare», la remisión que se hace a las reglas generales de las obligaciones y contratos, en el art. 621, cubre perfectamente su necesidad de reglamentación" [1025]. Esta postura es congruente con su planteamiento, a tenor del cual

[1023] VIVAS TESÓN, INMACULADA: "La invalidez de la promesa de donación", *cit.*, p. 144.
[1024] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", *cit.*, p. 87.
[1025] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 471.

las formas de la donación regulada en el CC son formas transmisivas[1026], lo que no tendría sentido en una donación obligacional.

Por su parte, SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO dijo que los requisitos de forma de los arts. 632 y 633 CC se aplicarían tan sólo a las donaciones dispositivas, pero no para las obligacionales, las cuales se perfeccionarían válidamente, al igual que en la generalidad de los contratos, por el mero consentimiento de los contratantes[1027]. Es más, para este autor, una donación mobiliaria que no cumpliese los requisitos formales previstos en el art. 632 CC experimentaría una "conversión" a donación obligacional, que tendría valor de título gratuito susceptible de producir la transmisión mediante la posterior entrega o tradición[1028].

MONTERO LEÓN también se adscribió a esta línea de pensamiento, con un extenso razonamiento, que partió de la distinción entre el aspecto obligacional de la donación, *inter partes*, y el real, frente a terceros:

> "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"[1029].

[1026] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, pp. 459-461. *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 5.

[1027] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, pp. 811-813.

[1028] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, p. 812. La "conversión" explicitada por este autor nos parece inasumible: si una donación dispositiva de cosa mueble no cumple los requisitos formales del art. 632 CC, será nula de pleno derecho, inexistente y totalmente carente de efectos jurídicos, por lo que jamás resultaría posible una transmutación o convalidación de ningún tipo.

[1029] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit.*, pp. 2129-2130.

Como es de ver, estos autores recurrieron a un planteamiento sencillo: si la donación obligacional es un contrato atípico, distinto de la donación dispositiva regulada en el Libro III del CC, debe regirse por lo dispuesto en el Libro IV del CC, que sanciona el principio de libertad de forma.

Sin embargo, se nos antoja que el razonamiento es excesivamente simple. Aunque efectivamente la regla general del art. 1278 CC es que los contratos no son formales, en el propio Libro IV del CC existen contratos reales: comodato (esencialmente gratuito), préstamo (naturalmente gratuito) y mandato (naturalmente gratuito). Evidentemente, la pregunta que aflora de inmediato es si la naturaleza gratuita de la donación obligacional obliga a replantearse el principio de libertad de forma. Así las cosas, el encuadramiento sistemático de la donación obligacional en el Libro IV del CC no constituye, a nuestro juicio, una razón suficiente para sustentar su pretendido carácter no formal.

Con todo, no hay que perder de vista que esta línea de pensamiento ha ganado enteros con la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, que en el párrafo segundo del art. 451-1 admite expresamente la donación obligacional, diciendo que "si una persona se obliga a transmitir a otra la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho a título gratuito rigen las reglas de los contratos, sin perjuicio de la aplicación de las reglas contenidas en este Título en cuanto a capacidad del donatario, conformidad y revocación, así como lo dispuesto en el artículo 454-12"[1030]. El referido art. 454-12 se refiere a los efectos del fallecimiento del donante sobre las donaciones que haya realizado en vida. Por tanto, la *Propuesta* no dice en ningún momento que las formas de la donación dispositiva sean aplicables a la donación obligacional, lo que conlleva, implícitamente, que el contrato se regiría por el principio de libertad de forma.

En el Seminario sobre la donación celebrado en el Colegio de Registradores el 7 de noviembre de 2019 en el marco de los trabajos posteriores a la publicación de la *Propuesta de Código Civil*, se cuestionó que la donación obligacional no estuviese sujeta a ninguna clase de regla formal. La profesora ANDERSON, representante de la ponencia, explicó el contenido del debate bajo el epígrafe "La admisión expresa de la donación obligatoria y la conveniencia o no de sujetarla a los mismos requisitos de forma que la donación dispositiva":

[1030] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 534.

> "Si el motivo para sujetar la donación a requisitos de forma solemne es, primordialmente, garantizar la reflexión de donante (y no tanto el efecto dispositivo del negocio), cabe preguntarse si no habría que sujetar la donación atípica a las mismas reglas de forma que la típica. En la Propuesta se opta por no hacerlo así, y aplicar a la donación contractual solo las reglas de fondo de las donaciones (como las relativas a capacidad del donatario, conformidad y revocación, y efectos sucesorios), básicamente porque de otro modo se hubiera hecho necesario un replanteamiento general de los requisitos de forma en sede de renta vitalicia, obligación de alimentos, comodato y negocios mixtos, entre otros. Se consideró al redactar el título dedicado a la donación y se discutió con los coordinadores, pero no excedió de este ámbito.
>
> En el seminario de noviembre de 2019, la ponencia volvió a poner la cuestión sobre la mesa y un número considerable de los asistentes, especialmente del colectivo de registradores, se mostraba partidario de aplicar a la donación obligatoria, al menos cuando afectase a inmuebles, las mismas reglas de forma que rigen para la donación dispositiva. Ciertamente, como queda dicho, las razones para exigir la escritura pública concurren en ambos casos. Sin embargo, otros participantes mostraron su aversión por lo que podría concebirse como un excesivo formalismo. De ahí que el texto del artículo 451-1.2 de la Propuesta se deje, por ahora, tal y como estaba"[1031].

La explicación ofrecida para justificar el carácter no formal a las donaciones obligacionales no nos parece convincente, por varias razones:

- El "replanteamiento general" de los requisitos de forma aplicables a las rentas vitalicias gratuitas constituidas *inter vivos* y a los contratos de alimentos constituidos a título gratuito obedece a un error conceptual, porque ambos contratos son donaciones obligacionales[1032]. Evidentemente, el razonamiento parte de que ambos contratos podrían celebrarse sin respetar los requisitos de forma de las donaciones obligaciones, asumiendo, apriorísticamente, que tal contrato estaría presidido por el principio de libertad de forma.

[1031] Las respuestas a las sugerencias del Seminario sobre la donación en el Colegio de Registradores (7 de noviembre de 2019), de fecha 24 de abril de 2020, constan en la siguiente dirección de internet: https://www.derechocivil.net/images/PropuestaCC/libros/trabajos%20posteriores/LIBRO%20IV%20T%C3%8DTULO%20V%20%20y%20%20LIBRO%20II%20%20T%C3%8DTULO%20VI%20%20CAP%C3%8DTULO%20III%20-%20DONACIONES%20(revisi%C3%B3n%20abril-mayo%202020).pdf.

[1032] *Vide supra*, Capítulo Quinto, apartado 3.5.

- Tampoco parece afortunada la mención al comodato, ya que el art. 571-1 de la *Propuesta* lo conceptúa como un contrato de carácter real[1033], con lo que la voluntad de las partes contratantes de vincularse jurídicamente consta acreditada por la entrega de la cosa prestada.
- Finalmente, el excesivo formalismo no parece un argumento convincente, dado que históricamente los negocios gratuitos *inter vivos* se han caracterizado, por lo general, por su carácter formal o real[1034], y dicho principio sigue apreciándose en el CC vigente[1035]. A mayor abundamiento, repárese en que en el Derecho castellano y en el Derecho navarro, a pesar de que las donaciones eran un contrato obligacional[1036], solo estaban eximidas de la constancia en documento público y de la insinuación cuando su cuantía fuese inferior a quinientos maravedís o a trescientos ducados, respectivamente[1037].

En la jurisprudencia, la SAP de Toledo (Sección 2ª) de 30 de julio de 2010[1038] admitió una donación obligacional de un bien inmueble sin cumplir los requisitos formales del art. 633 CC[1039]. Con todo, dicho criterio no fue respaldado por la STS de 25 de marzo de 2013[1040], que a pesar de desestimar el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de segunda instancia, lo hizo sobre la base de considerar que el convenio en cuestión tenía carácter oneroso, y no gratuito.

[1033] "Por el contrato de comodato, una de las partes entrega a la otra una cosa no consumible para que la use por cierto tiempo y posteriormente la devuelva" (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 728).
[1034] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.4.
[1035] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.3.
[1036] *Vide supra*, Capítulo Quinto, apartados 3.1.2 y 3.1.3.
[1037] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartados 5.1.2 y 5.1.3.
[1038] SAP de Toledo (Sección 2ª) de 30 de julio de 2010 (ECLI:ES:APTO:2010:663, JUR 2010\344308; ponente Rafael Cáncer Loma).
[1039] "Incluso partiendo de considerar que la falta de ánimo de liberalidad y la existencia de un móvil más o menos interesado no excluye la consideración como donación del negocio celebrado, lo que sí es evidente, en todo caso, que podría afirmarse la existencia de una donación obligacional, en tanto el hoy actor ofreció en tal concepto los terrenos objeto de controversia e igualmente ese ofrecimiento fue aceptado por el donatario (folio 171 y 172 de las actuaciones). En este sentido, y dada la amplia definición de contrato que recoge el artículo 1254 del Código civil, es posible que la obligación nazca para una de las partes (donante) y si bien el donatario no adquirirá la propiedad de lo donado hasta la realización de la traidito o entrega material o simbólica, el contrato (aunque sujeto a las reglas de forma y fondo de la donación traslatio de bienes inmuebles) mantendría su eficacia obligacional entre las partes, estando legitimado el donatario a compeler al donante a llevar la forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y la aceptación (art. 1279 CC) de modo que el consentimiento de las partes pueda intercambiarse en la escritura de donación con su correspondiente aceptación".
[1040] STS de 25 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4910, RJ 2013\6694; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).

5.5.2 Aplicación de las formas de la donación dispositiva

Otro sector doctrinal ha afirmado que los requisitos de forma exigidos por los arts. 632 y 633 CC resultan de aplicación a las donaciones obligacionales. Sin embargo, dentro de este planteamiento se han esgrimido diversas justificaciones, que pueden encuadrarse en dos grupos: los que sostienen la aplicación directa de las formas reguladas en los arts. 632 y 633 CC, y los que defienden la aplicación analógica de las formas reguladas en los arts. 632 y 633 CC.

a) Aplicación directa de los arts. 632 y 633 CC

ALBALADEJO GARCÍA entendió que los arts. 632 y 633 serían directamente aplicables a las donaciones obligacionales, en coherencia con su idea de que todas las donaciones que regula el Título II del Libro III del CC tienen carácter obligacional[1041].

No podemos sino mostrar nuestra disconformidad con semejante planteamiento, pues hemos concluido que la donación regulada en el CC no tiene carácter obligacional, sino dispositivo o inmediatamente transmisivo[1042].

Para FERRANDIS VILELLA, la aplicación directa de los arts. 632 y 633 CC conduciría al siguiente cuadro normativo:

> "*a*) Donación traslativa (con entrega inmediata) de cosa mueble: libertad de forma; puede hacerse verbalmente o por escrito (art. 632, párrafos primero y segundo).
>
> *b*) Donación obligatoria (contrato de donación) de cosa mueble: necesidad de la forma escrita (no necesariamente pública), haciéndose constar también por escrito la aceptación del donatario (art. 632, párrafo segundo).
>
> *c*) Donación de inmuebles, tanto si es traslativa (entrega inmediata) como si es meramente obligatoria: caso para el que se establecen los máximos requisitos de forma: escritura pública en el que se expresarán individualmente los bienes donados y, en su caso, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; la aceptación, que no surte efecto si no se hace en vida del donante, puede hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada (art. 633, párrafos primero y segundo)"[1043].

[1041] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 38-39, 183-184.

[1042] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 4.

[1043] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 593.
Parece evidente que este planteamiento influyó decididamente en la SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 27 de junio de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:8476, JUR 2000\284349; ponente José Francisco Valls Gombau), que dijo textualmente lo siguiente: "a) En las donaciones traslativas con entrega inmediata de cosa mueble, existe

El planteamiento de FERRANDIS VILELLA fue coherente con su punto de vista, según el cual el art. 632.II contempla una donación obligacional[1044]. Sin embargo, nos hemos mostrado en contra de dicho planteamiento[1045], por lo que debemos rechazar la aplicación directa de los arts. 632 y 633 CC a la donación obligacional, asentada en una premisa que no compartimos.

De otra parte, CASTAÑOS CASTRO, en coherencia con su interpretación extensiva de las disposiciones de la donación dispositiva reguladas en el Título II del Libro III del CC, entendió que los arts. 632 y 633 CC resultan de aplicación a las donaciones obligacionales. Según esta autora, "es de justicia sostener que las mismas razones que amparan y justifican el carácter formal de la donación traditoria concurren en la obligacional. ¿O acaso el donante no merece la misma protección en este caso?"[1046].

Anteriormente, tuvimos ocasión de mostrar nuestro desacuerdo con esta aproximación metodológica al régimen jurídico de la donación obligacional, pues a nuestro entender no resulta admisible la interpretación extensiva de las normas contenidas en el Título II del Libro III del CC[1047]. Además, en contra de lo afirmado por CASTAÑOS CASTRO, tampoco estamos conformes con que las formas de la donación dispositiva solo tengan la finalidad de proteger los intereses del donante, pues también están orientadas a defender los intereses del donatario y de terceras personas (familiares, legitimarios y acreedores del donante)[1048].

b) Aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC

GETE-ALONSO Y CALERA mantuvo una posición singular. Planteó la posibilidad de entender la donación obligacional como un contrato no sujeto a ningún requisito formal a la vista de su encuadramiento sistemático, aunque terminó mostrando su desacuerdo, por entender que se trataría de un fraude de ley. Comenzó señalando que si la donación obligacional es un contrato, por oposición a la donación traslativa regulada en el CC, no

libertad de forma pudiéndose hacer tanto verbal como por escrito -art. 632. 1º y 2º-; mientras que en las donaciones obligacional es de cosa mueble es necesario la forma escrita bien en documento privado o público -art. 632. 2 CC-, y b) En las donaciones de inmuebles tanto si es traslativa (con entrega inmediata) o meramente obligatoria siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque ésta última no se precisa sea realizada en unidad de acto pero siempre debe efectuarse en vida del donante y por escritura pública art. 633 CC-, extremos ambos incumplidos en autos por lo que, en definitiva, procede rechazar la apelación con confirmación de la sentencia recurrida".

[1044] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.6.
[1045] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.6.
[1046] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, pp. 92-93, 242.
[1047] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 1.2.
[1048] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.3.

resultarían de aplicación los arts. 632 y 633 CC, regulados en el Libro III del CC, sino el art. 1278 CC, regulado en el Libro IV, que sanciona el principio de la libertad de forma. En consecuencia, inicialmente, cabría afirmar que la donación obligacional podría contraerse sin ningún tipo de forma necesaria para su validez[1049]. Sin embargo, sin solución de continuidad, afirmó que una donación obligacional presidida por la libertad de forma constituiría un fraude de ley:

> "Supondría la utilización de este tipo contractual (atípico: art. 1.274 CC), para soslayar los requisitos de FORMA exigidos a la DONACIÓN como modo de adquirir la propiedad (arts. 609 y 618: negocio de disposición). A través de su utilización, aplicándose los principios de libertad de forma contractual, se soslayaría la invalidez de tal efecto (donación: adquisición de la propiedad) por falta de forma.
>
> Ciertamente que el contrato de obligación así efectuado es perfecto y obligatorio para las partes desde que concurren los requisitos necesarios para su formación (art. 1.261 CC), pero en orden al efecto real -transmisión de la propiedad- sería ineficaz. Calificado de esta manera, en evitación de que siguiendo la interpretación primera se produzca un negocio en fraude a la ley, resulta la necesidad de existencia de la FORMA prescrita en los arts. 632 y 633 del Código Civil.
>
> La FORMA aquí, sin embargo, no parece que pueda calificársela como requisito de validez del contrato, sino como verdadera CONDICIÓN DE EFICACIA del mismo en orden a la transmisión de la propiedad"[1050].

Concluyó esta autora señalando que la donación obligacional es un contrato atípico y que, en consecuencia, será necesario aplicar analógicamente las normas contenidas en los arts. 618 y ss. CC, "salvadas las distancias en orden a su naturaleza diversa"[1051], lo que incluye la aplicación analógica de las exigencias formales de los arts. 632 y 633 CC, que "se deriva de la finalidad técnica que está llamada a cubrir: ser una restricción a la causa liberal, es decir, ser un medio técnico a través del que se evita el fraude a terceros y el posible perjuicio derivado de actos liberales"[1052].

A pesar de ser sugestiva la apelación al fraude de ley, no nos parece acertado el razonamiento seguido por GETE-ALONSO Y CALERA. Si se considera que los requisitos

[1049] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, *cit.*, p. 629.
[1050] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, *cit.*, pp. 630-631.
[1051] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, *cit.*, p. 631.
[1052] GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, *cit.*, p. 630.

formales de los arts. 632 y 633 CC constituyen un elemento esencial para la perfección del negocio de donación dispositiva, la ausencia del elemento formal conllevaría la inexistencia de la donación, con la consiguiente ausencia de producción de efectos jurídicos. A la misma conclusión conduciría el art. 6.4 CC, a tenor del cual "los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir".

Por otra parte, su razonamiento es circular, y destruye las premisas sobre las que se asienta. En efecto: si se afirma que la donación obligacional carente de forma sería válida en el ámbito obligacional, pero no en el ámbito dispositivo (es decir, que no podría transmitir la propiedad sin la forma), sería completamente inútil la utilización de la donación obligacional como norma de cobertura para eludir o soslayar los arts. 632 y 633 CC, dado que la finalidad última de la donación es la transmisión de la propiedad (ya sea de manera inmediata, mediante la donación dispositiva, ya sea de manera mediata, mediante la donación obligacional), y según su propio planteamiento la ausencia de forma provocaría la imposibilidad de que los sujetos que utilicen fraudulentamente la donación obligacional puedan transmitir la propiedad. En otras palabras, la apelación al fraude de ley carecería de sentido, porque la norma de cobertura sería absolutamente ineficaz para alcanzar el resultado que se obtendría con el cumplimiento de la norma eludida o soslayada.

Finalmente, debemos exponer la opinión de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, quien defendió la aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC a las donaciones obligacionales con una extensa argumentación:

> "A nuestro juicio, la respuesta a esas preguntas pasa, no por aplicar directamente esos preceptos a la donación obligacional sino por considerar que, aunque están referidos propiamente a la donación traslativa, cabe -y procede- la aplicación analógica de los mismos a las donaciones obligacionales, en razón de la sustancial coincidencia entre aquellas y estas en cuanto a los intereses que el legislador tuvo en cuenta a la hora de imponer a las donaciones unos determinados requisitos de forma -destacadamente, la protección del propio donante (procurándole una mayor reflexión acerca del acto que va a realizar) así como de sus acreedores y legitimarios; conseguir un mejor medio de prueba para dejar constancia clara de lo hecho; etc-. Considérese que de otro modo no sería posible someter a forma solemne las donaciones obligacionales, dada la falta de normas que así lo establezcan

> expresamente y dado que el principio general de nuestro Derecho es la libertad de forma, que aparece consagrado en los artículos 1278 y siguientes del Código civil, que son preceptos que se sitúan en ese libro IV del Código civil, en el que precisamente creemos que tienen su sede las donaciones obligacionales. Y esta libertad de forma en tema de donación obligacional, aunque pudiera sustentarse en la idea de que la forma solemne es exigencia establecida en norma de carácter excepcional y por tanto de aplicación restrictiva, creemos que no debe mantenerse, pues resulta de una aplicación muy formal del Derecho, sin advertir que lo excepcional en el caso no es tanto la norma cuanto los intereses en juego y la razón sustancial que subyace a ella, siendo así sin embargo que esos intereses y razón subyacente son comunes a ambos casos. Esto, a nuestro entender, permite concluir que la solución en este tema se traduce en aplicar a la donación obligacional los mismos requisitos de forma establecidos".

5.5.3 Toma de postura: aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC

Desde nuestro punto de vista, el planteamiento más acertado es el que postula la aplicación analógica de los arts. 632 y 633 CC a las donaciones obligacionales, ya que concurre claramente la identidad de razón que exige el art. 4.1 CC para recurrir a la analogía, en la medida en que los intereses que deben ser protegidos en la donación dispositiva son igualmente dignos de protección en un contrato de donación obligacional, que como todo contrato gratuito puede entrañar indudables riesgos.

El primer sujeto cuyos intereses se intentan proteger a través de la exigencia de la forma es el donante, quien puede actuar de manera precipitada y dilapidar su patrimonio sin la debida reflexión. Como en una donación obligacional la entrega se realiza en un momento posterior a la perfección del contrato, los riesgos inherentes a toda donación se incrementan. Desde la perspectiva del donante, es más difícil valorar el empobrecimiento, que no será inmediato, sino diferido en el tiempo. La exigencia formal pretende que el donante pondere suficientemente la asunción actual de una deuda que deberá ser satisfecha en el futuro, momento en el cual pueden surgir graves problemas si previamente no se meditó con suficiencia la adopción de la decisión de obligarse gratuitamente, sin recibir nada a cambio.

Este mismo razonamiento fue sostenido por PUIG BRUTAU, quien al contraponer la donación obligacional frente a la dispositiva, adujo que "ante la posibilidad de que una persona se vea obligada a dar cumplimiento a una obligación que asumió a título gratuito, hay que extremar el rigor de los requisitos que pueden justificar semejante

transformación"[1053]. Para este autor, "en la mera promesa, no sólo se trata de que conste por escrito la intención del promitente, sino de que conste igualmente por escrito la aceptación. Este requisito es perfectamente lógico y congruente porque señala la transformación a que antes hemos aludido: sólo es verdadera donación de contenido obligacional la que transforma al donante en deudor. Es natural que esta transformación la señale, no la manifestación del donante, sino la aceptación del donatario, que por ello, es decir, por su trascendencia ha de constar por escrito"[1054]. Por ello, "sólo podremos hablar de que ha tenido lugar una donación a base de una promesa cuando ésta, por concurrir los requisitos que ya hemos detallado, haya tenido la virtualidad suficiente para dar lugar a la expresada transformación del donante en deudor y del donatario en acreedor. En tal caso existirá entre ambos una relación obligacional o de crédito [y] deuda, completamente normal"[1055].

Los requisitos formales de la donación obligacional también protegen al donatario. Evidentemente, su posición es muy distinta a la del donante, en la medida en que como beneficiario de la prestación gratuita en principio no asume ningún riesgo. Sin embargo, la aceptación de la donación también exige cierta reflexión. Desde el punto de vista fiscal, es evidente que el donatario deberá hacer frente a responsabilidades tributarias como consecuencia del contrato de donación obligacional. E incluso desde el punto de vista civil, si la donación obligacional es onerosa o con carga, la forma contribuye a que el donatario valore si le resultará conveniente en términos económicos hacer frente a ese gravamen de menor trascendencia económica que el bien donado. A mayor abundamiento, la forma también protege los intereses del donatario en el hipotético supuesto de que el donante incumpla la obligación de entrega de la cosa donada, ya que le permitirá justificar la existencia de la obligación y solicitar su cumplimiento ante los órganos jurisdiccionales competentes.

Finalmente, la aplicación analógica de los requisitos formales de las donaciones dispositivas también protege a terceras personas ajenas al contrato de donación obligacional. De entrada, a los familiares y a las personas dependientes del donante, debido a que la forma sirve en cierta forma como cortapisa a los desprendimientos patrimoniales irreflexivos y

[1053] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit.*, p. 68.
[1054] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit.*, p. 79.
[1055] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit.*, pp. 86-87.

desmesurados. Además, la forma también protege a los acreedores y a los legitimarios del donante, quienes podrán acreditar documentalmente la existencia de la obligación gratuita y ejercitar las acciones que consideren oportunas en defensa de sus respectivos derechos e intereses.

Por otro lado, que las donaciones obligacionales cumplan los requisitos formales de los arts. 632 y 633 CC por vía analógica es una necesidad cuyas bondades se ven reforzadas a la vista de otras consideraciones, que van más allá de la protección de los intereses de las personas que se ven o pueden verse afectadas por una donación. En efecto:

- Es respetuoso con un principio contractual de larga tradición en nuestro entorno, conforme al cual los contratos gratuitos *inter vivos* siempre han estado regulados como contratos reales o como contratos formales.
- Es coherente con la tradición histórica, pues las donaciones siempre han estado envueltas en requisitos formales especiales adicionales a los requisitos de los demás contratos. Tales formalidades especiales también fueron exigidas cuando la donación tenía carácter obligacional, como atestiguan el Derecho castellano y el Derecho navarro.
- Permite deslindar la donación obligacional (contrato vinculante y coercible) de las obligaciones naturales y de los deberes de cortesía (no exigibles jurídicamente).
- Resulta congruente con la doctrina y con la jurisprudencia relativas a los contratos atípicos, pues ambas preconizan la aplicación analógica de las reglas de los contratos típicos más afines.

En suma, la aplicación analógica de las formalidades previstas en los arts. 632 y 633 CC a las donaciones obligacionales contribuye a salvaguardar el principio de seguridad jurídica, reconocido en el art. 9.3 CE.

Como vemos, hemos llegado a la misma conclusión que los demás autores que han defendido la aplicación de los arts. 632 y 633 CC a las donaciones obligacionales, cuyos planteamientos hemos mencionado con anterioridad. La diferencia es de método, no de resultado. Sin embargo, entendemos que hemos tomado el camino correcto, siendo respetuosos con el planteamiento y con la metodología que hemos aplicado en esta Tesis: si la donación obligacional no está regulada en el Título II del Libro III del CC, y es un contrato atípico, sus requisitos formales deben ser determinados aplicando analógicamente las reglas correspondientes a la donación dispositiva, que es el negocio típico con el que guarda mayor

afinidad, en la medida en que existe una evidente identidad de razón en todo lo relativo a la forma.

5.5.4 Consecuencias del recurso a la analogía

Una vez alcanzada la conclusión de que las donaciones obligaciones deben cumplir analógicamente los requisitos formales establecidos en los arts. 632 y 633 CC, nos disponemos a exponer las repercusiones prácticas que ello comporta.

a) El carácter esencial de la forma de la donación obligacional

La forma constituye un requisito esencial de la donación obligacional. Se trata de un requisito *ad solemnitatem*, presupuesto para la existencia, validez y eficacia del contrato. El incumplimiento de la forma comporta la nulidad radical insubsanable (*rectius*, inexistencia) del contrato. Una donación obligacional carente de forma, o con una forma insuficiente (por ejemplo, una donación obligacional de bienes inmuebles plasmada en documento privado) no produce efectos jurídicos, por lo que ni surge la obligación de entrega, ni nace el crédito consistente en poder exigir dicha entrega.

Si una donación obligacional de bienes inmuebles que no cumple con los requisitos formales del art. 633 CC es seguida de la entrega de la cosa que se pretendía donar, no se producirá la transmisión de ningún derecho real; habrá modo o entrega, pero no título que legitime la entrega (art. 609.II CC *a contrario*). En consecuencia, el poseedor de la cosa entregada (que no donada) podrá usucapirla, pero cumpliendo con los requisitos legalmente exigibles para la usucapión extraordinaria[1056].

[1056] En el mismo sentido, para una donación dispositiva de bienes inmuebles no formalizada en escritura pública, se pronunció la STS de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3523, RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas): "Una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente jurídicamente por falta de un elemento esencial (artículo 633 del Código civil), por lo que no es justo título, pero sí puede ser base de usucapión extraordinaria, que se produce por mayor tiempo, sin necesidad de título (artículo 1959) y aquella donación no es un título, no es nada jurídicamente, pero su ausencia no impide la posesión que da lugar a la usucapión extraordinaria". En los mismos términos se manifestó la STS de 25 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:167, RJ 2007\593; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz). Esta jurisprudencia corrige una postura anterior, claramente incorrecta, que había descartado la posibilidad de usucapir extraordinariamente bienes cuya posesión derivaba de una donación con defectos formales. La STS de 13 de mayo de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:150, RJ 1963\2515; ponente Emilio Aguado González) negó en un *obiter dicta* la usucapión extraordinaria: "Se esgrime la presunta violación del artículo 1957 del Código Civil, que fija el término para la prescripción ordinaria entre presentes, del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles; pero es fácil advertir que un contrato no válido, por inexistente, al faltarle el esencial requisito de forma, necesario para su eficacia, no puede ser el "justo título" a que se refiere el artículo 1.952 del Código Civil, que se exige para la prescripción ordinaria en el artículo que se señala como violado, ya que, por tal ha de entenderse el que legalmente basta para transmitir el dominio o derecho real, de cuya prescripción se trate y, en este concepto, podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles e

Sin embargo, si una donación obligacional de un bien mueble que no cumple los requisitos formales del art. 632 CC es seguida de la entrega del bien mueble que se pretendía donar, la donación obligacional, inexistente por defecto de forma, se transformará en una donación dispositiva manual (art. 632.I CC), que sí que transmitirá al donatario el derecho real sobre la cosa donada.

b) Los requisitos formales en función del carácter mueble o inmueble del bien donado

Como es sabido, el art. 632 CC regula la forma de la donación de bienes muebles, en tanto que el art. 633 CC regula la forma de la donación de bienes inmuebles. Para determinar si resulta de aplicación una norma u otra, es necesario precisar el objeto del contrato de donación obligacional.

La cuestión es más relevante de lo que puede parecer a primera vista. La perfección de un contrato de donación obligacional siempre comporta el nacimiento de un derecho de crédito, que ingresa directamente en el patrimonio del donatario. Correlativamente, el donante asume una deuda, que consiste en la obligación de entregar la cosa donada. Si se entendiese que el objeto de la donación es ese derecho de crédito, todas las donaciones obligacionales serían válidas con tal de estar plasmadas en documento privado, de conformidad con lo dispuesto en el art. 632.II CC, ya según la norma residual contenida en el art. 335 CC, los créditos son bienes muebles, dado que el art. 334 CC no les confiere el carácter de bienes inmuebles.

Sin embargo, a nuestro entender es evidente que semejante planteamiento sería claramente equivocado. Como hemos tenido ocasión de poner de relieve[1057], la donación obligacional no supone la transmisión de un derecho de crédito preexistente, sino que su perfección comporta el nacimiento de un derecho de crédito, que es algo muy distinto. Por tanto, la donación obligacional no transmite ningún derecho, sino que lo crea, y el crédito no constituye el objeto del contrato. Teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 1261.2.º, 1271,

incluso los otorgados por quien no ostente la disponibilidad jurídica de la cosa, pero no los que sean inexistentes o radicalmente nulos, puesto que "quod nullum est, nullum producit effectum", pero además es de tener en cuenta que entre las citadas, la sentencia de 13 de marzo de 1952 niega que la posesión adquirida por donación, no legalmente formalizada, puede serlo en concepto de dueño, a los efectos prevenidos en los artículos 447 y 1.941 del Código Civil, por lo que, en definitiva, aun la prescripción extraordinaria, que no requiere justo título, pero sí que aquélla se adquiera y disfrute en el concepto expresado, le estaría vedado al recurrente". En el mismo sentido se pronunció la STS de 25 de junio de 1966 (RJ 1966\3550; ponente Francisco Bonet Ramón; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-).

[1057] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 4.6.

1272 y 1273 CC, el objeto del contrato de donación obligacional siempre será la cosa donada: el bien que el donante se compromete a entregar al donatario gratuitamente.

El carácter mueble o inmueble de la cosa donada, que se deberá concretar con arreglo a las reglas establecidas en los arts. 334, 335 y 336 CC, determinará los requisitos formales de la donación obligacional:

- Cuando la donación obligacional tenga por objeto la transmisión de un bien mueble, "no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación", tal y como dispone el art. 632.II CC.

  Sería perfectamente válido, aunque innecesario, que la donación obligacional de un bien mueble conste en escritura pública. En cambio, sería nula una donación obligacional de bienes muebles acordada verbalmente.

- Cuando la donación obligacional tenga por objeto la transmisión de un bien inmueble, resulta de aplicación el art. 633 CC en su integridad. Por tanto, "ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario". La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada, en cuyo caso habrá de ser notificada en forma auténtica al donante, anotando esta diligencia en ambas escrituras.

  En consecuencia, sería nula una donación obligacional bienes inmuebles acordada verbalmente o plasmada en un documento privado.

  La escritura pública es un documento público (art. 1216 CC), cuyos requisitos están establecidos en la legislación notarial (art. 1217 CC)[1058].

c) Posibles formas alternativas

En algunos supuestos, cabría plantearse la posibilidad de considerar cumplimentada la forma de la donación obligacional a pesar de no haberse producido un estricto cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 632 y 633 CC. La jurisprudencia ofrece dos ejemplos bien ilustrativos.

[1058] Según el art. 17.1.II LN, "las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases". Lo mismo señala el art. 144.II RN.

La SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009[1059] admitió la existencia de una donación obligacional, a pesar de que el contrato no había sido documentado en escritura pública. En el caso concreto, el donante se había comprometido a transmitir ciertas cantidades de dinero a una persona que también había comparecido a presencia notarial. Ciertamente, al tratarse de una donación de dinero, se habrían cumplido los requisitos exigidos por el art. 632.II CC, que solo exige el documento privado. No obstante, en el hipotético supuesto de que la donación obligacional hubiese tenido por objeto un bien inmueble, sería muy discutible poder admitir la validez y eficacia de la donación obligacional, pues aunque el acta notarial sea un documento público (art. 1216 CC), no es una escritura pública (art. 633 CC). Según el art. 17.1.II LN, el contenido de las escrituras públicas se concreta en "actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases". En cambio, el art. 17.1.VIII LN dice que "las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos". La donación obligacional es un contrato, en el que ambas partes contratantes deben plasmar su consentimiento, por lo que siempre debería constar en escritura pública, y no en un acta notarial. Si la donación obligacional de un bien inmueble fuese instrumentada en un acta notarial, en lugar de en una escritura pública, podría defenderse muy fundadamente la invalidez del contrato, por incumplimiento de los requisitos formales esenciales, supuesto en el cual el Notario autorizante incurriría en una clara responsabilidad profesional[1060].

La STS de 18 de julio de 2014[1061] consideró que se había cumplido la formalidad de la escritura pública exigida por el art. 633 CC en un convenio regulador aprobado judicialmente, en el que uno de los progenitores se comprometió a transmitir al hijo común

[1059] SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:APSA:2009:627, AC 2009\2381; ponente Longinos Gómez Herrero).

[1060] El art. 146 RN regula la responsabilidad del Notario de la siguiente manera: "El Notario responderá civilmente de los daños y perjuicios ocasionados con su actuación cuando sean debidos a dolo, culpa o ignorancia inexcusable. Si pudieren repararse, en todo o en parte, autorizando una nueva escritura el Notario lo hará a su costa, y no vendrá éste obligado a indemnizar sino los demás daños y perjuicios ocasionados.
A tales efectos, quien se crea perjudicado, podrá dirigirse por escrito a la Junta Directiva del Colegio Notarial, la cual, si considera evidentes los daños y perjuicios hará a las partes una propuesta sobre la cantidad de la indemnización por si estiman procedente aceptarla como solución del conflicto".

[1061] STS de 18 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3175, RJ 2014\4540; ponente José Antonio Seijas Quintana).

la nuda propiedad de un inmueble[1062]. La Sala entendió que el hijo había estado legalmente representado por sus padres en el negocio en cuestión; y respecto a la forma, argumentó que "la declaración del donante y del donatario, tratándose de inmuebles, cumplimenta lo dispuesto en el artículo 633 del Código Civil, respecto de la exigencia de escritura pública, mediante su inclusión en el citado convenio, que tiene valor de documento público, sin necesidad del otorgamiento ulterior escritura pública para su formalización al tratarse de una medida que afecta a la vivienda familiar tomada en el marco propio de la solución de la crisis familiar objeto del convenio, con acceso al Registro de la Propiedad para su inscripción"[1063].

[1062] Esta interpretación fue anticipada por la STS de 25 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:211, RJ 2008\225; ponente Encarnación Roca i Trias), que afirmó que el compromiso de transmisión gratuito de un inmueble a un hijo, documentado en un convenio regulador, "podría admitirse que está otorgada en forma pública".

[1063] En realidad, cuando en un convenio regulador uno o ambos progenitores acuerden transferir bienes gratuitamente a uno o a varios de sus hijos, existirá un contrato a favor de tercero, supuesto al que se refiere el art. 1257.II CC cuando dice que "si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada". Si son los dos progenitores quienes se comprometen a transferir a sus hijos un bien del que los dos son propietarios, ambos se habrán constituido recíprocamente como estipulantes y promitentes. La doctrina entiende que la estipulación gratuita a favor de un tercero no precisa las formas de los arts. 632 y 633 CC (MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL: *La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 196-198; SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ: *La forma de los contratos en el Código Civil*, *cit.*, pp. 192-193; PÉREZ CONESA, CARMEN: *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999, pp. 199-200; LÓPEZ RICHART, JULIÁN: *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 257; MACÍA MORILLO, ANDREA: "El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, 2020, pp. 574, 607). Este planteamiento obedece a que la atribución gratuita a favor de los hijos es una donación indirecta, inserta en un negocio complejo entre estipulante y promitente, respecto del cual el hijo es un tercero beneficiario. En la medida en que el contrato principal tiene carácter oneroso (normalmente, la liquidación del régimen económico matrimonial), no resulta procedente exigir las formas de la donación para la validez del contrato suscrito entre estipulante y promitente, dentro del cual se inserta accesoriamente la estipulación gratuita a favor del tercero beneficiario. El Derecho extranjero avala este planteamiento: el art. 1875 del Código Civil italiano de 1942 dice que "la renta vitalicia constituida a favor de un tercero comporte para este una liberalidad, no requiere la forma establecida para la donación" ("la rendita vitalizia costituita a favore di un terzo, quantunque importi per questo una liberalità, non richiede le forme stabilite per la donazione"); y el art. 1973 del Código Civil francés de 1804 dispone que la renta "puede constituirse en beneficio de un tercero, aunque el precio lo aporte otra persona. En este último caso, si bien tiene las características de una liberalidad, no está sujeta a las formas exigidas para las donaciones" ("elle peut être constituée au profit d'un tiers, quoique le prix en soit fourni par une autre personne. Dans ce dernier cas, quoiqu'elle ait les caractères d'une libéralité, elle n'est point assujettie aux formes requises pour les donations"). En la jurisprudencia, aplicó este planteamiento la STS de 6 de octubre de 1893 (ECLI:ES:TS:1893:11; JC, t. 74, 40; ponente Mateo Alcocer y Arza). El recurrente en casación había argumentado que "en el supuesto de que existiera la estipulación en favor de Vázquez, Viudas y Jiménez, se estipuló á título completamente gratuito por parte de éstos, y nada tenían que hacer ni dar á cambio de lo que en su favor se estipulaba, es decir que lo estipulado habían de recibirlo en su caso por pura liberalidad, como una verdadera donación, y en este supuesto, tratándose de cosa mueble, si se estipuló verbalmente, debió ser simultánea la entrega de la cosa, ó á falta de este requisito, debió hacerse por escrito y constar en la misma forma la aceptación, y como quiera que en este caso ni se hizo la donación por escrito, ni medió la entrega de la cosa, aparecía infringido el art. 632 del Código civil". El Tribunal Supremo desestimó el recurso, afirmando que "no son de aplicar al caso presente los artículos del mencionado Código civil 632 y 1280, en su párrafo ultimo porque aquél se refiere á la donación de cosa mueble y al modo de que surta efecto, y éste á exigir que el contrato privado, cuya cuantía excede de 1.500 pesetas, se haga constar por escrito, y como la acción ejercitada por los demandantes, que ha estimado la Sala, no ha sido la que se origina de una liberalidad ó donación, ni el contrato que ha dado margen á este punto cuando se celebró sin la eventualidad de la suerte, excedió de aquella suma, es inoportuna la cita de

Este último supuesto no supone abrir un portillo indiscriminado con la finalidad de eludir las formas esenciales de la donación obligacional, sino simplemente tomar en consideración las circunstancias concurrentes, llegándose a la conclusión de que en el caso concreto no parece razonable sostener la nulidad del contrato en el incumplimiento de la forma exigida por el art. 633 CC. Si la donación obligacional consta en una resolución judicial, parece muy difícil fundamentar una negativa a la validez del contrato, dado que las prevenciones que justifican el requisito formal (cautela, reflexión, ausencia de coacción, asunción de las consecuencias del acto, existencia de prueba fehaciente de lo acordado), se cumplen perfectamente.

d) Implicaciones de la forma de la donación obligacional inmobiliaria en el efecto transmisivo del contrato

La circunstancia de que la donación obligacional de bienes inmuebles deba constar documentada en escritura pública plantea un problema en relación con la mecánica traslativa del contrato.

El contrato de donación obligacional consiste en el compromiso de transmitir una cosa gratuitamente. La transmisión del derecho real no puede producirse en el mismo momento de la perfección del contrato, porque para cubrir esa necesidad ya existe la donación

dichos artículos para suponerlos infringidos". Tampoco la STS de 31 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:4566, RJ 2001\3875; ponente Alfonso Villagómez Rodil) exigió que una estipulación gratuita a favor de los hijos pactada en un convenio regulador tuviese que dar cumplimiento a los requisitos formales exigidos en el CC a la donación. En todo caso, la doctrina sentada en la STS de 18 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3175, RJ 2014\4540; ponente José Antonio Seijas Quintana) atenúa notablemente la problemática relativa a la forma de la estipulación a favor de tercero gratuita cuando conste en un convenio regulador aprobado judicialmente, en la medida en que la considera forma equivalente a la escritura pública exigida por el art. 633 CC. No obstante, el problema subsistirá cuando el convenio regulador conste en documento privado no homologado judicialmente.

Si se piensa con detenimiento, la donación obligacional encuentra mejor acomodo en las estipulaciones gratuitas a favor de tercero que la donación dispositiva. En la doctrina, es habitual entender que el tercero beneficiario es titular de un derecho de crédito frente al promitente (MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL: *La estipulación a favor de tercero*, *cit*., pp. 311-312; PÉREZ CONESA, CARMEN: *El contrato a favor de tercero*, cit., pp. 201-209; LÓPEZ RICHART, JULIÁN: *Los contratos a favor de tercero*, *cit*., pp. 276-282; MACÍA MORILLO, ANDREA: "El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos", *cit*., pp. 580-584, 598-601). Esta relación crediticia mal encaja con la donación regulada en el CC, que tiene una eficacia inmediatamente traslativa, incompatible con la idea de crédito titulado por el donatario. Sin embargo, una donación obligacional se adapta sin ninguna dificultad al crédito gratuito existente entre el promitente y el beneficiario. De hecho, el AAP Navarra de 22 de diciembre de 1994 (AC 1994\2548; ponente José Julián Huarte Lázaro; este Auto no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-) y la SAP de València (Sección 10ª) de 30 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APV:2012:2519; JUR 2012\287773; ponente José Enrique de Motta García-España) consideraron eficaces las estipulaciones gratuitas a favor de tercero contenidas en dos convenios reguladores aludiendo a la donación obligacional. *Vide* CARDÓS ELENA, JOSÉ MARÍA: "Atribuciones gratuitas de bienes en el marco de las separaciones matrimoniales", *cit*., pp. 1566-1569.

dispositiva de bienes inmuebles, que transmite los derechos reales de manera concomitante con la perfección negocial, incluso en ausencia de entrega posesoria de la cosa donada. Ahora bien, si la donación obligacional de bienes inmuebles debe constar en escritura pública (art. 633 CC), el otorgamiento de la escritura pública de donación equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato (art. 1462.II CC). Por tanto, se llegaría a la conclusión de que, aunque se hubiese celebrado una donación obligacional inmobiliaria, sus efectos transmisivos sería exactamente los mismos que los de la donación dispositiva: en el primer caso, por la conjunción simultánea en el tiempo del título y el modo (*traditio ficta*); en el segundo, debido al carácter inmediatamente traslativo del negocio.

Sin embargo, existe una manera satisfactoria de escapar de este aparente callejón sin salida. En la medida en que la donación obligacional es un contrato atípico, y está llamado a satisfacer necesidades distintas a las que complace la donación dispositiva regulada en el CC, será intrínsecamente imposible que la perfección de la donación obligacional pueda producir de manera simultánea la transmisión del dominio. Así las cosas, el otorgamiento de la escritura pública jamás podrá surtir los efectos de *traditio ficta*, porque de la propia escritura siempre deberá resultar o deducirse claramente lo contrario, tal y como permite el art. 1462.II *in fine* CC. La escritura pública, necesariamente, excluirá el efecto transmisivo simultáneo del derecho real donado, al igual que sucede en todas las compraventas o permutas documentadas en escritura pública en las que los contratantes pactan una entrega diferida en el tiempo[1064].

[1064] STS de 9 de octubre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:5993, RJ 1997\7065; ponente Francisco Hernández Gil): "De esa misma escritura no es posible inferir que su otorgamiento equivalga al cumplimiento del requisito de la tradición o modo de adquirir respecto a la cosa que se obligó a entregar la compradora como parte del precio consistente en mil metros cuadrados de local comercial que debían ser construidos por dicha compradora. En primer lugar, porque de la propia escritura se deduce, como pone de manifiesto la sentencia impugnada, que la entrega del local comercial debería realizarse en tiempo aplazado, y en segundo lugar, porque en realidad tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato, de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa «speratae», aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de domino sobre la obra, como dice la Sentencia de esta Sala de 15 junio 1992, que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o «traditio»"; STS de 27 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2392, RJ 2009\4732; ponente Francisco Marín Castán): "El motivo, por tanto, no llega a plantear el debatido problema del desequilibrio que suele darse en los contratos de transmisión de solar a cambio de obra futura, normalmente caracterizados por la debilidad de la posición del transmitente del solar frente a los posibles incumplimientos de su adquirente, hasta el punto de ser hoy dominante en la doctrina civilista la tendencia a sostener que el transmitente del solar adquiere simultáneamente la propiedad del local o vivienda futura mediante la tradición instrumental representada por la escritura pública correspondiente. Esta tesis, sin embargo, no es compartida por la jurisprudencia de esta Sala ni, desde luego, se corresponde con el sistema de transmisión del dominio "por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición" (art. 609 CC), en el que el otorgamiento de la escritura pública se considera como equivalente a la entrega material de la cosa objeto del contrato "si de la

Así las cosas, en una donación obligacional que conste en escritura pública, la entrega nunca podrá producirse en el mismo instante de la perfección del contrato, sino en un momento necesariamente posterior. Ello nos lleva a sostener que la donación obligacional de bienes inmuebles (que siempre debe constar en escritura pública) y que la donación obligacional de bienes muebles (cuando conste en escritura pública) siempre deberá ser un contrato aplazado o suspensivamente condicionado: la perfección contractual y la entrega de la cosa donada (material o ficticia) nunca podrán producirse simultáneamente[1065]. Se trata

misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Y que en el presente caso resulta desde luego lo contrario es tan indiscutible como en el caso examinado, por ejemplo, en la sentencia de 9 de octubre de 1997 (rec. 2689/93), y ello no sólo por admitirlo la propia parte recurrente en el alegato de este motivo, sino también porque en la escritura pública que documentó el contrato se estipuló una fecha determinada para la entrega de la vivienda futura y, además, se acordó que esta entrega se haría mediante acta notarial, datos éstos que, unidos al de haber quedado los transmitentes en la parcela como precaristas durante el plazo fijado en la escritura y al de la falta de inscripción registral de su derecho sobre la futura vivienda, por calificarlo el registrador como derecho personal, corroboran la desestimación del recurso"; STS de 6 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4459, RJ 2009\4453; ponente Román García Varela): "Tampoco ha habido transgresión por inaplicación del artículo 1462, ya que el párrafo segundo de este precepto dispone que "cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". La sentencia recurrida considera como hechos probados que no existió inicialmente "traditio" de la cosa, debido a que en la escritura de 27 de febrero de 1996, se pactó un compromiso de entrega en el futuro y la necesidad de otorgar la escritura pública de adjudicación para que se produjera la transmisión; y en la escritura de subsanación de 1 de marzo de 1996, se previó una cláusula penal de 1.000.000 de pesetas, por cada mes que se retrasase la entrega de los elementos comprometidos, una vez finalizada la obra en el plazo acordado, que eran treinta meses, lo que supone que la entrega de las viviendas se produciría en fecha posterior, por lo que no tuvo lugar la "tradictio ficta", y ello por aplicación de lo dispuesto en el propio artículo 1462"; STS de 15 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5371, RJ 2011\6118; ponente Francisco Marín Castán): "El motivo se desestima por las siguientes razones: 1ª) Incurre en la insalvable contradicción de afirmar que la porción de terreno de 800 m2 fue entregada y, a la vez, que quedó pendiente de entrega hasta que vendedor y compradora acordaran bilateralmente "su concreción o individualización". 2ª) El origen de tal contradicción está en dar por sentado que mediante el otorgamiento de escritura pública se produjo la entrega de dicha porción de terreno conforme al párrafo segundo del art. 1462 CC. Es cierto que según este precepto el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, pero también lo es que tal equivalencia se supedita a que "de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario". Y esto es lo que sucede en el caso examinado porque, aun cuando en la escritura se dijese que la compradora tomaba posesión jurídica de las dos fincas, es decir la registral nº NUM003 y la porción de terreno de 800 m2, la realidad era, como con toda claridad resultaba de la propia escritura, que la definitiva concreción de esta última quedaba pendiente del resultado final del proyecto urbanístico, lo que necesariamente dejaba pendiente también su entrega, bien la de las parcelas NUM008 y NUM009 del plano adjunto a la escritura, si el proyecto terminaba según lo previsto, bien la parcela equivalente de 800 m2"; STS de 19 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4878, RJ 2011\5223; ponente Antonio Salas Carceller): "Todo el derecho de la contratación privada está fundamentalmente presidido por el principio de libertad de pacto (artículo 1255 del Código Civil) y la entrega ficticia de la cosa inmueble mediante el otorgamiento de escritura pública aparece condicionada en el artículo 1462 del Código Civil en el sentido de que de la propia escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. En este caso no sólo, en la mencionada escritura, se establecía un plazo máximo de seis meses para la entrega del bien inmueble por parte de la entidad vendedora, libre de cargas y gravámenes y como cuerpo cierto, sino que incluso se dejó aplazada la obligación de pago de parte del precio pactado para el momento de la efectiva entrega, por lo que no cabe entender que la misma se había producido de modo automático en el momento del otorgamiento de la escritura pública y que, por tanto, el comprador había adquirido la propiedad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil".

[1065] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 604.

de una característica institucional del contrato de donación obligacional, que deriva de su carácter atípico. Evidentemente, no será necesario que la escritura de donación obligacional exprese textualmente esta circunstancia; bastará que de la misma se deduzca que las partes han convenido que la entrega tendrá lugar en un momento futuro (por ejemplo, en una determinada fecha, o cuando se cumpla una determinada condición futura).

Esta circunstancia únicamente afecta a las donaciones obligacionales que se documenten en escritura pública: necesariamente, todas las inmobiliarias, y optativamente en las mobiliarias. En una donación obligacional de bienes muebles que conste en documento privado, la superposición de la perfección negocial y de una entrega ficticia jamás podrá tener lugar, en la medida en que el documento privado en el que debe constar el contrato (art. 632.II CC) no produce efectos de *traditio ficta*[1066].

6. Perfección de la donación obligacional

En este apartado se abordará la perfección del contrato de donación obligacional. Se analizará la perfección de las donaciones dispositivas, y se determinará si esos mismos principios rigen para las donaciones obligacionales. Se recalcará la necesaria aceptación del donatario, y se valorará si la preponderancia de la voluntad del donante, tan enfatizada en las donaciones dispositivas, es igualmente predicable respecto de las donaciones obligacionales. Finalmente, se estudiará la posible aceptación tácita de la donación obligacional.

6.1 La perfección de la donación según el CC

La perfección de la donación en el CC siempre ha sido una cuestión muy polémica, como consecuencia de la aparente antinomia existente entre los arts. 623 y 629 CC. Según el primero, "la donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario", mientras que el segundo dispone que "la donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación". El art. 623 CC parece señalar que la donación se perfecciona cuando la aceptación del donatario ha llegado a conocimiento del donante, en tanto que del art. 629 CC se desprendería que la donación se perfecciona desde que sea

[1066] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 5.

aceptada por el donatario, aun cuando dicha circunstancia todavía no haya llegado a conocimiento del donante.

En la práctica, la trascendencia de la polémica es bastante reducida. Lo habitual será que el donante y el donatario expresen la oferta y la aceptación en el mismo acto. Así ocurrirá necesariamente cuando la donación de bienes muebles sea manual (art. 632.I CC), cuando se celebre una donación de bienes muebles con entrega aplazada en la que el donante y el donatario firmen conjuntamente el documento de donación, ya sea privado o público (art. 632.II CC), y cuando se celebre una donación de bienes inmuebles en la que el donante y el donatario comparezcan simultáneamente ante el Notario para firmar la escritura pública de donación (art. 633 CC). La aparente antinomia entre los arts. 623 y 629 CC solo planteará problemas cuando el donante y el donatario no se encuentren en el mismo lugar, o cuando la oferta de donación y la aceptación no se pongan de manifiesto de manera simultánea, pues solo en dicho supuesto podría producirse una aceptación del donatario que todavía no haya llegado a conocimiento del donante[1067].

En un Capítulo anterior tuvimos ocasión de aludir a la problemática conciliación de los arts. 623 y 629 CC, y expusimos los numerosos planteamientos esbozados por la doctrina tendentes a conciliar ambos preceptos[1068]. En la actualidad, es claramente predominante la tesis defendida por LALAGUNA DOMÍNGUEZ, quien, a la vista de los antecedentes históricos del art. 623 CC, adujo que la donación se perfecciona desde que es aceptada por el donatario, pero que hasta que el donante no tenga conocimiento de la aceptación, puede revocar la donación; por lo que la donación es irrevocable desde que el donante tiene conocimiento de la aceptación del donatario[1069].

Sin duda, a la generalizada aceptación de la tesis de LALAGUNA DOMÍNGUEZ contribuyó decididamente que fuese asumida por la STS de 17 de abril de 1998[1070], que dijo lo siguiente:

[1067] Debido a los requisitos formales exigidos por los arts. 632.II y 633.III CC, será imposible una donación perfeccionada simultáneamente entre ausentes, pues la comunicación instantánea por vía telefónica, electrónica o telemática (correo electrónico, WhatsApp, Zoom, Skype, Teams, y un largo etcétera) permitirá constatar de inmediato o de manera prácticamente instantánea la voluntad de los contratantes, pero sin la cumplimentación de las formas esenciales del negocio, que también se extienden a la aceptación de la donación.

[1068] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.4.

[1069] LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *cit.*, pp. 275-299.

[1070] STS de 17 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:2474, RJ 1998\2983; ponente Alfonso Villagómez Rodil). Su doctrina fue asumida por la RDGRN de 1 de julio de 2003 (RJ 2003\6082).

“La jurisprudencia de esta Sala no ha abordado la cuestión directamente como «thema decidendi» específico y no ha decidido definitivamente la problemática jurídica de la prevalencia y aplicación del artículo 623, que acentúa la perfección de la donación, en cuanto exige que el donante conozca o llegue a saber la aceptación del beneficiario de la liberalidad, respecto al 629, que atiende a su obligación y eficacia, que se produce desde el momento de la aceptación por el donatario. (…)

Su propio planteamiento exige dar respuesta casacional a la tesis doctrinal que plantea y conduce a la conclusión que se deja expuesta por las siguientes razones: a) Los antecedentes históricos así lo ponen de manifiesto, ya que el Anteproyecto del código Civil y Proyecto de 1851, como la primera edición (artículo 623), refieren que la donación resultaba irrevocable desde que se producía la aceptación del donatario y se participaba al donante. Fue en la segunda edición del Código cuando se produjo la mutación de la redacción del referido precepto, al sustituir al adjetivo «irrevocable» por el verbo transitivo «perfecciona», con lo cual la doctrina científica mayoritaria alcanza la conclusión de que el artículo 623 ha de entenderse en el sentido de que desde el momento en que el donante conoce la aceptación de la donación, la misma se hace irrevocable, ya que la donación existe y tiene consistencia jurídica eficaz, encontrando la revocabilidad justificación al tratarse de un acto de generosidad estrictamente gratuito, dimanante de la voluntad del oferente que puede deshacer y dejar sin efecto, y al que se pone fin cuando el donatario expresa y trasmite suficientemente su voluntad de aceptar lo que se le donó. Dicha posibilidad de revocación subsiste durante la vida de los donantes, pero acaba con su fallecimiento, como sucede en el presente supuesto, ya que la facultad revocatoria no se trasmite a los herederos y, por tanto éstos carecen de legitimación para dejarla sin efecto y con ello contradecir la voluntad de los otorgantes, que en este caso mantuvieron los padres durante su vida; por todo lo cual y lo que se deja estudiado, ha de prevalecer y respetarse la voluntad decidida y nunca desistida de los progenitores de beneficiar por partes iguales a sus cuatro hijos con la donación de la finca que llevaron a cabo.

Al producirse la muerte de los otorgantes la donación quedó completa y definitivamente consolidada, alcanzado total firmeza, ya que la liberalidad no fue revocada en ningún momento y se trata de donación sin reservas. Es de tener en cuenta que el artículo 161 del Fuero de Navarra (Ley 1 marzo 1973 y 1 abril 1987), mantienen la orientación primera del Código Civil, en cuanto prevé que las

donaciones de bienes inmuebles resultan irrevocables desde el momento en que se hubiera notificado al donante la aceptación en escritura pública".

6.2 El régimen jurídico de la perfección de la donación obligacional

Llegados a este punto, debemos determinar si los arts. 623 y 629 CC, y su interpretación de acuerdo con la doctrina mayoritaria, resultan aplicables a la donación obligacional.

Los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión han preferido hacer descansar la perfección de la donación obligacional en el ámbito del art. 1262 CC, y no en el Título II del Libro III del CC.

Para ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "en relación con el régimen aplicable al negocio generador de una obligación de dar a título gratuito -incluyendo aquí la cuestión de su perfeccionamiento y eficacia-, resulta también razonable entender que, estando nuestro Código falto de una regulación general del negocio jurídico, esta ha de buscarse en el libro IV, título II, del Código, tratando de extraer o inducir, del negocio más extensamente regulado en él (el contrato), normas que resulten generalizables y aplicables a todos los negocios, y así, por consecuencia, también al negocio de donación obligacional"[1071]. De estas palabras se deduce que para este autor la perfección de la donación obligacional debe regirse por la teoría general de las obligaciones y de los contratos, que en lo que a la perfección contractual respecta, está regulada en el art. 1262 CC[1072].

[1071] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 603.

[1072] Sin embargo, en otro lugar del mismo estudio, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO señaló que los arts. 623 y 629 CC se aplicarían analógicamente a la donación obligacional: el primero, por cuanto que determinaría la perfección del contrato; y el segundo, en tanto que del mismo se deduciría el efecto obligatorio de la donación obligacional (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 599). Sin perjuicio de poner de manifiesto la incongruencia que supone simultanear tales manifestaciones con una remisión al libro IV del CC en materia de perfeccionamiento del contrato, hemos de señalar que no nos parecen satisfactorias las razones aducidas por este autor para la aplicación analógica de los arts. 623 y 629 CC. La perfección de todos los contratos (incluidos los gratuitos que no tienen carácter real) ya está regulada con carácter general en el art. 1262 CC, y se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación. Además, el efecto obligatorio y vinculante de la donación obligacional no descansa en el art. 629 CC (cuya mención a que "la donación obliga" obedece a un error de traducción del artículo del Código Civil italiano de 1865 que el codificador español tomó como modelo -*vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 2.5-), sino en el art. 1091 CC, a tenor del cual "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos".

Del mismo modo, CASTAÑOS CASTRO defendió que "es el artículo 1262 C.c., en sede contractual, el que resulta aplicable para determinar en qué momento queda perfeccionada la donación obligacional"[1073].

A nuestro entender, este punto de vista es acertado. La perfección de la donación obligacional no debe regirse por la aplicación analógica de los arts. 623 y 629 CC, sino por la regla general establecida en el art. 1262 CC. Nuestra conclusión se asienta fundamentalmente en tres razones.

En primer lugar, los arts. 623 y 629 CC no establecen una perfección de la donación dispositiva especial y diferenciada de los contratos, que según el art. 1262 CC se perfeccionan por el concurso de la oferta y de la aceptación. Según la interpretación doctrinal asumida por la jurisprudencia, los arts. 623 y 629 CC suponen: i) que la donación se dispositiva quede perfeccionada por el concurso de la oferta del donante y de la aceptación del donatario; y ii) que cuando el donatario no se encuentren en el mismo lugar, o cuando la oferta de donación y la aceptación no se pongan de manifiesto de manera simultánea, la oferta de donación puede ser revocada por el donante hasta que el donante conozca la aceptación del donatario[1074].

[1073] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 69.

[1074] Parece lógico que el donante pretenda revocar su oferta de donación en caso de que se arrepienta espontáneamente de transmitir algo sin recibir nada a cambio. Sin embargo, menos frecuente será la revocación de una donación justificada en la ausencia de aceptación por parte del donatario tras un largo período de tiempo. Este insólito supuesto de hecho analizado por la SAP de Pontevedra (Sección 5ª) de 3 de abril de 2000 (ECLI:ES:APPO:2000:1099, JUR 2000\195677; ponente Juan Manuel Lojo Aller), que en lugar de admitir revocada la oferta de donación, consideró que una donación de un bien inmueble fue aceptada trece años después de haber sido ofertada: "La primera cuestión jurídica a abordar, es la de la ineficacia de la donación efectuada el 11 de Marzo de 1985, por Dª Victoria C. G., en favor de su hija Da Maria Isabel C. C., al no haber sido aceptada por esta en el plazo improrrogable que se le dic mediante requerimiento notarial de fecha 7 de Marzo de 1986, según alega el actor Don Arturo C. El artículo 633 del Código Civil, para la donación de bienes inmuebles, requiere como requisitos de su validez, que se haga constar en escritura pública expresando individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario; exigiendo, de otra parte, la aceptación del donatario en la misma escritura de donación o en otra separada pero en vida del donante. En el caso que nos ocupa la alegación del demandante Don Arturo C., de que la eficacia de la donación efectuada por su madre Da Victoria C., en la escritura pública de 11 de Marzo de 1985 en favor de su hermana Da Isabel estaba supeditada al requerimiento notarial instado por Da Victoria el 7 de Marzo de 1986, nos obliga a examinar el contenido del primero y del segundo de los documentos citados. En la escritura de 11 de Marzo de 1985 está claro que se efectúa una donación pura y simple entre vivos por Da Victoria C. G., a favor de su hija Da Maria Isabel C. C., expresando las fincas donadas y su valor, junto con otros extremos, pero sin hacer mención alguna de plazo y condición o carga para la donataria. En el documento notarial de 7 de Marzo de 1986, si bien la donante requiere a la donataria para que en el plazo improrrogable de 8 días, a contar desde el requerimiento, manifieste, si acepta o no la donación que le fue hecha mediante la escritura de 11 de Marzo de 1985, no se señala otra consecuencia, de que si no acepta deberá abonar el importe de los gastos originados; nada se expone sobre que la no aceptación en tal plazo supusiera la pérdida de eficacia de la donación efectuada. Pero es que además la requerida Da Ma Isabel C. C., a través de Acta Notarial de 19 de Marzo de 1986, dentro del plazo de 8 días que se le había concedido, notificó a su madre Dª Victoria que estaba sorprendida por el

La aplicación práctica del art. 1262 CC conduce a idéntica solución: i) el contrato queda perfeccionado por el concurso de la oferta y de la aceptación (art. 1262.I CC); y ii) el donante, una vez hecha la oferta de donación, puede revocarla antes de llegar a conocer la aceptación del donatario, lo que implica no poder ignorarla sin faltar a la buena fe (art. 1262.II CC).

Ciertamente, el art. 1262 CC no alude a la revocación de la oferta contractual, pero la posibilidad de revocar la oferta ha sido admitida por la doctrina y por la jurisprudencia. La STS de 29 de enero de 2009[1075] señaló que "el juicio del tribunal sentenciador se ajusta plenamente a la jurisprudencia de esta Sala sobre el art. 1262 CC, que permite al oferente revocar su oferta siempre que lo haga antes de la aceptación de la otra parte". Y la posterior STS de 17 de septiembre de 2013[1076] reafirmó dicho criterio con mayor argumentación:

> "La revocación, al igual que la propia oferta, ha de consistir en una declaración de voluntad recepticia, aunque no requiera ninguna forma especial. Debe ser dada a conocer por el oferente al destinatario antes de la aceptación de la oferta. En este sentido se pronuncian tanto la doctrina como los textos del Derecho armonizado (arts. 2:202 (1) de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, 16.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y 2.1.4(1) de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010)"[1077].

Tampoco puede decirse que el requisito exigido en el art. 633.II CC, consistente en que la donación deba ser aceptada en vida del donante para que surta efectos, constituya una excepción a la regla general en materia contractual. De hecho, se ha destacado que el art.

---

requerimiento del que había sido objeto, que ignora la legitimación de la donante para realizar la donación cuya aceptación se le requiere, dado que no ha sido notificada de la partición de bienes de fecha 24 de Agosto de 1984, en virtud del cual se le requiere; no constando en dicha Acta que acepte o rechace la donación referida. Por escritura notarial de fecha 10 de Noviembre de 1998 Da Ma Isabel C., expresa y formalmente, acepta la citada donación efectuada por su madre Da Victoria C. G., mediante escritura de 11 de Marzo de 1985; lo cual fue notificado por vía notarial mediante entrega de copia simple de aquella escritura a su hijo, el hoy demandante; haciéndole saber su obligación de hacerla llegar a su madre. La conclusión a la que llegamos de todo lo anteriormente expuesto es clara, existió donación valida de bienes inmuebles, pura, sin condiciones y plazo, aceptado por el donatario en vida del donante".

[1075] STS de 29 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:73, RJ 2009\1278; ponente Francisco Marín Castán).

[1076] STS de 17 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4812, RJ 2013\6826; ponente Rafael Sarazá Jimena).

[1077] En el mismo sentido, el art. II.-4:202(1) del DCFR contempla la revocación de la oferta contractual: "las ofertas pueden revocarse si la revocación llega a su destinatario antes de que éste haya remitido su aceptación". Idéntica previsión contiene el art. 522-7 de la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: "la oferta puede ser revocada siempre que la revocación llegue al destinatario antes de que este haya remitido o comunicado su aceptación" (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 673).

633 CC constituye una base analógica para argumentar que la oferta contractual no aceptada en vida del ofertante se extingue con motivo de su muerte[1078]. La STS de 23 de marzo de 1988[1079], en coherencia con la postura mayoritaria de la doctrina española[1080], consideró que la oferta del contrato se extingue con el fallecimiento del oferente, por lo que, de no ser aceptada en vida, no se transmite a los herederos.

En segundo lugar, desde el punto de vista sistemático, resulta coherente que la perfección de la donación obligacional se rija por lo dispuesto en art. 1262 CC, y no por los arts. 623 y 629 CC. Si la donación obligacional es un contrato atípico, no parece adecuado que su perfección escape a la regla general prevista en el CC para todos los contratos. Como hemos puesto de manifiesto, a nuestro entender la calificación de la donación dispositiva como modo de adquirir no resulta inconciliable con sostener al mismo tiempo su encaje contractual[1081]; pero entendemos que no es conveniente ni está justificado fundamentar el régimen jurídico de la perfección de un contrato atípico de donación obligacional en dos artículos del Libro III del CC, que a fin de cuentas reproducen en lo esencial la regulación prevista en el art. 1262 CC.

En tercer lugar, la coordinación de los arts. 623 y 629 CC resulta terriblemente problemática; y aunque actualmente su interpretación parece clara, se fundamenta en un criterio doctrinal que puede ser superado, o que la jurisprudencia puede rectificar en el futuro. A nuestro juicio, esta circunstancia justifica no recurrir a su aplicación analógica, teniendo en mente el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Y ello,

---

[1078] MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO: "Artículos 657 a 661", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad. (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 247.

[1079] STS de 23 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133, RJ 1988\2422; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes): "La fianza convencional no nace a la vida jurídica con anterioridad a su aceptación y, en consecuencia, ningún documento anterior a la oferta puede manifestar conformidad con ésta, que aún no ha nacido, y los posteriores al fallecimiento del oferente tampoco, por su extinción. (…) Al no haber intervenido la supuesta acreedora en el otorgamiento del instrumento, ni expresado con posterioridad su consentimiento, el negocio de garantía alegado no nació a la vida jurídica. (…) Constando el fallecimiento del oferente u ofertante en 14 de septiembre de 1977, no cabe que los efectos de la oferta sean transmisibles a sus causahabientes, a quienes sólo podría vincular (art. 1257 del Código Civil) de haberse perfeccionado el contrato en vida del «de cuius», pero no al carecer de existencia en el momento de producirse la apertura de la herencia (artículos 659 y 661 del Código Civil), debiendo recordarse que la fianza es contrato y que cuando se habla de unilateralidad se hace referencia no a su nacimiento (es consensual), sino a que de él nacen obligaciones para una sola de las partes, pero siempre y cuando se haya perfeccionado, lo que no se produce con una simple manifestación de voluntad recepticia, pues se requiere la conjunción de voluntades".

[1080] *Vide* al respecto RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA: "Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 4-5.

[1081] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 6.4.

máxime, tomando en consideración que el art. 1262 CC ofrece un marco previsible y suficiente para regular la perfección del contrato de donación obligacional.

En conclusión, la perfección de la donación obligacional debe regirse por lo dispuesto en el art. 1262 CC. El contrato se perfeccionará por el concurso de oferta y aceptación, pero teniendo siempre presente que el consentimiento del donante y del donatario sean expresados cumpliendo los requisitos formales previstos en los arts. 632.II y 633 CC.

6.3 El carácter bilateral de la donación obligacional y su relevancia en la prestación del consentimiento contractual

Como tuvimos ocasión de destacar[1082], la donación obligacional es un negocio bilateral, por lo que solo se perfeccionará si tanto el donante como el donatario están conformes con la celebración del contrato. La bilateralidad negocial no está reñida con el carácter unilateral del contrato, pues solamente el donante asume obligaciones: principalmente, la entrega de la cosa donada.

Aunque estas características de la donación obligacional son evidentes, hemos considerado conveniente ponerlas de relieve al abordar la perfección del contrato, debido a que la doctrina ha destacado reiteradamente la preponderancia de la voluntad del donante, a la par que ha minusvalorado la importancia de la aceptación del donatario.

En efecto, un sector relevante de la doctrina ha puesto mucho énfasis en afirmar que el consentimiento prestado por el donante, al enunciar su voluntad de donar, tiene una mayor importancia que el consentimiento del donatario, quien se limita a manifestar la aceptación a recibir la cosa donada de manera gratuita.

CALVO SORIANO destacó "el matiz fuertemente unilateral de la donación", en la que "casi toda la energía del negocio jurídico descansa en la voluntad del trasmitente"[1083]. Según este autor, "en la donación toda la potencia constitutiva radica en el acto del donante y, por ello, bastaría una simplísima declaración de aceptar, sin más, para que, salvando el obstáculo de que «nadie adquiere derechos sin o contra su voluntad», la donación fuere perfecta[1084]".

PUIG BRUTAU llegó a cuestionar que el donante pueda emitir una oferta, incidiendo en que las bases sociológicas de la donación no se corresponderían con las de los contratos:

[1082] *Vide supra*, Capítulo Tercero, apartado 3.3.
[1083] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 462.
[1084] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 463.

> "La aceptación de una donación no es un acto que corone la negociación propia de un contrato. Las bases sociológicas de la donación y del contrato son diferentes. La del contrato consiste, propiamente en la negociación, pero no entendida en el sentido abstracto de negocio jurídico, sino en el de *bargain*, esto es, como operación en la que se contraponen y enfrentan los intereses de los contratantes que acaban por equilibrarse al perfeccionarse el contrato. Es cierto que éste en muchos casos ofrece un automatismo que también excluye la auténtica negociación. Pero se trata, precisamente, de supuestos que requieren un tratamiento especial por desviarse de lo que es la base firme de la contratación, a saber, la igualdad de poder de negociación o *bargaining power* en que descansa la idea misma de contrato.
>
> Por todo ello creemos que en la donación no se presenta una verdadera oferta de contrato, sino que el donante manifiesta su conformidad con un acto de disposición a favor del donatario. Sólo hace falta que éste manifieste su conformidad para que el beneficio consiguiente produzca efectos en su patrimonio y para que no exista duda acerca del carácter gratuito de la atribución"[1085].

Una postura más matizada puede advertirse en MALUQUER DE MOTES I BERNET, quien enfatizó la mayor trascendencia del papel del donante, dada la ausencia de contraprestación, en la medida en que el donatario no podrá hacer más que estimular la actuación del primero y aceptar la donación realizada a su favor:

> "La predisposición a la realización de un contrato puede provenir de cualquiera de las partes, por lo que oferta y aceptación puede ser indistintamente realizada por uno y por otro. No ocurre en cambio en la donación en donde no puede hablarse de una oferta por parte del donatario y una posterior aceptación por parte del donante, ya que el donatario no tiene nada que ofrecer, a tal caso, estimular la predisposición para el acto dispositivo del otro, el donante. En la donación es estrictamente el donante quien ofrece, al exteriorizar que está dispuesto a desprenderse de lo que ofrece sin sugerir ni esperar contraprestación alguna por la otra parte, con la simple aceptación tiene suficiente, sabiendo que si se produce la oferta realizada no puede ser por él retirada. La donación se convierte en irrevocable y pierde toda posibilidad de recuperar todo aquello que ofreció al donatario"[1086].

[1085] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit.*, pp. 66-67.
[1086] MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLES JOAN: "Donación y revocación", *cit.*, p. 2958.

Para RUBIO TORRANO, "la aceptación constituye un acto jurídico autónomo e independiente, aunque accesorio de otro principal, la donación"[1087]. Según este autor, "por un lado, la donación como «acto» jurídico, válido *per se*, autónomo e independiente, se concreta en la conducta atributiva del donante. (…) Por otro, como acto «de atribución» requiere el consentimiento del destinatario a quien va dirigida. Es decir, el donatario debe pronunciarse a favor de tal atribución, debe aceptar para que el desplazamiento patrimonial provocado por la conducta del donante encuentre asiento en el patrimonio de aquél"[1088].

Según FERNÁNDEZ OTERO, en la donación no existiría consentimiento, sino sentimiento del donante y asentimiento del donatario:

> "La aceptación en la donación -como en la sucesión *mortis causa*- es un *a-sentimiento* (a-, de *ad.* con un sentido vacío de pura relación). No es un *con-sentimiento* (con- de *cum*, que proyecta una idea de reunión o cooperación).
>
> En la donación identificamos un «sentimiento» -del donante- y un «asentimiento» (del donatario) y no dos «consentimientos» y es que la bilateralidad puede ser «unidireccional» -como en la donación- o «bidireccional» -como en el contrato-.
>
> En la donación, la aceptación es sólo la recepción de la oferta"[1089].

Esta independencia entre la actuación del donante y del donatario también fue destacada por XIRAU PALAU, quien asimiló la adquisición por donación a la adquisición por herencia, afirmando que "en la donación las dos personas viven; pero sus declaraciones no son menos independientes una de otra que las del difunto y del heredero"[1090].

Finalmente, SALVADOR CODERCH señaló que "en los contratos unilaterales o en la donación pura el acuerdo no es un procedimiento de determinación *conjunta* del contenido del negocio ni de su objeto. En ambos casos la función de la aceptación cuando se requiere es bastante distinta; se trata aquí de una mera *adhesión*: determina la validez de una atribución configurada en su contenido y objeto de forma unilateral por el promitente o

[1087] RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *cit.*, 1981, p. 370.
[1088] RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *cit.*, 1981, pp. 371-372.
[1089] FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *cit.*, p. 415.
[1090] XIRAU PALAU, JOSEP RAMON: "Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado", *cit.*, p. 321.

donante y salvaguarda, en su caso, el principio de intangibilidad de la esfera jurídica ajena"[1091].

Este planteamiento parece haber contagiado a la jurisprudencia. A modo de ejemplo, la STS de 17 de abril de 1998[1092] afirmó que "la donación surge a la vida jurídica por consecuencia de un acto de liberalidad unilateral de quien la otorga (artículo 618), aunque en su dinámica se someta a la normativa que disciplina las relaciones contractuales (artículo 621 del Código Civil)".

Como es evidente, si se confiere una gran preponderancia a la manifestación del donante, de manera correlativa se minusvalora la importancia del consentimiento que debe prestar el donatario. De ahí que CALVO SORIANO dijese que "la aceptación del donatario tiene un carácter mínimo"[1093], y que se haya pretendido justificar la necesaria aceptación del donatario apelando a la causa de la atribución patrimonial[1094], o a la imposibilidad de influir en un patrimonio ajeno sin el consentimiento de su titular[1095].

Desde nuestro punto de vista, esta aproximación a las intervenciones del donante y del donatario en la génesis de las donaciones no es acertada, pues incurre en una clara exageración. Evidentemente, a salvo de las donaciones modales o con carga, solo el donante realiza una prestación. Pero una cosa es destacar el carácter unilateral del contrato, poniendo el acento en el sacrificio patrimonial del donante, que no recibe nada a cambio, y otra muy distinta es llegar a cuestionar que la donación sea un negocio bilateral, hasta el punto de negar la existencia de oferta negocial (caso de la donación dispositiva) o de oferta contractual (caso de la donación obligacional).

[1091] SALVADOR CODERCH, PABLO: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *cit.*, p. 691.
[1092] STS de 17 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:2474, RJ 1998\2983; ponente Alfonso Villagómez Rodil).
[1093] CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *cit.*, p. 453.
[1094] RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *cit.*, pp. 371-372.
[1095] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit.*, p. 65: "La libertad individual o el reconocimiento de la autonomía de la voluntad (capacidad y posibilidad de influir en lo propio) y la exclusión de la heteronomía (prohibición de influir en lo ajeno), es un postulado tan elemental del ordenamiento jurídico que ni tan siquiera cabe admitir que un beneficio pueda recibirse sin el consentimiento o la aprobación del favorecido. Por ello, la aceptación de una donación, más que una aceptación de una oferta contractual, consiste en levantar el obstáculo que resulta de dicho postulado. Al admitir la donación consentimos que alguien influya en nuestro propio patrimonio. Frente a la otra posibilidad de permitir que alguien influya en nuestro propio patrimonio sin nuestro conocimiento y aprobación, siempre que sea para beneficiarlo, ya que "en el recibir no hay engaño", se ha preferido dejar en todo caso el juicio de lo que es un beneficio al propio destinatario, a base de disponer que hace falta su aceptación".

A mayor abundamiento, la realidad empírica demuestra que fuera de los supuestos de las donaciones manuales (art. 632.I CC), con anterioridad a que se perfeccione cualquier donación, el donante y el donatario mantienen conversaciones previas, que pueden enmarcarse en el ámbito de los tratos preliminares[1096]. No hay que perder de vista que la forma de la donación, que exige la confección de un documento (que puede ser privado en las donaciones mobiliarias, pero que ha de ser público en las donaciones inmobiliarias), estimula tales conversaciones, en las que el donante comunicará el propósito de donar un bien, y en las que el donatario podrá mostrar su conformidad, su disconformidad, su aceptación condicionada a una rebaja del valor de lo que se propone ser donado... No pretendemos llegar hasta el punto de afirmar que es el donatario quien con más frecuencia realiza una "oferta de donación", pidiendo que se le done, como afirmó, quizá exageradamente, ALBALADEJO GARCÍA[1097]; pero sí que deseamos poner de relieve que juzgamos errónea la identificación de la donación con un contrato de adhesión, así como la equiparación de la aceptación del donatario a la aceptación de una herencia.

Siguiendo este razonamiento, parece lógico que en las donaciones obligaciones las negociaciones entre el donante y el donatario tengan mayor envergadura, pues no se trata simplemente de convenir la transmisión inmediata e instantánea de un bien, sino en comprometerse en el momento de celebración del contrato a transmitir un bien en el futuro. Teniendo en cuenta esta característica, inherente a la mecánica transmisiva de la donación obligacional, no es razonable colegir que el donante y el donatario no vayan a conversar y a negociar acerca de cuándo, y en qué condiciones, se transmitirá la cosa donada mediante su futura entrega.

Por otro lado, es irracional intentar minusvalorar la trascendencia del consentimiento del donatario, pues por mucho que el donante quiera transmitirle algo sin recibir nada a cambio, no podrá cumplir sus deseos si aquel se niega a recibirlo. La donación exige el concurso de voluntad o el consentimiento prestado por dos personas, y faltando una de ellas, el negocio no existe. No en vano, el art. 1261.1.º CC exige la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes para que nazca el contrato.

Es importante recordar que la aceptación de las donaciones ha sido exigida constantemente desde el Derecho romano. D 39.19.2 contenía un texto de Ulpiano, según el

[1096] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 585-586.
[1097] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 14, 51-52, 96.

cual "no se puede adquirir liberalidad por quien no la quiere"[1098]. Y D 50.17.69 contenía un texto de Paulo, que decía que "no se le da a uno beneficio contra su voluntad"[1099]. En el Título II del Libro III del CC el legislador exige la aceptación de las donaciones dispositivas de manera recalcitrante (arts. 618, 623, 625, 626, 627, 629, 631, 632, 633), y el art. 630 CC remacha la necesidad de aceptación indicando que "el donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante". La STS de 1 de diciembre de 1964[1100] reconoció que el CC "exige con machacona reiteración la aceptación del donatario".

Esta exigencia es completamente lógica, pues aunque habitualmente se piensa en la donación como algo necesariamente beneficioso, no tiene por qué ser así. Cualquier donación puede terminar resultando económicamente gravosa e inconveniente para el donatario: repárese en los gastos de conservación de la cosa donada, o en el Impuesto de Sucesiones que deberá pagar el donatario, quien siempre podrá deliberar sobre si le conviene o no aceptar una donación. Dicho poder de decisión constituye una muestra de soberanía del donatario sobre su propia situación patrimonial, que no puede ser alterada unilateralmente por el donante. PUIG BRUTAU señaló acertadamente que "al admitir la donación consentimos que alguien influya en nuestro propio patrimonio. Frente a la otra posibilidad de permitir que alguien influya en nuestro propio patrimonio sin nuestro conocimiento y aprobación, siempre que sea para beneficiarlo, ya que «en el recibir no hay engaño», se ha preferido dejar en todo caso el juicio de lo que es un beneficio al propio destinatario, a base de disponer que hace falta su aceptación"[1101]. En esta línea de razonamiento, la STS de 15 de diciembre de 1924 dijo que el CC, "estimando buena la caridad, no la impone al donatario, y por ello ha requerido, para la validez de las donaciones, la aceptación de éste"[1102].

6.4 La eventual aceptación tácita de las donaciones obligacionales

[1098] "Non potest liberalitas nolenti acquiri".
[1099] "Invito beneficium nondatur".
[1100] STS de 1 de diciembre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:68, RJ 1964\5572; ponente Tomás Ogayar y Ayllón).
[1101] PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, *cit.*, p. 65. Desde el punto de vista que caracteriza a la donación como un contrato, se ha fundamentado la necesidad de aceptación de la donación en que "nadie puede recibir de otro un derecho sin su consentimiento (art. 1.257,2.º). Por ello, amén de la oferta es necesaria la aceptación" (CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit.*, p. 75).
[1102] STS de 15 de diciembre de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:380, JC, t. 164, 143; ponente Mariano Avellón Quemada).

Para concluir el análisis de la perfección de las donaciones obligacionales, nos parece conveniente determinar si sería posible que el donante muestre su consentimiento de manera tácita.

Aunque cierta doctrina ha afirmado que "no vemos por qué no cabe la aceptación presunta, derivada de la conducta concluyente del donatario de recibir el beneficio o regalo, sobre todo teniendo en cuenta que rigen supletoriamente las reglas generales de los contratos (art. 621 CC)"[1103], parece difícil admitir una donación dispositiva aceptada tácitamente. No en vano, la aceptación de la donación es exigida insistentemente por el CC, que además recalca que debe constar convenientemente documentada (arts. 632 y 633 CC)[1104]. Por ello, no parece lógico admitir que el donatario pueda prestar su consentimiento de manera tácita, pues ello sería tanto como admitir una aceptación no formal.

La jurisprudencia anterior al CC admitió la aceptación tácita de las donaciones[1105]. Sin embargo, tras la entrada en vigor del CC, la situación ha sido mucho más compleja.

La jurisprudencia no ha admitido la aceptación tácita de donaciones de bienes inmuebles, dado que el art. 633 CC exige que tales donaciones consten en escritura pública, y reiteradísimas Sentencias han señalado que dicho defecto, de carácter insubsanable, comporta la nulidad de pleno derecho de la donación[1106].

Sin embargo, en relación con las donaciones de bienes muebles, existen dos líneas jurisprudenciales distintas:

[1103] CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *cit.*, p. 75.

[1104] Como es lógico, en una donación dispositiva la aceptación tácita por parte del donatario queda limitada a la donación de un bien mueble sin entrega inmediata, así como a la donación de un bien inmueble, pues la donación manual tiene carácter real, ya que exige la entrega simultánea de la cosa donada (art. 632.I CC), supuesto en el cual no cabe plantearse la posibilidad de actos tácitos que denoten la aceptación de la donación.

[1105] La STS de 5 de marzo de 1870 (ECLI:ES:TS:1870:179, JC, t. 21, 84; ponente Laureano de Arrieta Barcina) dijo que "la donación de 1804, aunque se la califique de ínter vivos, quedó sin efecto alguno por no haberla aceptado tácita ni expresamente el donatario D. Juan de Dios González, como lo elegía lo naturaleza bilateral de aquel contrato". La STS de 1 de octubre de 1888 (ECLI:ES:TS:1888:1155, JC, t. 64, 85; ponente Francisco Soler Vázquez), de mayor interés, consideró que un Seminario había aceptado una donación de bienes inmuebles, a la vista del pago de las contribuciones correspondientes, la posesión material de los bienes, y el cumplimiento de la carga consistente en la celebración de doce misas, toda vez que "dichos actos, por su naturaleza, demuestran la voluntad del donatario y lo irrevocable de la donación".

[1106] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.2.3. En un *obiter dicta*, la STS de 15 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4880, RJ 2004\1646; ponente Encarnación Roca i Trias) admitió la aceptación tácita de una donación de bienes inmuebles, señalando que "se puede admitir, a mayor abundamiento, que la recurrida y demandante Dª Encarna aceptó tácitamente al reclamar los bienes donados". No obstante, en el caso concreto, la donación constaba formalizada en escritura pública, y lo que se discutía era si en una donación con cláusula de reversión el tercero beneficiario había adquirido automáticamente la propiedad (como determinó el Tribunal) o si era necesario el otorgamiento de una nueva escritura pública de donación para volver a transmitir el dominio.

- Algunas Sentencias han rechazado categóricamente la aceptación tácita de donaciones de bienes muebles, sancionando con la nulidad aquellas cuya aceptación no conste expresamente por escrito[1107].

- De otra parte, algunas Sentencias han admitido la aceptación tácita de donaciones de bienes muebles[1108]. En estos supuestos, la donación no constaba aceptada por escrito,

[1107] La STS de 27 de junio de 1914 (ECLI:ES:TS:1914:227, JC, t. 130, 133; ponente Miguel María Rives y Sabater) dijo que "supuesta la validez del acto que acredita el documento de 1.° de Enero de 1897, hay que admitir que constituye una donación al tenor de lo que prescriben los artículos 618 y 619 del Código civil, para cuya eficacia y efectividad es necesario que el donatario la acepte según los artículos 629 y 630 del propio Código, requisito sin el cual no tendrá fuerza de obligar, debiendo constar la aceptación por escrito como de un modo terminante prescribe el art. 632 y tiene declarado esta Sala en su sentencia de 6 de Junio de 1908 (…) la aceptación de la donación ha de probarse, según el claro y preciso precepto del mencionado art. 632 por escrito del propio favorecido, en el cual en forma explícita consigue su propósito, no bastando que éste se deduzca de actos del donatario, como estimó la Sala sentenciadora, invocando en apoyo de su opinión la sentencia de 30 de Diciembre de 1888 (debe ser de 1.° de Octubre de igual año), que por ser anterior á la vigencia del Código civil no es de aplicación al caso de que se trata". La STS de 21 de noviembre de 1935 (ECLI:ES:TS:2004:1255, RJ 1935\2078; ponente José Fernández Orbeta) manifestó que "es doctrina constante rigurosamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras sentencias, en las de 6 de junio de 1908, 27 de junio de 1914, 22 de enero de 1930, al interpretar los ya claros y explícitos términos del artículo 632 del Código civil, que aun acreditada la existencia y validez de una donación por escrito de cosa mueble, es ineludible para su eficacia y efectividad, que el donatario la acepte también por escrito, extremo que debe ser concreta y especialmente probado sin que pueda ser sustituido por actos del donatario que impliquen su aceptación, la cual por exigencias formales de la ley ha de manifestarse, precisamente por escrito, careciendo, en absoluto de eficacia y valor sí, por cualquier otro medio o forma, se intentara demostrar su cumplimiento". Y la STS de 11 de febrero de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:80, RJ 1956\1102; ponente Cayetano Oca Arabellos) afirmó que "exigida por la Ley la aceptación de los donatarios para que la donación tenga eficacia (artículos 618, 623, 629 y 632 del Código Civil), cuando se trata de bienes que no tengan la condición de inmuebles, exige el último de dichos artículos una aceptación que ya sea verbal o escrita, ni permite la tácita, ni, sobre todo, equivale a la reclamación en juicio de la cosa donada".

[1108] La STS de 13 de noviembre de 1962 (ECLI:ES:TS:1962:3047, RJ 1962\4288; ponente Federico Rodríguez Solano) entendió que el donatario había aceptado la donación, porque había reclamado en un acto de conciliación el cumplimiento de la entrega de dinero prometida, manifestando de tal modo expresamente y por escrito su aceptación al hacerla constar en la papeleta que formuló con arreglo a lo dispuesto en la LEC de 1881. La STS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas) señaló que "es cierto y puede así afirmarse es que lo que el Código Civil configura como aceptación del donatario en forma escrita se da en el caso presente, pues no de otro modo puede calificarse una solicitud dirigida al Juez para que, en su presencia, reconozca el donante su firma al pie del escrito de donación, tendente naturalmente a una exigencia de cumplimiento, pero sobre todo mostrándose como tal donatario al poner así de manifiesto y por escrito su voluntad indudable de aceptar la donación, con lo cual, al estimarlo así la Sala, se cumple con el requisito del artículo 632, en relación con los 618 y 629 del Código Civil". La STS de 5 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6109, RJ 1987\6717; ponente José Luis Albácar López) admitió tácitamente aceptada una donación de un yate como consecuencia de su inscripción en el Registro de la Propiedad Mercantil: "Sostiene la pretendida violación de los arts. 632 y 633 del Código Civil, alegando que la resolución recurrida los infringe al admitir la validez de la donación de una parte indivisa del yate por el actor a su esposa, la hoy recurrente, pese a no cumplirse los requisitos que para la misma exigen los preceptos citados y ha de rechazarse ya que, siendo el yate cuestionado un bien mueble de acuerdo con el tenor literal del art. 585 del Código de Comercio, al menos a los efectos de su donación, es obvio que deberán entenderse cumplidos los requisitos mencionados en el art. 633, tanto si entendemos que la donación fue simplemente verbal, toda vez que el yate fue inmediatamente poseído por la esposa, como si se reputa que la donación fue escrita, ya que cabe atribuir tal valor a la inscripción del yate en el Registro de la Propiedad Mercantil, operándose en este caso la aceptación de la esposa donataria, al consentir tal inscripción". La STS de 13 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:7187, RJ 1999\8289; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) dijo que "la solemnidad del negocio jurídico de la donación requiere para su validez y eficacia de la concurrencia

pero existían documentos en los que se reflejaba implícitamente que el donatario era el titular de los bienes donados: reclamación de entrega del bien donado en una papeleta de conciliación, inscripción del bien donado en un registro público, y documentación bancaria en la que aparecía reflejada la titularidad del dinero. Por tanto, cabría concluir que esta jurisprudencia no exime del cumplimiento de la forma esencial escrita, sino que flexibiliza este requisito, admitiendo la aceptación de la donación cuando conste en medios escritos alternativos[1109].

A nuestro entender, la discusión sobre eventual aceptación tácita de las donaciones obligacionales se movería en un marco discursivo muy semejante a la aceptación tácita de las donaciones dispositivas, fundamentalmente como consecuencia de la entrega de la cosa donada, a pesar de no haberse cumplido previamente los requisitos formales requeridos.

La hipótesis no puede plantearse en la donación de bienes inmuebles, que exige en todo caso escritura pública (art. 633 CC); y si se hubiese prescindido de dicha forma esencial, y a pesar de que tanto el donante como el donatario reconociesen que el segundo era el titular de la cosa donada, tal actitud no convalidaría ni subsanaría el defecto formal esencial: no podría inscribirse la donación en el Registro de la Propiedad por no constar en escritura pública, y la posesión a título de dueño solo podría fundamentar la usucapión extraordinaria de bienes inmuebles, de alcanzarse el plazo legalmente exigido.

Otro tanto cabe señalar respecto de la donación obligacional de bienes muebles cuya aceptación no conste por escrito (art. 632.II CC), ya que el defecto formal sería igualmente insubsanable; y como mucho, podría plantearse la usucapión extraordinaria, si existiese

ineludible de una serie de requisitos, entre los que se encuentra el relativo a la aceptación del donatario, que se encuentra recogido de manera explícita en los artículos 618, 623, 629, 630, 632 y 633 del Código Civil, cuyo requisito es también exigencia de una constante doctrina jurisprudencial, la cual, se inclina por la necesidad y conveniencia de que el mismo se haga constar de modo expreso para evitar cualquier género de incertidumbre al respecto, pero, también, confiere valor a la aceptación tácita, siempre y cuando que se desprenda su existencia de actos inequívocos y concluyentes a fin de que el donante no tenga ninguna duda sobre su manifestación". Y la STS de 25 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1255, RJ 2004\1646; ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez) consideró aceptada una donación de dinero con la siguiente argumentación: "Tanto se repute verbal la donación, como escrita, se cumplió la aceptación simultánea de la esposa y si fue escrito, así consta de los documentos aportados con la demanda –documento 5– que acredita por certificación de Ibercaja de 9 de octubre de 1996 que en la cuenta de inversión núm. 41-029739.44 Iberahorro, a nombre de D. Óscar y D. Marcos fue cancelado el 24 de enero de 1992 y en el mismo acto se aperturó la cuenta de fondo de inversión núm. 41-0611209 Iberduero a nombre de D. Óscar y Doña Natalia aportándose a dicho fondo la cantidad de tres millones de pesetas –folios 13 y 45– que exigió no sólo la constancia escrita, sino la aceptación o consentimiento de la recurrida, Dña. Natalia".

[1109] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones", *cit.*, pp. 118, 120-121.

posesión a título de dueño y transcurriese el plazo marcado en la ley. Sin embargo, si el donante entregase el bien mueble donado al donatario, podría entenderse que la donación obligacional, inexistente por defecto de forma, quedaría convertida, por la vía de los hechos, en una donación dispositiva manual (art. 632.I CC). El problema relativo a la eventual aceptación implícita subsistiría, en todo caso, cuando no fuese posible acreditar que fue el donante quien entregó materialmente al donatario la cosa mueble que se pretendía donar.

7. Cumplimiento de la donación obligacional

7.1 Introducción

A diferencia de la donación dispositiva[1110], la perfección de un contrato de donación obligacional no transmite ningún derecho real. Sin duda, es un contrato con finalidad traslativa, pero su celebración no comporta ninguna transmisión, sino el nacimiento de la obligación del donante consistente en entregar la cosa donada, y el correlativo nacimiento de un derecho de crédito a favor del donatario, consistente en que la cosa donada le sea entregada. Además, la donación obligacional es un contrato unilateral, en la medida en que solo genera obligaciones para el donante.

En este apartado analizaremos con detalle la obligación de entrega a cargo del donante, especificando qué funciones cumple en la mecánica transmisiva del contrato, y cómo se le da cumplimiento. También se mencionarán las obligaciones accesorias a la entrega.

7.2 La obligación de entrega

La entrega de la cosa donada constituye la principal obligación a cargo del donante, y cumple la finalidad esencial del contrato de donación obligacional: transmitir un derecho real al donatario.

Conviene no perder de vista que, en una donación obligacional, el donatario ostenta un derecho personal de carácter singular, pues "aun siendo un derecho de crédito, será un derecho de crédito con trascendencia real"[1111]. El donatario es un acreedor de dominio,

[1110] En la donación dispositiva, "su perfección hace que el donatario adquiera la propiedad de la cosa donada, y si coetáneamente no se ha entregado la misma, el donante estará obligado a ello en virtud del dominio ya transferido al donatario, nunca para que éste adquiera ese dominio" (MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4*, *cit.* p. 141).

[1111] TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", *cit.*, p. 2553.

expresión que, según CLEMENTE MEORO, describe la situación de "quien aún no es propietario pero tiene un derecho de crédito de cuya satisfacción resultará la adquisición de la propiedad de un bien"[1112]. Partiendo de nuestra postura, según la cual la donación obligacional es un contrato perfectamente viable en nuestro Derecho, no hay ningún inconveniente en aludir al donatario como un acreedor de dominio, aunque lo sea a título gratuito[1113].

A efectos interpretativos, resulta clarificador traer a colación el art. IV.H.–3:101 del DFCR, que señala que "el donante deberá: (a) entregar los bienes conformes al contrato; y (b) transmitir la propiedad de los bienes de acuerdo con el contrato". La obligación de entregar las cosas donadas coincide con la mecánica transmisiva de la donación obligacional, basada en la aplicación de teoría del título y el modo como sistema de transmisión de derechos reales, y no merece mayor comentario. Sin embargo, es necesario realizar dos matizaciones muy importantes sobre la conformidad de los bienes donados y sobre la transmisión de la propiedad, pues ayudan a contextualizar convenientemente la función de la obligación de entrega en nuestro Derecho.

La conformidad de los bienes es un concepto cada vez más en boga en las propuestas normativas europeas y españolas. Siguiendo a VAQUER ALOY, puede caracterizarse de la siguiente manera:

> "La conformidad no es más que la correspondencia de la cosa entregada con el diseño que las partes realizaron de la prestación. las partes gozan de la máxima discrecionalidad cuando diseñan la prestación. Pues bien, la falta de correspondencia entre la cosa que el vendedor entrega efectivamente -la prestación real- y la cosa tal como fue concebida por las partes en el momento de la perfección del contrato -la prestación ideal- genera la no conformidad de la prestación, un concepto que engloba el cumplimento defectuoso o inexacto, el retraso, los vicios o defectos de la cosa e incluso, como veremos, la prestación distinta a la pactada"[1114].

Sin embargo, el principio de conformidad es ajeno al CC, que continúa adherido al modelo de responsabilidad basado en las acciones edilicias, de honda raigambre romana[1115].

[1112] CLEMENTE MEORO, MARIO ERNESTO: *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, València, 2000, p. 17.
[1113] En idéntico sentido, en relación con la posición del donatario en una donación obligacional, *vide* CLEMENTE MEORO, MARIO ERNESTO: *El acreedor de dominio*, *cit.*, pp. 20-21.
[1114] VAQUER ALOY, ANTONI: "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, 2011, p. 11.
[1115] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 84.

Por tanto, en esta Tesis enfocaremos el cumplimiento y el incumplimiento del contrato de donación obligacional de conformidad con los principios vigentes en el CC, sin perjuicio de que puntualmente podamos hacer alusión a las propuestas normativas basadas en el principio de conformidad a meros efectos interpretativos[1116].

De otro lado, la obligación de transmitir la propiedad de la cosa donada al donatario también es ajena a la tradición jurídica española. El sistema del título y el modo, heredero de la tradición del Derecho romano, supone que el contrato sirve de título para transmitir mediante la entrega o tradición de las cosas, pero no que el obligado a entregar la cosa se obligue a transmitir la propiedad.

En este sentido, actualmente es pacífico que la compraventa, contrato transmisivo por excelencia, obliga al vendedor a entregar las cosas vendidas (arts. 1445 y 1461 CC), pero no a transmitir la propiedad al comprador[1117]. Idéntica conclusión es extrapolable al contrato

[1116] El art. IV.H.–3:102 del DFCR, titulado "Conformidad de los bienes", desarrolla de la siguiente manera la obligación del donante de entregar conformes las cosas donadas:
"(1) Los bienes no serán conformes con el contrato si no poseen las cualidades que el donatario podía razonablemente esperar, salvo que el donatario conociera la falta de calidad o pudiera esperarse razonablemente que la conociera cuando se celebró el contrato.
(2) Para determinar las cualidades que el donatario podría razonablemente esperar, deberán tenerse en cuenta, entre otros aspectos:
(a) la naturaleza gratuita del contrato;
(b) la finalidad del contrato de donación conocido por el donatario o que resulte evidente para él;
(c) si la transmisión o la entrega de los bienes ha sido inmediata;
(d) el valor de los bienes; y
(e) si el donante es un empresario.
(3) Los bienes no son conformes con el contrato si su cantidad, calidad o descripción no se corresponde con los términos del contrato".
Esta regulación es imitada en lo esencial por el art. 454.2 de la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, que, bajo el título "Responsabilidad del donante por falta de conformidad", señala:
"1. El donante no responde por la falta de conformidad material o jurídica del objeto de la donación, pero el donatario puede ejercer todas las acciones derivadas de dicha falta de conformidad que hubiesen correspondido al donante.
2. No obstante, el donante responde de la falta de conformidad material o jurídica si concurre alguna de las circunstancias siguientes:
a) El donante es un empresario y realiza la donación en el marco de su actividad empresarial.
b) El donante conoce la falta de conformidad al tiempo de la donación y el donatario confía razonablemente en que el objeto de la donación es conforme a lo establecido, de manera expresa o tácita, al tiempo de su conclusión.
c) La donación ha comportado un sacrificio valorable económicamente por parte del donatario en virtud de una carga modal o de una condición. En estos casos el donante responde de la conformidad según a las reglas establecidas para los contratos, pero únicamente respecto de la parte del valor del objeto de la donación que corresponda al sacrificio patrimonial realizado por el donatario.
3. Cuando el donante deba responder de la conformidad el donatario puede exigir la adecuación del objeto o bien resolver la donación, con indemnización de daños en ambos casos". *Vide* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 539.

[1117] La supuesta obligación del vendedor de transmitir la propiedad al comprador fue descartada por la jurisprudencia largo tiempo atrás. La STS de 26 de junio de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:579; JC, t. 163, 60;

atípico de donación obligacional, en el que el donante asume la obligación de entregar gratuitamente una cosa al donatario con la finalidad de transmitírsela, lo cual es muy distinto a que el donante se obligue a transmitir al donatario la propiedad de la cosa donada.

7.2.1 Funciones de la entrega

Aunque obviamente están relacionadas, las funciones de la entrega de la cosa donada pueden ser analizadas desde un plano real y desde un plano obligacional.

a) Función real

---

ponente Diego Medina García) dijo que "la compraventa es un contrato consensual, bilateral y oneroso por el que una parte de obliga a transferir a otra el dominio de una cosa mediante la obligación, que es recíproca, de entregar ésta a aquélla la cantidad estipulada con el carácter de precio". En idéntica línea de pensamiento, la STS de 4 de junio de 1928 (ECLI:ES:TS:1928:136, JC, t. 184, 5; ponente Mariano Avellón Quemada) afirmó que "nuestro Código civil, al definir el contrato de compraventa en el art. 1.445, dice con alguna impropiedad que se obliga a entregar la cosa y no que se transfiere el dominio, cuando la naturaleza del contrato es precisamente la transferencia de la propiedad, aunque sea necesaria la entrega de la cosa; y en otros pasajes se dice que son modo de adquirir los contratos mediante la tradición (art. 609 del mismo Código), pero este modo derivativo tiene lugar en la forma y manera que determinan los artículos 1.462, 1.463 y 1.464 del mismo cuerpo legal". Sin embargo, la STS de 10 de febrero de 1936 (ECLI:ES:TS:1936:126, RJ 1936\331; ponente José Castán Tobeñas) rectificó la anterior postura, que no resulta congruente con el contenido del CC: "Aunque la jurisprudencia patria venga dando una cierta holgura y flexibilidad a las obligaciones esenciales del vendedor o transmitente a título oneroso, limitadas, según el texto literal de los artículos 1.461 y 1.474 del Código civil, a la entrega de la cosa objeto de la venta o del contrato de tipo traslativo y al saneamiento o garantía en los casos específicos de la evicción y de los vicios ocultos, llegando así este Supremo Tribunal a ciertas soluciones en las que se amplía prudentemente el contenido de la obligación de entrega (por ejemplo, en las sentencias de 26 de junio de 1924, 4 de junio y 8 de marzo de 1929), o se reconoce el juego, dentro de ciertos límites, de aquellas obligaciones auxiliares o complementarias, sin las cuales quedaría frustrada la finalidad de los contratos traslativos y sus efectos registrables (sentencia de 23 de octubre de 1934), no es lícito derivar de ello la existencia de una amplia obligación legal para garantizar la perfecta titularidad de la cosa objeto que es del contrato, en un país como el nuestro, en que ni los textos legales imponen una absoluta y rigurosa garantía de los vicios jurídicos, ni los usos del tráfico permiten siempre que se entienda implícitamente pactada esa responsabilidad; y como, en el caso presente, no se ha demostrado que el uso ni la ley impongan la necesidad de que el transmitente de una Central eléctrica garantice la posibilidad de la concesión oportuna en el Registro público de aprovechamientos de aguas, no cabe estimar la infracción que el motivo segundo del recurso aduce de los artículos. 1.450, 1.461 y 1.474 del Código civil". Mucho más recientemente, la STS de 16 de noviembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:8483, RJ 1992\9409; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez) dijo que "en nuestro derecho, la compraventa no funciona, en puridad, como un negocio traslativo de dominio (aunque, por lo general sirva en la praxis para producir ese efecto traslativo), sino como un negocio de trasferencia de la posesión de la cosa, tal y como, de forma elocuente, se deriva no sólo de lo dispuesto en su definición legal en el art. 1445 CC, cuando se habla que por el contrato de compraventa, uno de los contratantes (el vendedor), se obliga a entregar una cosa determinada, sino de lo establecido en el art. 1461 al prescribir que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta, es decir, que el vendedor no se obliga a transmitir al comprador el dominio de la cosa vendida, ni tampoco a través de la compraventa, se realiza un negocio adquisitivo de dominio, sin perjuicio -se reitera- que dentro del tráfico jurídico o negocial, normalmente, eso acontezca". Y la STS de 23 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1083, RJ 2021\1299; ponente Juan María Díaz Fraile) puso de relieve que "en el modelo de la compraventa romana, que sigue el Código civil español, mediante la tradición "el vendedor cumple su obligación de momento con desprenderse, desapoderarse o desinvestirse del poder o señorío que pudiese tener sobre las cosas tradidas, atribuyéndolo, invistiéndolo, incorporándolo o traspasándolo a la persona del comprador, pues una cosa es afirmar que un negocio jurídico tiene finalidad traslativa del dominio y otra que un negocio sea de transmisión del dominio". Es esta situación de poder jurídico e inmediato sobre la cosa que adquiere el comprador lo que se obliga el vendedor a proporcionar por la compraventa, y el saneamiento para el caso de evicción constituye su garantía".

La donación obligacional se incardina dentro del sistema del título y el modo[1118], al que se refiere el art. 609.II CC cuando dice que "la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten (…) por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición". En el mismo sentido, el art. 1095 CC dispone que "el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada".

Por ello, la entrega de la cosa donada supondrá la conjunción del título y el modo, o lo que es lo mismo, la perfección del contrato seguida de la subsiguiente entrega. Ambas circunstancias provocarán la transmisión al donatario de un derecho real sobre la cosa donada.

No obstante, la mera entrega de la cosa donada no conllevará en todo caso la transmisión efectiva del derecho real. El carácter obligatorio del contrato no obliga a que en el momento de celebración del contrato el donante tenga poder de disposición sobre la cosa que se compromete a transmitir gratuitamente. Esta circunstancia solo será relevante en el momento de consumación del contrato, que se identifica con la entrega. Y en este ámbito, el art. 1160 CC es muy claro: "en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla". Si el donante hace entrega al donatario de la cosa comprometida, pero sin ostentar poder de disposición sobre la misma, no podrá transmitirle más que la posesión, pero en ningún caso un derecho real: el donatario será un adquirente *a non domino*, que solamente podrá convertirse en dueño de la cosa si llega a cumplir los requisitos legalmente exigidos para consumar la usucapión ordinaria.

b) Función obligacional

En el plano obligacional, la entrega de la cosa donada supondrá el pago o cumplimiento de la principal obligación asumida por el donante. En este sentido, el art. 1157 CC señala que "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía". Una vez realizada la entrega, no solo se habrá transmitido el derecho real al donatario, sino que además la obligación se habrá

[1118] ALONSO PÉREZ afirmó que la donación obligacional "sería sólo una *iusta causa* o título de naturaleza contractual que requiere de la tradición ex art. 609, 2º *in fine*" (ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", *cit.*, p. 95).

cumplido, y el donante quedará liberado de su obligación (arts. 1156 y 1157 CC *a contrario sensu*).

Sin embargo, es necesario insistir en este punto que para que el donante pueda cumplir con su obligación de dar y liberarse de la obligación, es esencial que en el momento de la entrega tenga capacidad para disponer de la cosa donada (art. 1160 CC). En caso contrario, no habrá cumplido con su obligación.

7.2.2 Modos de hacer la entrega

En relación con las distintas maneras en las que el donante puede entregar la cosa al donatario, hay que recordar que, en la donación obligacional, la obligación de entregar la cosa donada ha de producirse necesariamente en un momento posterior a la celebración del contrato, ya que en caso contrario se estaría recurriendo a un contrato atípico para producir los mismos efectos de la donación dispositiva regulada en el CC, lo cual constituye un absurdo. Por tanto, en el Derecho español, la entrega de la cosa donada debe ser ineludiblemente una obligación sometida a término o a condición suspensiva[1119].

Por otra parte, en la medida en que la donación obligacional debe cumplir por analogía las formalidades esenciales establecidas en los arts. 632 y 633 CC, el carácter necesariamente diferido de la entrega supone que, en las donaciones obligacionales documentadas en escritura pública, la escritura no puede servir de *traditio ficta,* dado que de la propia escritura deberá resultar o deducirse claramente lo contrario (art. 1462.II *in fine* CC)[1120]. En las donaciones de bienes muebles que no consten en escritura pública no puede plantearse esta cuestión, dado que el documento privado no puede surtir los efectos de tradición instrumental[1121].

Teniendo en cuenta estas precisiones, para determinar las distintas maneras en las que se pueden entregar los bienes donados hay que recurrir a los arts. 1462 a 1464 CC, pues aunque están insertos en el Título IV del Libro IV del CC, relativo al contrato de compraventa, regulan con carácter general los modos de entrega de todos los negocios transmisivos.

[1119] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.d).

[1120] Con razón afirmó ARJONA GUAJARDO-FAJARDO que la escritura de celebración de la donación obligacional no puede surtir efectos transmisivos, pues en caso contrario "se trataría de una donación traslativa" (ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 604).

[1121] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.d).

En principio, los bienes donados podrán ser entregados haciendo uso de las formas traditorias materiales y espiritualizadas previstas en los arts. 1462 a 1464 CC, con las puntualizaciones que a continuación se referirán:

- Mediante la entrega real o material, poniendo la cosa donada en poder y posesión del donatario (art. 1462.I CC).
- Mediante la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se encuentren almacenados los bienes muebles donados (art. 1463 CC).
- Mediante la entrega de las llaves del bien inmueble donado (art. 1463 CC)[1122].
- Por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa mueble[1123] donada no pudo trasladarse materialmente a poder del donatario cuando se celebre el contrato (art. 1463 CC). En la donación obligacional, este supuesto solo podrá tener lugar con posterioridad a la celebración del contrato, pues un pacto de tales características en el propio contrato de donación obligacional nos situaría en el escenario de una donación dispositiva aplazada o sometida a término.
- Por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes, si la cosa donada ya la tenía en su poder el donatario por cualquier motivo (art. 1463 CC). Se trata de un supuesto de interversión posesoria[1124], tradicionalmente denominada *traditio brevi manu*. La jurisprudencia se muestra proclive a admitir este tipo de tradición también en los bienes inmuebles[1125]. Jurisprudencialmente, se considera que este es un supuesto de tradición

[1122] Aunque el art. 1463 CC solo se refiere expresamente a la entrega de las llaves del lugar donde estén almacenados los bienes muebles, la jurisprudencia ha entendido que la entrega de las llaves de los bienes inmuebles constituye un supuesto de tradición inmobiliaria: STS de 27 de noviembre de 1970 (ECLI:ES:TS:1970:161, RJ 1970\4912; ponente Manuel González-Alegre Bernardo); STS de 7 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:648, RJ 1994\916; ponente Matías Malpica González-Elipe); STS de 14 de julio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:4728, RJ 1998\5548; ponente José Almagro Nosete); STS de 21 de marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1963, RJ 2003\2761; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

[1123] Según la jurisprudencia, la entrega por el solo acuerdo o conformidad de los contratantes prevista en el art. 1463 CC no resulta de aplicación a las entregas de bienes muebles. La STS de 4 de mayo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2595, RJ 2006\2209, ponente Antonio Salas Carceller) dijo: "Ha de rechazarse la invocación que hace la parte recurrente del contenido del artículo 1463 del Código Civil, afirmando que en el caso se da un supuesto de tradición fingida por el solo acuerdo de las partes ya que la cosa no puede trasladarse a poder del adquirente en el instante del contrato, pues tal previsión sólo tiene virtualidad para la entrega de bienes muebles y no para la de inmuebles, que en ningún caso pueden ser trasladados".

[1124] Según la STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5918, RJ 2007\5074; ponente Antonio Salas Carceller), "para que se produzca la "interversio possessionis" es preciso también que se transforme el título o causa de adquisición de la posesión como ocurre en los supuestos de la llamada "traditio brevi manu" y el constituto posesorio".

[1125] STS de 31 de octubre de 1983 (RJ 1983\5852, ponente Mariano Martín-Granizo Fernández; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial –CENDOJ-); STS de 27 de abril de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:237, RJ 1984\1973; ponente Antonio Sánchez Jáuregui); STS de 29 de junio de 1992

instrumental[1126]. Sin embargo, es incompatible con la esencia de la donación obligacional que tal pacto produzca efectos desde la perfección del contrato, por lo que un convenio de entrega posesoria de esta naturaleza solo resultaría admisible si se concierta con posterioridad, ya que en caso contrario nos situaríamos dentro de la órbita de la donación dispositiva.

- También por el acuerdo o conformidad de las partes (art. 1463 CC), en el supuesto conocido como *constitutum possessorium*, que también supone una interversión posesoria. A modo de ejemplo, entregando el donante la nuda propiedad de la cosa al donatario, reteniendo el primero para sí el usufructo; o entregando el donante al donatario el pleno dominio, quedándose él como arrendatario a partir del momento de la transmisión. El pacto debe concertarse y surtir efectos después de la perfección de la donación obligacional, pues en caso contrario el contrato produciría efectos dispositivos, propios del Título II del Libro III del CC.

- En el supuesto de transmisión de bienes incorporales, el art. 1464 CC se remite en primer lugar a la tradición instrumental contemplada en art. 1462.II CC, que en las donaciones obligacionales no resulta posible, pues de la escritura pública que documente el contrato necesariamente se desprenderá la ausencia de transmisión dominical inmediata. Además, el art. 1464 CC menciona como formas de tradición de los bienes incorporales la puesta en poder del donatario de los títulos de pertenencia, así como en el uso que del derecho haga el donatario con el consentimiento del donante. Insistimos una vez más en que estas formas traditorias solo son posibles en la donación obligacional si tienen lugar con posterioridad a la perfección del contrato.

- Cualquier otra forma espiritualizada de tradición que las partes acuerden posteriormente a la celebración del contrato, ya que la jurisprudencia ha admitido reiteradamente que los modos de entrega regulados en los arts. 1462 a 1464 no constituyen un *numerus clausus*[1127].

(ECLI:ES:TS:1992:5208, RJ 1992\5566; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo); STS de 26 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3132, RJ 2008\3301; ponente Román García Varela).

[1126] STS de 17 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7202, RJ 2003\8322; ponente José Almagro Nosete): "Presupuesto el conocimiento de la vendedora acerca de la situación antecedente de arrendamiento de la cosa vendida y, por ende, cual era la situación posesoria, no cabe duda, que la compraventa implicaba como elemento natural implícito en el acuerdo, la tradición instrumental ("constituto posesorio") que consolidaba el dominio, conforme al artículo 609 del Código civil".

[1127] La STS de 20 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5593, RJ 1989\6945; ponente Francisco Morales Morales) dijo: "Si bien es cierto que, de acuerdo con la llamada «teoría del título y el modo», imperante en

7.2.3 Tiempo de la entrega

Una característica institucional esencial de la donación obligacional es que entre la perfección del contrato y la entrega o tradición de los bienes donados debe mediar, inexcusablemente, un período de tiempo, pues de lo contrario la superposición del título y el modo provocaría que el contrato cumpla las mismas funciones transmisivas que las donaciones dispositivas, lo cual sería contradictorio con su justificación como contrato atípico, tendente a satisfacer necesidades no amparadas por el CC. Esta circunstancia comporta que, en toda donación obligacional, la obligación de entrega sea una obligación aplazada o suspensivamente condicionada.

a) Entrega a término

Cuando exista entrega aplazada de la cosa donada, resulta de aplicación el art. 1125 CC, que dice que "las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue. Entiéndese por día cierto aquel que necesariamente ha de venir, aunque se ignore cuándo". Es importante tener en cuenta, en todo caso, que el aplazamiento tan solo afecta a la obligación de entrega o tradición de las cosas donadas, pero no a la perfección del contrato de donación obligacional. Llegado el término pactado, la obligación consistente en entregar las cosas donadas vencerá, y el donatario podrá exigir su cumplimiento.

---

nuestro ordenamiento jurídico (artículos 609 y 1095 del Código Civil), para la adquisición dominical por contrato (compraventa, en el caso concreto que nos ocupa) no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título), que sólo genera obligaciones para los contratantes, sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito, constitutivo o consumador de la transmisión dominical, se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera otros actos jurídicos que de manera patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada «traditio ficta», no son sólo los que aparecen relacionados en los artículos 1462-2.º a 1464 del Código Civil, al no estar esas formas espiritualizadas de tradición o entrega regidas por el principio del «numerus clausus», sino todos aquellos, de variada índole o naturaleza, que de manera contundente e inequívoca revelen que el «tradens» (vendedor, en este caso concreto) ha puesto real y actualmente la cosa a la plena, absoluta y única disposición del «accipiens» (comprador, en este caso), con evidente intención por ambas partes de hacerlo así («animus transferendi et accipiendi dominii»)". En el mismo sentido, STS de 31 de octubre de 1983 (RJ 1983\5852; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial –CENDOJ-); STS de 8 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3297, RJ 1995\4909; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa); STS de 14 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6713, RJ 2003\255; ponente José de Asís Garrote); STS de 25 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3595, RJ 2007\3127; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz); STS de 6 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2059, RJ 2015\2410; ponente Eduardo Baena Ruiz).

Resulta utópico pensar que en el contrato de donación obligacional no se pacte el plazo de entrega. Así y todo, la ausencia de determinación del plazo no provocará la ineficacia del contrato. El art. 1128 CC señala que si la obligación no fija el plazo, el Juez lo fijará en dos supuestos: cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación se deduzca que el plazo ha querido concederse al deudor, así como cuando el plazo haya quedado a voluntad del deudor. A la vista del carácter esencialmente diferido de la obligación de entrega de la cosa donada, parece lógico que en la donación obligacional siempre podrá hablarse de plazo tácito, que el Juez fijará a su prudente arbitrio[1128]. La LJV regulan un procedimiento para "cuando, conforme al artículo 1128 del Código Civil o cualquier otra disposición legal, proceda que se señale judicialmente el plazo para el cumplimiento de una obligación a instancia de alguno de los sujetos de la misma" (art. 96 LJV). Si se suscita oposición, el expediente se hará contencioso, y el Letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal (art. 97.3 LJV).

El carácter aplazado de la obligación de entrega del donante provoca que entren en juego otras reglas específicas previstas en el CC para este tipo de obligaciones, que analizaremos brevemente a continuación.

El art. 1126 CC también es aplicable a las donaciones obligacionales, por lo que la entrega anticipada de la cosa donada será irrepetible. Añade el precepto que "si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa", supuesto que parece no tener cabida en una donación obligacional, contrato en el que las partes contratantes conocen con seguridad desde la misma celebración del contrato que la entrega o tradición de las cosas donadas tendrá lugar en un momento posterior.

También hay que tener en cuenta el art. 1129 CC, que señala que la deuda vencerá anticipadamente en una serie de supuestos: "1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido

[1128] La STS de 26 de julio de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:4680, RJ 1996\6404; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes) dijo que "el párrafo segundo del art. 1128 hace permisible al acreedor instar ante los Tribunales la fijación de plazo para que el deudor cumpla su obligación (ver S. 17 mayo 1988), cuando, como aquí ocurre, se deduce de la naturaleza y circunstancias de la obligación el llamado plazo tácito, que fijará el Tribunal a su prudente arbitrio (SS. 15 octubre 1968 y 8 noviembre 1986)".

aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras". Respecto del primero de estos supuestos, es importante destacar que no se requiere una constatación judicial de la insolvencia del deudor[1129]; pero si el donante fuese declarado en concurso de acreedores, se aplicará en todo caso el régimen jurídico específico previsto en la LC.

En cuanto al cómputo del plazo, el art. 1130 CC dispone que "si el plazo de la obligación está señalado por días a contar desde uno determinado, quedará éste excluido del cómputo, que deberá empezar en el día siguiente". Se trata de una norma superflua, pues se limita a reproducir la regla general de cómputo de los plazos prevista en el art. 5 CC.

No obstante, algunas normas del CC relativas a las obligaciones a término no parecen tener cabida en la donación obligacional. Tal sería el caso del art. 1127 CC, que dice que "siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio de acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro". Según la jurisprudencia más reciente, esta norma no contempla una presunción, sino una regla interpretativa de la voluntad de las partes[1130]. Parece evidente que, en cualquier donación obligacional, el plazo siempre se ha establecido en beneficio del donante, que es la única parte que asume obligaciones, como consecuencia del carácter unilateral del contrato.

b) Entrega suspensivamente condicionada

Como la obligación de entrega en una donación obligacional tiene que ser necesariamente diferida en el tiempo, dicha circunstancia también es compatible con que la entrega esté suspensivamente condicionada. En tal caso, el contrato de donación obligacional ya se habrá perfeccionado, pero el nacimiento de la obligación de entrega dependerá de que se produzca el acontecimiento del que dependa la condición (art. 1114 CC). Además, hay

[1129] STS de 13 de julio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:5402, RJ 1994\6392; ponente Matías Malpica González-Elipe): "Partiendo como en efecto ha de partirse en este recurso, de la declaración de un estado de insolvencia hecha contestemente por las sentencias de ambas instancias y no desvirtuadas aquí, sin que sea precisa una previa declaración formal de tal insolvencia o por declaración en quiebra o concurso y bastando que se compruebe cumplidamente que el deudor ha llegado a una situación de hecho de insuficiencia de bienes y de impago o incumplimiento de sus demás obligaciones".

[1130] STS de 29 de enero de 1982 (RJ 1982\333; ponente Andrés Gallardo Ros; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-); STS de 5 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3096, RJ 1997\3671; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes); STS de 19 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1096, RJ 2004\821; ponente Clemente Auger Liñán).

que tener en cuenta que si la incertidumbre consiste en si ha de llegar o no el día en que sea exigible la obligación de entrega, la obligación será condicional (art. 1125.III CC), y también se regirá por las reglas propias de esta clase de obligaciones, que sumariamente referiremos a continuación.

Una vez cumplidos los efectos de la condición suspensiva, se retrotraerán al día de constitución de la obligación (art. 1120 CC). Como la obligación de entrega se enmarca en un contrato unilateral, el donante hará suyos los frutos e intereses percibidos desde el vencimiento de la obligación y hasta la entrega efectiva, lo cual es congruente con lo dispuesto en el art. 1095 CC, a no ser que se infiriese que fue otra la voluntad de las partes[1131].

De lo dispuesto en el art. 1121 CC se desprende que, durante la fase de pendencia, o lo que es lo mismo, hasta que se cumpla la condición, el donatario podrá ejercitar las acciones que estime procedentes para la conservación de su derecho. Si el donante entregase la cosa donada antes del cumplimiento de la condición, podrá repetir lo entregado erróneamente, si ignoraba la existencia de la condición o se equivocó acerca de su cumplimiento.

También será de aplicación el art. 1122 CC, que contiene unas reglas especiales relativas a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa cuando la obligación de entrega esté suspensivamente condicionada[1132].

7.2.4 Lugar de la entrega

En cuanto al lugar de entrega, serán aplicables las reglas establecidas en el art. 1171 CC, de las que se desprende el siguiente cuadro normativo:

- La entrega deberá realizarse en el lugar que hayan pactado las partes.
- Si no existiese pacto al respecto, la entrega deberá producirse en el domicilio del donante.

[1131] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 7.4.

[1132] "1.ª Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, quedará extinguida la obligación.
2.ª Si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar.
3.ª Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.
4.ª Deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos.
5.ª Si la cosa se mejora por su naturaleza, o por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.
6.ª Si se mejora a expensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario".

- No obstante, si la cosa donada es determinada, la entrega no deberá ser hecha en el domicilio del donante, sino donde existiese la cosa donada al tiempo de la perfección del contrato.

7.2.5 Gastos de la entrega

En relación con los gastos de entrega, serán de cargo del donante, a tenor de lo dispuesto en el art. 1168 CC, que dice que "los gastos extrajudiciales que ocasione el pago serán de cuenta del deudor".

7.2.6 La carga de recibir la cosa donada

Doctrinalmente se admite que el acreedor debe cooperar para liberar al deudor. La donación obligacional es un contrato unilateral, por lo que el donatario no puede asumir obligaciones en el sentido estricto del término. Así las cosas, lo razonable es calificar como carga a la colaboración del donatario para recibir la cosa donada, y no como una obligación en sentido técnico-jurídico[1133].

Sin embargo, en un sentido completamente diferente, el art. IV.H.–3:301 del DFCR dice que "el donatario deberá tomar la posesión y aceptar la transmisión de la propiedad", así como que "el donatario cumple la obligación de tomar la posesión y aceptar la transmisión realizando todos los actos que cabría razonablemente esperar del donatario para que el donante pueda cumplir las obligaciones de entrega y transmisión". Esta conceptualización es sumamente desafortunada, pues al pretenderse imponer obligaciones al donatario, se confiere *de facto* a la donación un carácter bilateral o sinalagmático, del que evidentemente carece, como consecuencia de la naturaleza gratuita del contrato[1134]. Por ello, a pesar de ciertas opiniones disonantes que consideramos desafortunadas[1135], partiremos de que el deber del donatario de colaborar con la entrega de las cosas donadas es una carga, y no una obligación.

[1133] LAMARCA MARQUÈS, ALBERT: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001, pp. 64-68; VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, pp. 121-122, 127.

[1134] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, pp. 118-124.

[1135] Según ALBIEZ DOHRMANN, si se admitiese la donación obligacional, "el donante podría resolver la donación en caso de que el donatario no aceptase la entrega de la cosa (ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, pp. 4716-4717). Estimamos que tal planteamiento es incorrecto, en la medida en que el carácter unilateral de la donación obligacional impide la resolución contractual del art. 1124 CC, prevista única y exclusivamente para obligaciones sinalagmáticas.

Ahora bien, una cosa es que el donatario deba colaborar con la liberación del donante, coadyuvando a la entrega, y cosa bien distinta es que el donatario esté obligado incondicionalmente a aceptar la entrega de la cosa donada que pretenda realizar el donante. Existen tres posibilidades, que abordaremos a continuación: que el donatario acepte la entrega, que el donatario rechace la entrega de manera justificada, y que el donatario rechace la entrega de manera injustificada.

a) Aceptación de la entrega

Si el donatario acepta la entrega, se convertirá en titular del derecho real transmitido, por la conjunción del título y el modo, siempre y cuando el donante tenga capacidad de disposición sobre la cosa donada (art. 1160 CC). De no ser así, el donatario será un adquirente *a non domino*: solo habrá adquirido la posesión, pero no el derecho real, y a lo sumo podría llegar a adquirir los bienes donados si cumple los requisitos de la usucapión ordinaria.

b) Negativa justificada a recibir la entrega

El donatario puede negarse a recibir la cosa donada cuando el donante no cumpla los requisitos exigibles a todo pago o cumplimiento.

En primer lugar, el cumplimiento debe ser íntegro. El art. 1157 CC señala que "no se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía". Por tanto, el donante ha de entregar todo lo que se comprometió a transmitir gratuitamente.

En segundo lugar, el cumplimiento debe ser idéntico, lo que supone que el donante debe entregar exactamente aquello que se obligó a entregar, y no algo distinto. Por eso, el art. 1166 CC dice que "el deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida". Y si la cosa donada era indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen pactado, el donatario no podrá exigirla de una calidad superior, ni el donante entregarla de una calidad inferior (art. 1167 CC). A estos efectos, habrá que tomar en consideración la calidad del tipo de bien donado que pueda ser considerado como usual en el mercado.

En tercer lugar, el cumplimiento debe ser indivisible. Según el art. 1169.I CC, "a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir

parcialmente las prestaciones en que consista la obligación". El donante debe entregar las cosas donadas en una sola vez.

No obstante, en la medida en que la donación obligacional es un contrato con finalidad transmisiva, no hay que perder de vista que el cumplimiento de la obligación de entrega presupone dar satisfacción a un cuarto requisito, establecido en el art. 1160 CC: que el donante tenga capacidad para disponer y para enajenar la cosa donada. De no ser así, el donatario podrá negarse justificadamente a recibirla.

Si el donante pretende realizar la entrega sin que la prestación cumpla los requisitos de identidad, integridad e indivisibilidad, y sin tener capacidad de disposición sobre la cosa donada, el donatario podrá rechazar la entrega de manera justificada, lo que colocará al donante en una situación de mora o de incumplimiento, según los casos, cuyas circunstancias y consecuencias analizaremos en el lugar correspondiente[1136].

La falta de capacidad de disposición del donante en el momento de la entrega merece una atención especial. Resulta muy ilustrativa la STS de 11 de noviembre de 1997[1137], que dijo que el adquirente "no está obligado a aceptar como cumplimiento de la obligación del vendedor [léase donante] una cosa sobre la que ni tiene la libre disposición ni capacidad para enajenarla (art. 1160 CC)". En relación con la negativa justificada a la entrega cuando el donante no tenga capacidad de disposición sobre la cosa donada, hay que tener en cuenta que el adquirente a título gratuito, aunque actúe de buena fe, no puede ostentar una situación irreivindicable, a pesar de inscribir su dominio en el Registro de la Propiedad. Según el art. 34.I LH, solo es inatacable "el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso", ya que el art. 34.III LH dispone que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente". Más dudas plantean las adquisiciones *a non domino* de bienes muebles, en la medida en que el art. 464 CC dice que "la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título", sin distinguir si el adquirente lo ha sido a título gratuito u oneroso. El eventual carácter inatacable del adquirente de bienes muebles a título gratuito que actúa de buena fe constituye una cuestión

[1136] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.3.
[1137] STS de 11 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6733, RJ 1997\7872; ponente Antonio Gullón Ballesteros).

muy discutida en la doctrina[1138], sin que hayamos sido capaces de encontrar jurisprudencia que se haya pronunciado al respecto.

c) Negativa injustificada a recibir la entrega

Si el donante ha pretendido entregar la cosa donada cumpliendo con todos los requisitos legalmente exigidos (identidad, integridad, indivisibilidad y capacidad de disposición), la negativa del donatario a recibir la cosa donada será injustificada. Sin duda, parece extraño que un donatario pueda rechazar injustificadamente la entrega de la cosa donada[1139], pero en todo caso el ordenamiento ha de articular mecanismos para permitir la liberación del donante que ha cumplido con su obligación de entrega y se encuentre con un acreedor tan irracional. En tal tesitura, existirá mora del acreedor, a la que se refiere implícitamente el art. 1176 CC cuando alude al acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago y se negase sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiese.

La STS de 30 de mayo de 1986[1140] señaló que los requisitos de la mora del acreedor son "una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor; la realización por el deudor de todo lo que conduce a la ejecución de la prestación y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación". Tales circunstancias concurren sin duda si el donatario se niega a recibir la cosa donada sin ningún tipo de fundamento. La *mora accipiendi* existirá desde el momento en que el donante haya mostrado la cosa debida y haya comunicado que está dispuesto a cumplir, y el donatario rechace cooperar injustificadamente con el cumplimiento de la obligación de entrega[1141].

[1138] ALBALADEJO GARCÍA defendió que "la enajenación de una cosa mueble por el no dueño no la hace adquirir *a non domino* al alineatario gratuito" (ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: "Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, 1997, p. 495) En sentido opuesto, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA afirmó que "en ningún caso es preciso que el poseedor pruebe un título. En la función adquisitiva es protegido aunque se pruebe que no tiene ningún título o su título sea nulo, por tanto, también si es a título gratuito", aunque manifestó que "me parece rechazable, desde luego, que una adquisición *a non domino* se produzca en favor de adquirentes a título gratuito, pero ésa es otra historia" (MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1999, pp. 573, 580).
[1139] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 127.
[1140] STS de 30 de mayo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:2913, RJ 1986\2835; ponente José Luis Albácar López).
[1141] LAMARCA MARQUÈS, ALBERT: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, *cit.*, pp. 80-87; MILLÁN SALAS, FRANCISCO: "La mora del acreedor: consecuencias y cese", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 792, 2022, p. 2356.

La mora del acreedor tiene diversas consecuencias: impide o excluye la mora del deudor; libera al deudor de las consecuencias del incumplimiento; desplaza al acreedor el riesgo de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor; obliga al acreedor a pagar los gastos inherentes a la conservación y custodia de la cosa debida; y limita el derecho del acreedor a percibir los frutos de la cosa debida[1142].

Sin embargo, la mora del donatario no extingue la obligación, sino que permite que el deudor consiga su liberación si solicita la consignación de la cosa debida. En este sentido, el art. 1176 *in fine* CC dice que "el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida"; y el art. 1180 CC señala que "la aceptación de la consignación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha, extinguirá la obligación y el deudor podrá pedir que se mande cancelar la obligación y la garantía, en su caso"[1143].

El art. 1177 CC añade que "para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación". Por tanto, como regla general, el donante deberá poner en conocimiento del donatario su voluntad de entregarle la cosa donada. No obstante, el art. 1176 CC contempla varios supuestos en los cuales no es necesario que la consignación deba ir precedida del ofrecimiento de pago: "cuando se haga estando el acreedor ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, sea el acreedor desconocido, o se haya extraviado el título que lleve incorporada la obligación".

Según el art. 1178 CC, la consignación se hará "poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial". A continuación, analizaremos ambas posibilidades.

[1142] LAMARCA MARQUÈS, ALBERT: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, *cit.*, pp. 93-109; MILLÁN SALAS, FRANCISCO: "La mora del acreedor: consecuencias y cese", *cit.*, pp. 2360-2377. La STS de 30 de mayo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:2913, RJ 1986\2835; ponente José Luis Albácar López) se limitó a señalar que en caso de *mora accipiendi*, los "efectos principales son, no sólo la exclusión de la mora del deudor, sino también la atribución al acreedor del riesgo de la pérdida de la cosa".

[1143] La STS de 12 de junio de 1969 (ECLI:ES:TS:1969:67, RJ 1969\3425; ponente Emilio Aguado González) dijo que "la «mora accipiendi», no libera al deudor ni aun permite que éste incurra a su vez en retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, sino que para cancelar su débito, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.180 del Código Civil, ha de efectuar la consignación del importe de aquél, conforme al párrafo 1.º del artículo 1.176 y concordantes del expresado Código".

Los arts. 98 y 99 LJV regulan con detalle el procedimiento judicial de consignación, pudiendo producirse distintas situaciones:

- Si el donatario compareciese ante el Letrado de la Administración de Justicia y retirase la cosa donada, aceptando expresamente la consignación, se dictará Decreto teniéndola por aceptada, cancelando la obligación y, en su caso, la garantía, si así lo solicitase el donante que promovió el expediente (art. 99.3 LJV).
- Si el donatario ni retirase la cosa debida, ni aceptase la consignación, o la rechazase, se dará traslado al donante para que inste la devolución de lo consignado o el mantenimiento de la consignación (art. 99.4.I LJV).
- Si el donante solicitase la devolución de lo consignado, se dará traslado de la petición al acreedor, y si este autorizase la retirada, el Letrado de la Administración de Justicia dictará Decreto de archivo del procedimiento, y el acreedor perderá toda preferencia que tuviese sobre la cosa, quedando liberado el donante y los fiadores, en su caso. Si la cosa fuese retirada por la exclusiva voluntad del donante, el archivo del expediente dejará subsistente la obligación (art. 99.4.II LJV).
- Si el donante instase el mantenimiento de la consignación, el Letrado de la Administración de Justicia citará al donante, al donatario y a los interesados a una comparecencia que se celebrará ante el Juez, en la que serán oídos, practicándose las pruebas que sean propuestas y que resulten procedentes (art. 99.4.III LJV).

El Juez, teniendo en cuenta la justificación ofrecida, la obligación y la concurrencia en la consignación de los requisitos que correspondan, dictará Auto declarando estar bien o no bien hecha la consignación. Si se declarase bien hecha la consignación, se entregará la cosa consignada al donatario y se mandará cancelar la obligación si así lo solicitase el donante. Si por el contrario se declarase mal hecha la consignación, la obligación subsistirá y se devolverá al donante la cosa donada que fue consignada (arts. 1180 y 1181 CC; art. 99.5 LJV).

Por lo que se refiere al procedimiento notarial de consignación, está regulado en el art. 69 LN. El donante promotor del expediente expresará los datos e identificará a los interesados en la obligación a que se refiera el ofrecimiento de pago o la consignación, todo lo relativo al objeto del pago o la consignación y su puesta a disposición del Notario. Cuando los bienes consignados consistan en dinero, valores e instrumentos financieros, serán

depositados por el Notario necesariamente en la entidad financiera colaboradora de la Administración de Justicia. Si los bienes consignados fuesen de distinta naturaleza, el Notario dispondrá su depósito o encargará su custodia a un establecimiento adecuado, asegurándose de que se adoptan las medidas necesarias para su conservación.

El Notario notificará a los interesados la existencia del ofrecimiento de pago o la consignación, con la finalidad de que acepten el pago, retiren la cosa debida o realicen las alegaciones que consideren oportunas. Pueden darse dos situaciones:

- Si el donatario contesta al requerimiento aceptando el pago o lo consignado en plazo, el Notario le hará entrega del bien haciendo constar en acta tal circunstancia, dando por finalizado el expediente.
- Si el donatario no retirase lo consignado, no realizase ninguna alegación o se negase a recibirla, se procederá a la devolución de lo consignado y se archivará el expediente.

A la vista de las dos modalidades de consignación, judicial y notarial, es evidente que el donante que pretenda liberarse de la obligación de entrega de la cosa donada deberá acudir a la vía judicial, dado que solo el Juez tiene competencia para declarar bien hecha la consignación, así como para cancelar la obligación y las eventuales garantías. Es bien claro en este sentido el art. 1180 CC, que dice que "la aceptación de la consignación por el acreedor o la declaración judicial de que está bien hecha, extinguirá la obligación y el deudor podrá pedir que se mande cancelar la obligación y la garantía, en su caso". El Notario, por tanto, no tiene competencia para declarar bien hecha una consignación ni para liberar al consignante.

Aunque a primera vista cabría pensar que solo es posible la consignación de bienes muebles, tal idea es errónea, dado que los arts. 1176 a 1181 CC en ningún momento hablan de bienes muebles, sino de cosas debidas[1144]. A mayor abundamiento, el art. 69.3 LN distingue entre la consignación de dinero, valores e instrumentos financieros, que necesariamente deberán ser depositados por el Notario en la Entidad financiera colaboradora de la Administración de Justicia, y bienes "de distinta naturaleza a los indicados en el apartado anterior" que "el Notario dispondrá su depósito o encargará su custodia a establecimiento adecuado a tal fin", supuesto este último en el que encajan perfectamente

[1144] MILLÁN SALAS, FRANCISCO: "La mora del acreedor: consecuencias y cese", *cit.*, p. 2381.

los bienes tanto muebles como inmuebles. Por tanto, la consignación es un instrumento útil para la liberación del donante, tanto si las cosas donadas son bienes muebles o inmuebles[1145].

VAQUER ALOY señaló que a pesar de que la consignación es el mecanismo adecuado para liberar al donante de la obligación de entrega, no siempre le satisfará, debido a que su intención primigenia consistía en que el donatario recibiese la cosa donada, y que, en tal tesitura, parecería lógico que pudiese instar la resolución de la donación para conservar la cosa que donó y que pretendía entregar[1146]. Sin embargo, el propio autor reconoció que tal planteamiento, aunque pueda resultar práctico y útil para el donante, violenta el carácter unilateral del contrato, dado que el donatario no habrá incumplido ninguna obligación en el sentido técnico del término, y, por tanto, no es posible recurrir a la resolución contractual *ex* art. 1124 CC. Esta circunstancia nos lleva a rechazar la resolución, por muy lógica que pueda parecer en semejante situación.

Los gastos de la consignación serán de cuenta del donatario cuando se declare procedente la consignación (art. 1179 CC y 99.6 LJV). En cambio, si se declara que la consignación estuvo mal hecha, los gastos se impondrán al donante promotor del procedimiento judicial (art. 99.6 LJV).

Finalmente, si el donatario se negase injustificadamente a recibir la cosa donada y el donante consigue su liberación mediante la consignación de la cosa donada, cabe plantearse si además pudiese reclamarle una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente causados. A nuestro entender, la respuesta debe ser afirmativa, sin lugar a duda[1147].

7.3 Obligaciones adicionales del donante

Además de la entrega de la cosa donada, el donante asume otras obligaciones de menor envergadura.

7.3.1 Conservación de la cosa donada

[1145] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, pp. 126-127.
[1146] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 127.
[1147] Según VAQUER ALOY, se trataría de una indemnización de carácter extracontractual: si el donatario no asumió ninguna obligación, no se le puede exigir responder contractualmente (VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 128). Personalmente, no vemos inconveniente en calificar tal reclamación como un supuesto de responsabilidad contractual, pues a fin de cuentas se trataría de un daño derivado del incumplimiento de una carga que el donatario asume en virtud de un contrato del que no puede desvincularse unilateralmente (art. 1256 CC). El carácter contractual no deriva del incumplimiento de una obligación, sino de la relación contractual que vincula a ambas partes, a pesar de que solo comporte obligaciones para la otra parte contratante.

La existencia de un necesario período temporal en toda donación obligacional entre la celebración del contrato y la entrega de la cosa donada da sentido al art. 1094 CC, a tenor del cual "el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia".

La obligación de conservación consiste en realizar las actuaciones que resulten precisas con la finalidad de evitar la pérdida o deterioro del bien que el donante debe entregar al donatario, empleando para ello "la diligencia propia de un buen padre de familia", concepto genérico e indeterminado que deberá ser valorado atendiendo a las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho concreto. En todo caso, la obligación de conservación no puede ser equiparada con la obligación de vigilancia derivada de un contrato de depósito[1148].

El art. 1094 CC es más relevante de lo que a primera vista parece, si se relaciona con la responsabilidad del deudor por pérdida o destrucción de la cosa. Aunque el art. 1182 CC dice que "quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora", el art. 1183 CC añade que "siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario". También el art. 1122 CC, al regular las obligaciones de entrega sometidas a condición suspensiva, dice en su regla 2.ª que "si la cosa se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios. Entiéndese que la cosa se pierde cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar"; y en la regla 4.ª se añade que "deteriorándose por culpa del deudor, el acreedor podrá optar entre la resolución de la obligación y su cumplimiento, con la indemnización de perjuicios en ambos casos"[1149].

Aunque se trate de un contrato gratuito, el donante no podrá invocar la ausencia de contraprestación para pretender eludir el cumplimiento de la obligación de conservación de

[1148] La STS de 13 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7746, RJ 1998\9643; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) afirmó que "la obligación que impone el 1094, abstracción de su formulación general, es similar a las específicas que para los depósitos mercantil y civil establecen los artículos 306 y 1758 de los Códigos Mercantil y Civil, respectivamente, pero, en definitiva, no puede entenderse como semejante a la prestación de «vigilancia» convenida, entre otras, por las partes".

[1149] La resolución del contrato no está al alcance del donatario, debido al carácter unilateral de la donación obligacional; pero obviamente sí que puede exigir el cumplimiento forzoso, el cumplimiento por equivalente, así como la indemnización correspondiente de los daños y perjuicios efectivamente causados. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.4.

la cosa donada. Ello es debido a que la donación obligacional tiene una finalidad traslativa, y de nada sirve que exista un compromiso de transmitir una cosa al donatario si se pierde o se destruye mientras sigue poseyéndola el donante, debido a su impericia o a su falta de diligencia.

7.3.2 Accesorios de la cosa donada

El art. 1097 CC dice que "la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados". Tal obligación es igualmente exigible al donante, quien deberá entregar los accesorios de la cosa donada al donatario[1150].

No especifica la norma qué debe entenderse por elementos accesorios, aunque la jurisprudencia ofrece algunas pautas. La STS de 28 de junio de 1995[1151] identificó a los elementos accesorios con aquellas cosas que sean necesarias para dar uso a la cosa que se transmite, sea quien sea su titular; criterio que obliga a realizar un análisis en cada caso a la vista del concreto bien que se transmita. Un criterio algo más laxo puede apreciarse en la STS de 18 de marzo de 2002[1152], que señaló que es indiferente que el elemento accesorio sea más o menos esencial para la utilización de la cosa principal o para ejercitar los derechos correspondientes sobre ella, por lo que entendió que debían ser entregados los planos, proyectos básicos y de ejecución y la memoria de calidades del inmueble enajenado. La

[1150] Desde nuestro punto de vista, aunque el art. 1097 CC se refiere exclusivamente a los accesorios de las cosas determinadas, no parece haber inconveniente alguno para aplicar ese mismo criterio a las cosas genéricas: por ejemplo, una donación obligacional de un coche de una determinada marca.

[1151] STS de 28 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3807, RJ 1995\5312; ponente Alfonso Villagómez Rodil): "Dicho precepto, si bien no define lo que ha de entenderse por accesorios, actúa como norma integradora del contrato, al partir de la obligación de dar cosa determinada que configura el objeto de la prestación convenida, para autorizar su ampliación a lo propiamente accesorial y complementario de dicha cosa principal, que, en todo caso, precisa para que tenga efectividad y vincule al obligado, y es lo determinante, por resultar de exigencia, que el servicio que presten los elementos accesorios no sólo tengan existencia al momento en que nace la obligación, sino que los mismos sean efectivos y permanenciales, lo que no acreditó el que recurre, como queda fijado y menos aún la puesta disposición a su favor, conjuntamente con la cosa principal".

[1152] STS de 23 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1941, RJ 2002\2848; ponente Román García Varela): "El motivo primero del recurso –al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1097 y 1258 del Código Civil, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada ha aplicado indebidamente dichos preceptos, al derivar inadecuadamente de los mismos la interpretación de que deben ser entregados los Proyectos a los compradores para que conozcan la ubicación de las instalaciones y las características de la construcción– se desestima porque la entrega de una cosa principal lleva consigo la de los accesorios que la sirven, sin que el artículo 1097 haga distinciones por su función, sea ésta más o menos esencial, para el manejo de la cosa principal o para ejercitar los derechos correspondientes sobre ella, y así como la entrega de inmuebles presupone la aportación de la titulación o documentación acreditativa del derecho de propiedad u otro sobre los mismos, no aparece obstáculo legal para integrar como accesorios a los Planos, Proyectos Básicos y de Ejecución y la Memoria de Calidades del inmueble perteneciente a una comunidad".

antigua STS de 23 de octubre de 1934[1153] calificó como elemento accesorio la documentación necesaria para poder inscribir el inmueble transmitido en el Registro de la Propiedad. A estos supuestos, cabría añadir las instrucciones de uso de los bienes donados[1154], las llaves que permitan entrar al bien inmueble donado, la documentación técnica de los bienes donados, o los documentos que acrediten que el donante tenía capacidad de disposición sobre los bienes donados.

7.4 Frutos

Según el art. 1095 CC, "el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla. Sin embargo, no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada". De la lectura de la norma podría entenderse que el donatario tiene derecho a percibir los frutos desde el momento de celebración del contrato, con independencia de que la entrega se produzca posteriormente. En este sentido parece apuntar el art. 1468.II CC en el ámbito del contrato de compraventa, cuando dice que "todos los frutos pertenecerán al comprador desde el día en que se perfeccionó el contrato".

Sin embargo, a nuestro entender, tal interpretación no es correcta en el ámbito de la donación obligacional. El art. 1095 CC afirma que el derecho a percibir los frutos por parte del acreedor existe desde que nazca la obligación de entrega. La perfección del contrato y el nacimiento de la obligación de entrega coinciden temporalmente en las obligaciones puras (art. 1113 CC), pero no pueden coincidir cuando la obligación de entrega esté sometida a término o a condición suspensiva. En ambos supuestos, el acreedor tendrá derecho a percibir los frutos desde que la obligación de entrega sea exigible. En la medida en que la donación

[1153] STS de 23 de octubre de 1934 (ECLI:ES:TS:1934:521, RJ 1934\1486; ponente José Castán Tobeñas): "Aunque el Código Civil español, tanto al regular la cesión de derechos y acciones (que más bien que un contrato especial es un molde que puede contener negocios básicos muy diversos) como al reglamentar los contratos causales de tipo traslativo (donación, permuta, compraventa, etc.), se olvide de consignar una disposición parecida a la que previsoramente establecen los parágrafos 402, 444 y 445 del Código alemán, y haga así caso omiso de la obligación que puede incumbir al cedente y vendedor de facilitar al adquirente los informes para hacer valer el derecho transmitido y los elementos precisos para asegurar su autenticidad y publicidad, mediante la inscripción en el Registro público adecuado, no cabe duda que los preceptos de alguna analogía contenidos en los artículos 1097 y 1528 de nuestro Código y, sobre todo, el muy expresivo y general estampado en el artículo 1258, que atribuye a los contratos no sólo efectos pactados, sino todas aquellas consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, puestos en relación con la doctrina de los artículos 9, 21 y concordantes de la Ley Hipotecaria, bastan para autorizar y consagrar el juego de esas obligaciones auxiliares o complementarias (cuando menos en los casos de inscripción inmediata a favor del transmitente), sin las cuales se frustraría la finalidad de los contratos traslativos y se rompería el nexo que debe existir entre el régimen de las relaciones obligacionales y el funcionamiento de los derechos reales registrados".

[1154] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, p. 88.

obligacional es un contrato en el que la obligación de entrega a cargo del donante estará necesariamente aplazada o suspensivamente condicionada, no será hasta que se cumpla el plazo o se cumpla la condición cuando el donatario tenga derecho a percibir los frutos, y ese momento no puede superponerse a la celebración del contrato.

Este planteamiento se ve reforzado por dos normas ubicadas en sede de las obligaciones condicionales. El art. 1120 CC dispone que "si la obligación fuere unilateral, el deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos" hasta que sea exigible la obligación de entrega, salvo que las partes hayan pactado otra cosa. De otro lado, la interpretación *a contrario* del art. 1126.II CC también es elocuente: "si el que pagó ignoraba, cuando lo hizo, la existencia del plazo, tendrá derecho a reclamar del acreedor los intereses o los frutos que éste hubiese percibido de la cosa", por lo que es evidente que hasta que no se cumpla el plazo el acreedor no tiene derecho a percibir los frutos.

La postura que defendemos es congruente con los antecedentes históricos en la materia. D 39.5.1 decía que "el fruto percibido de las cosas donadas no se computa en la cuenta de la donación". La misma idea estaba presente en D 39.5.11: "cuando se duda sobre la cuantía de la donación, se considera que no se hizo donación alguna ni por razón de parto, ni de frutos, ni de pensiones, ni de retribuciones".

En todo caso, la STS de 25 de abril de 2014[1155] aclaró que la regla del art. 1095 CC en materia de frutos está concebida para las obligaciones puras, de exigibilidad inmediata, por lo que es posible que la perfección contractual y la exigibilidad de la obligación de entrega no coincidan:

> "Es cierto, y así lo apunta el Tribunal de apelación, que el artículo 1468, párrafo segundo, atribuye al comprador el derecho a los frutos "desde el día en que se perfeccionó el contrato"; día que, según el artículo 1450, es aquel en que la venta "será obligatoria" para los contratantes y en el que "nace la obligación de entrega", en términos del artículo 1095. Pero esas precisiones legales son consecuencia de considerar que la obligación pura es exigible desde que existe como tal -artículo 1113 del Código Civil-, regla general que admite excepciones, en las que, pese a que la obligación de entregar la cosa existe -y el deudor está vinculado-, la misma no puede reclamarse y el objeto del contrato lo conserva legítimamente en su poder, con los

[1155] STS de 25 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2653, RJ 2014\4205; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel).

accesorios, el deudor. Este es el sentido del artículo 1468, párrafo segundo, del Código Civil".

Sentado esto, sí que es posible es que el nacimiento de la obligación de entregar la cosa donada (es decir, cuando la obligación resulte exigible) no coincida con la transmisión de la propiedad, debido a que el donante realice tarde la entrega. A modo de ejemplo, si las partes convinieron que la entrega tendría lugar el uno de junio, pero finalmente se produjo el uno de septiembre, hasta esta última fecha el donatario no habrá adquirido el derecho real sobre la cosa donada, por la conjunción del título y el modo; pero tendrá derecho a percibir los frutos producidos por la cosa donada desde tres meses atrás, pues la obligación de entrega nació y fue exigible desde el uno de junio.

Finalmente, cabe apuntar que el art. 1095 CC se refiere a los frutos, sin mayores especificaciones, por lo que en principio el donatario tendrá derecho a percibir todos los frutos de las cosas donadas desde el día en que sea exigible la obligación de entrega, con independencia de que puedan ser calificados como naturales, industriales o civiles (arts. 354 a 357 CC).

7.5 Inscripción de la donación obligacional en el Registro de la Propiedad

Cuando el donatario se haya convertido en propietario o en titular de otro derecho real en virtud de un contrato de donación obligacional seguido de la entrega o tradición de los bienes donados, habrá completado el *iter* adquisitivo (arts. 609.II y 1095 CC), y podrá inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. En virtud del principio de rogación característico del sistema registral español (art. 6 LH), la inscripción es voluntaria.

Según el art. 605 CC, cuyo contenido es literalmente reproducido por el art. 1 LH, "el Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles".

El art. 2 LH dice de un modo un tanto reiterativo que en el Registro de la Propiedad se inscribirán "los títulos traslativos o declarativos del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos", así como "los actos y contratos en cuya virtud se adjudiquen a alguno bienes inmuebles o derechos reales". En consecuencia, las donaciones obligacionales, en su condición de contratos traslativos del dominio, situados dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, pueden ser inscritas en el Registro de la Propiedad.

Que la donación obligacional sea un contrato atípico no impide su inscripción registral, tal y como se desprende del art. 7 RH, según el cual podrán ser inscritos "los títulos en que se declare, constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga el dominio o los derechos reales", "así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales".

Debido a que la donación de bienes obligacional de bienes inmuebles es un contrato esencialmente formal, que siempre debe constar documentado en escritura pública (art. 633 CC), siempre podrá ser inscrita en el Registro de la Propiedad, al cumplir siempre la forma exigida por el art. 3 LH.

Ahora bien, en la medida en que el Registro de la Propiedad inscribe títulos materiales, a través de los cuales se adquieren derechos reales, el donatario solo podrá inscribir el derecho real después de haberlo adquirido tras haberle sido entregada la cosa donada, pero no antes, dado que la inscripción no sustituye a la tradición. La STS de 11 de octubre de 2014[1156] señaló al respecto lo siguiente:

> "En tiempos pasados se planteó el tema de si la inscripción en el Registro de la Propiedad ha sustituido al título y modo en la adquisición del dominio. No es así. El título y modo tienen una órbita de aplicación distinta: aquellos se refieren a la adquisición y la inscripción acredita la adquisición ya realizada, adquisición completa en virtud de título y modo.
>
> Por tanto, lo cierto es que cuando un derecho real sobre un bien inmueble se inscribe en el Registro de la Propiedad, ya se ha producido por entero la adquisición; es decir, si le alcanza el ámbito de la teoría del título y el modo, ya se ha producido tanto el título como el modo. La inscripción, por tanto, no sustituye o equivale al modo".

En parecido sentido se pronunció la RDGRN de 5 de diciembre de 2014[1157]:

> "Para que el instrumento público pueda alterar el contenido del Registro no sólo debe reunir los requisitos formales propios de las escrituras públicas exigidos por su Ley reguladora, cualquiera que sea la denominación que se le haya dado, sino esencialmente recoger los sustantivos exigidos por el ordenamiento para que se

[1156] STS de 11 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3867, RJ 2014\4881; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz).
[1157] RDGRN de 5 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6726).

produzca la mutación jurídico real que se pretende inscribir (artículo 609 del Código Civil)".

Como dijo la STS de 3 de marzo de 1995[1158], "la categoría de Derecho Real no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica que la inviste de una eficacia «erga omnes». (…) En el caso de autos no puede pretenderse revestir como se propugna de los honores y preeminencias de derecho real a una simple convención con efectos simplemente obligacionales al que le falta por lo menos, para su operatividad como derecho real (…) porque se está en presencia, ni más ni menos, que de un derecho personal u obligacional".

Como la escritura pública de donación obligacional nunca puede comportar un efecto transmisivo inmediato, ya que de la misma siempre deberá resultar o deducirse lo contrario (art. 1462.II *in fine* CC)[1159], será imposible inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión del derecho real hasta que se produzca la entrega o tradición de los bienes donados, ya que hasta entonces el donatario no tendrá más que un derecho personal o de crédito consistente en que se le entregue la cosa (*ius ad rem*), pero no habrá adquirido derecho real alguno (*ius in re*). No conviene olvidar que el art. 9 RH dice que "no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales". Como acertadamente señaló ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "hasta que no haya entrega y por tanto transmisión jurídico-real, la operación se moverá en el plano obligacional-crediticio, y no cabrá por tanto pretender su inscripción en el Registro"[1160].

En la escritura de donación obligacional habitualmente constará el término o fecha en que deberá producirse la entrega de la cosa donada, lo que implica que en el propio contrato constará el momento a partir del cual será posible inscribir el derecho real adquirido en virtud de la donación obligacional; siempre y cuando, insistimos de nuevo, se haya producido la entrega o tradición de la que depende su adquisición.

[1158] STS de 3 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:1220, RJ 1995\1776; ponente Matías Malpica González-Elipe).

[1159] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.d).

[1160] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 604.

Si la obligación de entregar la cosa donada está suspensivamente condicionada, la inscripción tampoco podrá producirse hasta que la entrega se haya producido, y se haya producido la transmisión del derecho real en virtud del título seguido del modo. Ciertamente, el art. 23 LH dice que "el cumplimiento de las condiciones suspensivas (…) se hará constar en el Registro (…) por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisición del derecho". Sin embargo, esta norma no se está refiriendo a las obligaciones del contrato sometidas a condición suspensiva, sino a un evento del que dependa la efectividad del entero contrato. Por esta razón, la regla Sexta del art. 51.RH dice que "no se expresarán, en ningún caso las estipulaciones cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real". Si la purificación del negocio a través del cumplimiento de la condición no origina automáticamente una modificación jurídico real, sino que da lugar a una obligación de transmitir, no puede hablarse de condición inscribible, porque no tiene trascendencia real[1161]. Por ello, la condición suspensiva inscribible a tenor de lo dispuesto en el art. 23 LH es aquella que afecta a la vigencia de la totalidad del negocio o contrato, no a la que está circunscrita a una de las obligaciones. Así lo destacó la SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 28 de julio de 2014[1162]:

> "Hay que evitar el ingreso de estipulaciones contractuales al amparo de una interpretación amplia de la palabra condición. El artículo 51, regla 6.a establece, de una manera general, que «no se expresarán en ningún caso las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». No se puede hablar de naturaleza real o personal de un pacto sin enmarcarlo en el total negocio jurídico al que las partes dotan de trascendencia real a través de la inscripción".

La RDGRN de 28 de abril de 2016[1163] señaló que "en la cláusula debatida no se constituye expresamente ningún derecho real, ni tampoco puede entenderse tácitamente

[1161] SAP de Almería (Sección 1ª) de 16 de julio de 2013 (ECLI:ES:APAL:2013:1240, JUR 2014\203582; ponente Juan Antonio Lozano López): "El principio de especialidad, que exige la determinación precisa del derecho constituido, excluye, por tanto, las cláusulas obligacionales, y así lo establece el art. 51.6 del Reglamento Hipotecario para las inscripciones extensas: para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real. En consecuencia, al registrador le bastaba con identificar una cláusula obligacional y excluirla de la calificación, que, precisamente por tal exclusión, ni tan siquiera podía plantearse una labor interpretativa por el registrador en orden a una posible entrada en el Registro. A este régimen se someten las cláusulas que carecen de trascendencia real o son reiteración de preceptos legales".

[1162] SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 28 de julio de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:10729, JUR 2014\295498; ponente Ana María Ninot Martínez).

[1163] RDGRN de 28 de abril de 2016 (RJ 2016\4590).

constituido el derecho real, ya que no se vincula un bien concreto y determinado a dicho derecho, no se definen los límites del supuesto derecho, ni se establece su plazo. El acuerdo contenido en la cláusula discutida, es válido y obligatorio entre las partes, y su cumplimiento podrá ser coactivamente exigido ante los tribunales, pero no puede ser objeto de inscripción por no estar configurado como derecho real o garantizado con derecho real (art. 98 de la Ley Hipotecaria)". Tal doctrina resulta plenamente aplicable a la obligación de entregar la cosa donada suspensivamente condicionada: no produce efectos reales por sí misma, pues el acontecimiento producirá el vencimiento y la correlativa exigibilidad de la obligación de entregar la cosa donada, pero no transmitirá derecho real alguno.

Así las cosas, cuando la obligación de entregar la cosa donada esté suspensivamente condicionada, solo resultará posible practicar la inscripción registral una vez que el donante haya entregado la cosa donada al donatario, lo que provocará que este último haya adquirido el derecho real transmitido gratuitamente en el caso concreto.

Ahora bien, llegados a este punto, debemos preguntarnos cómo es posible acreditar al Registrador de la Propiedad que ya se ha producido la entrega de la cosa donada, pues de tal circunstancia dependerá la posibilidad de que se practique la inscripción registral.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO afirmó que en las donaciones obligacionales de bienes inmuebles sería posible que el contrato se plasme en una escritura pública desprovista del efecto de tradición instrumental, y que la posterior entrega se documente en una nueva escritura pública[1164]. Desde nuestro punto de vista, este planteamiento no es acertado, dado que el contenido de la segunda escritura no reflejaría ni declaraciones de voluntad, ni actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, ni contratos ni negocios jurídicos de todas clases, que son los actos que constituyen el contenido propio de las escrituras públicas (art. 17.1.II LN).

[1164] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 604: "Si se trata de una donación obligacional relativa a bien inmueble y la adquisición, cuando se produzca, quiere además inscribirse en el Registro de la Propiedad, la entrega del mismo puede hacerse naturalmente mediante escritura pública (art. 1462.2 CC), pero que esa entrega es un acto entitativamente distinto al acto de celebración del negocio del que nació la obligación a que ahora se quiere dar cumplimiento, por lo que tal escritura será otra, distinta a aquella en que se realizó y reflejó el negocio de donación obligacional (si no, se trataría de una donación traslativa; hay que recordar que la escritura pública puede jugar en este tema un doble papel: como forma del negocio y como forma de cumplir la obligación y realizar la entrega). En cualquier caso, hasta que no haya entrega y por tanto transmisión jurídico-real, la operación se moverá en el plano obligacional-crediticio, y no cabrá por tanto pretender su inscripción en el Registro".

En la medida en que el interesado en la inscripción deberá acreditar la entrega de la cosa donada, entendemos que tal elemento fáctico solamente podrá ser acreditado al Registrador de la Propiedad a través de actas notariales, que según el art. 17.1.VIII LN "tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones".

Cabe pensar en un acta de presencia, que podrá ser requerida por el donante y por el donatario, o exclusivamente por el donatario, en la que el Notario perciba personalmente la realidad de la entrega de la cosa donada, dando cuenta de ella[1165]. También podrá acreditarse la entrega de la cosa donada a través de un acta de manifestaciones, en la que el donante manifestaría al Notario autorizante haber entregado la cosa donada al donatario[1166]. Nos parece obvio que para acreditar la entrega no bastarían las manifestaciones del donatario, quien podría utilizar el documento notarial para intentar acreditar documentalmente una entrega posesoria inexistente. Y en el hipotético supuesto de que el Notario no haya sido requerido para levantar un acta de presencia en el momento y lugar en que se haya producido la entrega, y posteriormente el donante se niegue a manifestar al Notario la realidad de la entrega ya producida, el donatario podrá solicitar al Notario que autorice un acta de notoriedad, con la finalidad de que sea el fedatario público quien compruebe y fije como hecho notorio la entrega de la cosa donada[1167].

[1165] El art. 199 RN dice que "las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización. El notario redactará el concepto general en uno o varios actos, según lo que presencie o perciba por sus propios sentidos, en los detalles que interesen al requirente". Por su parte, el art. 200 RN dispone: "Serán también materia de las actas de presencia: 1.º La entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas, así como los ofrecimientos de pago. El texto de estas actas comprenderá, en lo pertinente, la trascripción del documento entregado, la descripción completa de la cosa, la naturaleza, características y notas individuales de los efectos".

[1166] El art. 198.1.5.º RN dice que "las manifestaciones contenidas en una notificación o requerimiento y en su contestación tendrán el valor que proceda conforme a la legislación civil o procesal, pero el acta que las recoja no adquirirá en ningún caso la naturaleza ni los efectos de la escritura pública". Y según el art. 198.1.7.º RN, "las manifestaciones verbales percibidas por el notario durante la realización de un acta sólo podrán ser recogidas en ésta previa advertencia por el Notario al autor de la existencia y finalidad del acta, del carácter potestativo de la manifestación y de la posibilidad de diferirla a la comparecencia en la notaría en los dos días hábiles siguientes a la entrega de la cédula o copia del acta que las insta".

[1167] Las actas de notoriedad están reguladas en el art. 209 RN, que dice lo siguiente:

"Las actas de notoriedad tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica.

En las actas de notoriedad se observarán los requisitos siguientes:

Primero. El requerimiento para instrucción del acta será hecho al Notario por persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer, la cual deberá aseverar, bajo su responsabilidad, la certeza del mismo, bajo pena de falsedad en documento público.

8. Incumplimiento de la prestación

8.1 Planteamiento

La donación obligacional es un contrato (art. 1254 CC). Las consecuencias que se derivan de esta circunstancia son notorias: el donante está obligado a cumplir sus obligaciones, y no puede desistir unilateralmente del contrato. Así se desprende del art. 1091 CC, a tenor del cual "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos", así como del art. 1256 CC, que establece que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Como señaló BIONDI, el cumplimiento de la donación obligacional se ajusta a la misma disciplina que el cumplimiento de cualquier obligación[1168]. Si el donante incumple sus obligaciones, incurrirá en responsabilidad contractual, tal y como se desprende del art. 1101 CC, que dice que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas".

Segundo. El Notario practicará, para comprobación de la notoriedad pretendida, cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente. Y deberá hacer requerimientos y notificaciones personales o por edictos cuando el requirente lo pida o él lo juzgue necesario.
En el caso de que fuera presumible, a Juicio del Notario, perjuicio para terceros, conocidos o ignorados, se notificará la iniciación del acta por cédula o edictos, a fin de que en el plazo de veinte días puedan alegar lo que estimen oportuno en defensa de sus derechos, debiendo el Notario interrumpir la instrucción del acta, cuando así proceda, por aplicación del número quinto de este artículo.
Tercero. Constarán necesariamente en las actas de notoriedad todas las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones; los justificantes de citaciones y llamamientos; la indicación de las reclamaciones presentadas por cualquier interesado, y la reserva de los derechos correspondientes al mismo ante los Tribunales de Justicia.
Cuarto. El Notario, si del examen y calificación de las pruebas y del resultado de las diligencias estimare justificada la notoriedad pretendida, lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta.
Cuando además de comprobar la notoriedad se pretenda el reconocimiento de derechos o la legitimación de situaciones personales o patrimoniales, se pedirá así en el requerimiento inicial, y el Notario emitirá juicio sobre los mismos, declarándolos formalmente, si resultaren evidentes por aplicación directa de los preceptos legales atinentes al caso.
Quinto. La instrucción del acta se interrumpirá si se acreditare al Notario haberse entablado demanda en juicio declarativo, con respecto al hecho cuya notoriedad se pretenda establecer. La interrupción se levantará, y el acta será terminada a petición del requirente, cuando la demanda haya sido expresamente desistida, cuando no se haya dado lugar a ella por sentencia firme o cuando se haya declarado caducada a instancia del actor.
El requerimiento a que se refiere el requisito primero se formalizará mediante acta con la fecha y número de protocolo del día del requerimiento. Concluida la tramitación del acta se incorporará al protocolo como instrumento independiente en la fecha y bajo el número que corresponda en el momento de su terminación, dejando constancia de la misma en el acta que recoja el requerimiento".

[1168] BIONDI, BIONDO: *Le donazioni*, *cit.*, p. 568.

En este apartado de la Tesis analizaremos la responsabilidad del donante[1169], causado por el incumplimiento de sus obligaciones; determinaremos hasta qué punto el carácter unilateral y gratuito del contrato puede incidir en el grado de responsabilidad del donante; diferenciaremos entre mora e incumplimiento del donante, señalando las posibles causas y la responsabilidad del donante, así como las acciones de las que dispone el donatario para salvaguardar sus derechos y sus intereses; prestaremos especial atención a la eventual responsabilidad por evicción y por vicios ocultos del donante; y finalmente, enumeraremos aquellos supuestos en los que el donante puede estar exento de responsabilidad, prestando especial atención a si el donante puede beneficiarse de lo que históricamente se denominó beneficio de competencia.

8.2 Moderación de la responsabilidad del deudor a título gratuito

No existe ningún precepto en el Derecho español que afirme de manera expresa que quien ha asumido una obligación sin contraprestación deba responder de una manera diferente a la de cualquier otro deudor. Sin embargo, a la vista de diversas normas del CC, la doctrina ha afirmado que la moderación de la responsabilidad del deudor constituye una característica común a los contratos y negocios gratuitos[1170].

8.2.1 Fundamento

Varios autores han ligado este principio de atenuación de la responsabilidad con la donación obligacional.

[1169] En una donación obligacional, solo el donante puede incurrir en responsabilidad contractual, debido al carácter unilateral del contrato. Como tuvimos ocasión de analizar al abordar la entrega de la cosa donada, ni siquiera el donatario asume una obligación consistente en aceptar la entrega (*vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 7.2.6). El carácter unilateral del contrato descarta igualmente que el donante pueda promover la resolución en el hipotético supuesto de que el donatario incumpla el modo o la carga. Resulta oportuno citar al respecto la STS de 16 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9134, RJ 1992\10499; ponente Antonio Gullón Ballesteros): "Se está en presencia de una donación con carga modal cuya revocación se pretende por la donante por incumplimiento, por tanto, ante un negocio jurídico cuya causa radica en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1274 del Código Civil), o, como dice la doctrina científica, en el propósito del donante de enriquecer al donatario, aceptado por éste. El que la donación imponga una carga al donatario no cambia su naturaleza; no es la contraprestación que ha de satisfacer para lograr su enriquecimiento a modo de sinalagma en los contratos sinalagmáticos, sino una determinación accesoria de la voluntad del donante por la que quiere lograr, además, otra finalidad, pero sin que desaparezca o quede subordinada la del enriquecimiento del donatario, que es la principal y la que constituye el nervio de la causa de la donación". Por tanto, si el donatario incumple la carga o el modo, no cabrá la resolución contractual: el donante podrá solicitar el cumplimiento forzoso de la carga o del modo, o alternativamente, la revocación de la donación por incumplimiento de cargas (*vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 10.2.1).

[1170] DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *cit.*, p. 261; TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", *cit.*, pp. 2541.

SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO se limitó a mencionar la atenuada responsabilidad del mandatario sin retribución, que vinculó con el art. 1103 CC:

> "El artículo 1.718 prescribe que "el mandatario queda obligado por la aceptación del mandato a cumplir el mandato, *y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen* al mandante". He aquí, por tanto, un caso de obligación gratuita, de promesa hecha "a título de liberalidad", cuyo incumplimiento puede dar lugar a una condena de daños y perjuicios contra el promitente. Claro está que, como dice el artículo 1.726, "la culpa deberá estimarse con… menos rigor por los Tribunales", cuando el mandato sea gratuito. Y, naturalmente, el carácter gratuito de la obligación de *dar*, en el caso que ahora nos interesa, será, sin duda, una de las circunstancias que los Tribunales apreciarán para moderar la responsabilidad que proceda de negligencia, conforme al artículo 1.103"[1171].

FERRANDIS VILELLA, de manera más pormenorizada, analizó diversos artículos del CC de los que se desprendería ese principio de moderación del deudor a título gratuito:

- El art. 638 CC dice que el donante "no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen", regla de la que se desprende que "más que de una atenuación de la responsabilidad, de lo que se trata es de circunscribir la responsabilidad por evicción al terreno que le es propio, es decir, al terreno del contrato oneroso"[1172].
- Se aprecia claramente la moderación del deudor gratuito en el art. 1726 CC, que dice que "el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido"[1173].
- Según el art. 1749 CC, "el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución". Aunque el precepto se refiere al contrato real de comodato, "cuando se trate de *promesa* de entregar una

[1171] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, pp. 809-810.
[1172] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 604.
[1173] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 604.

cosa en comodato, podrá aplicarse por analogía para liberar al promitente que tenga necesidad urgente de la cosa"[1174].

- Dice el art. 1750 CC que "si no se pactó la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad". Según FERRANDIS VILELLA, "este precepto podrá justificar la revocación de la promesa cuando todavía no se haya entregado la cosa, sino que solamente se haya prometido entregarla en precario"[1175].
- El art. 1776 CC señala que "el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación". Según el autor, "igualmente aplicable a la promesa de recibir una cosa en depósito, de manera que si antes de entregarse la cosa, es decir, antes de formalizarse el depósito, sobreviene alguno de aquellos justos motivos, podrá invocarlos el depositario para liberarse de la obligación asumida".
- Sin embargo, para FERRANDIS VILELLA, "la norma más interesante es la contenida en el art. 1103 CC", que "en sustancia, es la misma regla que el art. 1.726 establece para el concreto supuesto del mandato, en el que también se confía al arbitrio judicial el mayor o menor rigor en la estimación de la culpa, "según que el mandato haya sido o no retribuido""[1176].

Desde nuestro punto de vista, la cita de los arts. 638, 1749, 1750 y 1766 CC resulta inadecuada para intentar fundamentar una moderación de la responsabilidad del deudor en los contratos a título gratuito. El art. 638 CC constituye una norma específica para la evicción en sede de donación, una singular aplicación del principio de responsabilidad no parece que pueda extrapolarse con carácter general. De otro lado, los arts. 1749 y 1750 CC permiten al comodante exigir que el comodatario le devuelva la cosa prestada en caso de urgente necesidad de ella, o cuando no se haya pactado la duración del contrato ni el uso al que se iba a destinar la cosa prestada; no se trata pues de un supuesto de responsabilidad del comodante. Por lo que se refiere al art. 1776 CC, ciertamente permite al depositario restituir

[1174] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 604.
[1175] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 604.
[1176] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 604-605.

la cosa depositada si existen justos motivos; pero la norma también permite esa posibilidad cuando el depósito sea remunerado.

En este ámbito es relevante el art. 1766 CC, que dice que "el depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla", añadiendo que "su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título I de este libro". Por tanto, la responsabilidad del depositario se reconduce a las reglas generales de responsabilidad contractual, entre las cuales se encuentra el art. 1103 CC, que dispone que "la responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos".

Así pues, si atendemos a las normas que regulan la responsabilidad del mandatario y del depositario, llegamos a la conclusión de que el art. 1726 CC contempla una expresa moderación de responsabilidad si el mandato no es retribuido, aunque tal decisión podría fundamentarse perfectamente en el art. 1103 CC[1177]; así como que el art. 1766 CC se remite a las reglas generales de responsabilidad contractual, entre las cuales se encuentra el art. 1103 CC, que permite una moderación de la responsabilidad del deudor negligente[1178]. Los

[1177] La correlación entre los arts. 1726 y 1103 CC ha sido puesta de relieve por la jurisprudencia. A modo de ejemplo, SAP de Madrid (Sección 19ª) de 27 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:17122, JUR 2015\39247; ponente Epifanio Legido López): "Si acudimos al código civil, en la regulación del mandato, podemos comprobar que el artículo 1718 especifica que el mandatario queda obligado por la aceptación a cumplir el mandato, y responde de los daños y perjuicios que, de no ejecutarlo, se ocasionen al mandante, siempre que concurran, por su parte, al menos, culpa o negligencia, lo que es una cuestión de hecho, como recoge la sentencia de 4 febrero 2004; es evidente, de otra parte, como recoge el artículo 1726, siempre del código civil, que el mandatario es responsable no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido, con lo que el precepto a que acabamos de hacer mención permite la aplicación también del artículo 1103 del código civil en materia de culpa". Por su parte, la SAP de Málaga (Sección 5ª) de 30 de abril de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:723, JUR 2021\269006; ponente José Javier Díez Núñez) dijo: "El artículo 1726 del Código Civil viene a transcribir al mandato el principio básico de responsabilidad existente tanto en la esfera contractual (artículo 1101 del Código Civil) como en la extracontractual (artículo 1902 del Código Civil), haciendo responsable al mandatario no solamente por dolo como en Derecho Romano clásico en que el "mandatum" era siempre gratuito, sino también por culpa, de manera que la primera, por dolo, será exigible siempre, mientras que la derivada de culpa, admite una amplia moderación por los tribunales de acuerdo con la naturaleza del negocio y con el hecho de que la gestión sea o no retribuida, de manera que la indicada norma sustantiva viene así a aplicar al mandato la facultad moderadora que con carácter general en la esfera contractual establece el artículo 1103 del Código Civil".

[1178] La SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 5 de octubre de 1998 (ECLI:ES:APB:1998:8430, AC 1998\1941; ponente José Pascual Ortuño Muñoz) afirmó que "la responsabilidad del depositario es incuestionable, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 1766, en relación con el artículo 1103, ambos del Código Civil". La SAP de Alicante/Alacant (Sección 7ª) de 19 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:APA:2005:4065, JUR 2008\141097; ponente José Manuel Valero Díez) afirmó que "nos encontramos ante el típico supuesto negocial de depósito mercantil, 303 del Código del Comercio, por el que el depositario, según determina el artículo 306 de dicho cuerpo legal, está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la ha recibido, y asimismo a restituirla a tenor de lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil. Artículo 1766 que nos remite al título primero del libro cuarto, entre cuyos preceptos se encuentran los artículos 1103 a 1105".

arts. 1726 y 1766 CC, en conjunción con el art. 1103 CC, constituyen los cimientos que sustentan la moderación de la responsabilidad del deudor en los contratos gratuitos.

Por otro lado, la moderación de la responsabilidad del deudor a título gratuito también podría encontrar respaldo en la equidad, debido a la ausencia de contraprestación y de reciprocidad que caracteriza a los contratos unilaterales. El art. 3.2 CC dice que "la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas". Según la STS de 11 de julio de 2012[1179], "el recurso a la equidad, en el contexto interpretativo de las normas, tal y como puso de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 3/1974, de 17 de marzo, que introdujo la figura en el Código Civil, se configura en un elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso, especialmente cuando éstas no vienen contempladas por la generalidad de la norma". Entendemos que la gratuidad de la obligación, circunstancia no contemplada en las reglas que regulan la responsabilidad contractual en el Título I del libro IV del CC, salvo supuestos muy concretos ya mencionados, justifica la aplicación de la equidad, con la finalidad de hallar una solución adecuada y ponderada al determinarse la responsabilidad del deudor a título gratuito.

8.2.2 Aplicación práctica

Una vez alcanzada la conclusión de que la responsabilidad del donante debe ser atenuada como consecuencia del carácter gratuito y unilateral de la donación obligacional, procede concretar la aplicación práctica de dicho principio.

En primer lugar, la moderación de la responsabilidad del deudor a título gratuito no puede nunca llegar a suponer la eliminación de su responsabilidad en caso de incumplimiento. Como dijo FERRANDIS VILELLA, la gratuidad de la donación obligacional "no será suficiente para excluir la responsabilidad del obligado, porque ello significaría la negación de la obligatoriedad de los negocios jurídicos gratuitos"[1180].

En segundo lugar, la moderación no puede eximir de responsabilidad al donante que incumpla de manera dolosa, debido a que el art. 1102 CC dice que "la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones". Por tanto, la atenuación de la responsabilidad solo puede tener lugar en supuestos de culpa o negligencia.

[1179] STS de 11 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6698, RJ 2012\10117; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).
[1180] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 603.

Ahora bien, ¿qué grado de culpabilidad o negligencia justificaría la moderación de la responsabilidad? Entendemos que en este punto es razonable aplicar el mismo criterio existente en el art. 789 del Código Civil italiano de 1942, que dice que "el donante, en caso de incumplimiento o retraso en la ejecución de la donación, sólo responde en caso de dolo o culpa grave"[1181]. Es destacable que esta norma solo tiene campo de aplicación en el supuesto de incumplimiento de una donación obligacional, dado que en una donación dispositiva el donante no asume ninguna obligación frente al donatario[1182].

Evidentemente, que la culpa sea grave o leve dependerá de las circunstancias concurrentes, que deberán ser cuidadosamente evaluadas *in casu* cuando se plantee la responsabilidad del donante por haber incumplido sus obligaciones. La STS de 10 de mayo de 2000[1183] señaló a este respecto que "la gravedad de la culpa o negligencia ha de medirse, no atendiendo al resultado acaecido con ella, sino -como expresa el párrafo primero del art. 1104 del Código Civil- «a la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»".

Además, es importante tener en cuenta que la moderación o atenuación de la responsabilidad del donante "no puede llegar a significar una desaparición de la exigibilidad del acto de entrega, cuya obligación asume el donante frente al donatario"[1184]. Esto se comprende fácilmente si se repara en que la donación obligacional es un contrato traslativo: su finalidad es que el donatario adquiera un derecho real previa entrega por parte del donante. La puesta en posesión de la cosa donada no puede hacerla un tercero, pues solo el dueño de la cosa donada tiene el necesario poder de disposición para entregarla y consumar la transmisión (arts. 609.II, 1095 y 1160 CC).

Ahora bien, si la moderación de la responsabilidad del donante no le permite excusarse del incumplimiento de la obligación de entrega de la cosa donada, ¿cuál sería la aplicación práctica del principio de moderación? Es curioso comprobar cómo muchos autores han mostrado su conformidad con que en una donación obligacional la responsabilidad del

[1181] "Il donante, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'eseguire la donazione, è responsabile soltanto per dolo o per colpa grave".
[1182] BIONDI, BIONDO: *Le donazioni, cit.*, pp. 531; TRINGALI, FABIO: *La donazione*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004, p. 383.
[1183] STS de 10 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3810; RJ 2000\3406; ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez).
[1184] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 605.

donante debe moderarse, pero sin enunciar cuál sería su aplicación práctica[1185]. A modo de ejemplo, FERRANDIS VILELLA afirmó que el principio de atenuación de la responsabilidad en los contratos gratuitos "tendrá interesantes aplicaciones en el terreno del contrato de donación o donación obligacional"[1186], sin concretar nada más. Según ATAZ LÓPEZ, de ser viable una donación obligacional, parece lógico establecer un régimen especial para el caso de su posible incumplimiento o cumplimiento defectuoso, señalando la posible extensión analógica de los arts. 638 y 1340 CC[1187]; aunque lo cierto es que tales preceptos se limitan a negar la responsabilidad por evicción, salvo el supuesto de mala fe, sin abordar las restantes consecuencias derivadas del incumplimiento del contrato.

Desde nuestro punto de vista, si la moderación o atenuación nunca puede suponer la exención total de responsabilidad, y si la obligación de entregar la cosa donada tampoco puede ser eximida, la única consecuencia práctica del principio consistirá en la ausencia del deber de indemnizar los daños y perjuicios provocados por el incumplimiento del donatario, en los supuestos de demora en la entrega de la cosa, o de imposibilidad de entrega de la cosa (por pérdida o destrucción culpable, o por no haber adquirido la cosa donada sobre la que no tenía poder de disposición cuando se celebró el contrato), siempre y cuando el donante haya incurrido en culpa o negligencia leve; porque si el donante incumplió como consecuencia de dolo o de culpa o negligencia grave, deberá responder en igualdad de condiciones a cualquier deudor a título oneroso.

8.3 Supuestos de incumplimiento y efectos

Antes de enumerar las consecuencias del incumplimiento, resulta esencial enumerar cuándo se habrá producido un incumplimiento por parte del donante. Distinguiremos entre mora, cumplimiento defectuoso e incumplimiento definitivo. Dentro de este último supuesto, abordaremos el término esencial, la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la voluntad rebelde al cumplimiento. En todos estos casos, existe un desajuste entre el programa prestacional pactado, con la consiguiente insatisfacción del donatario.

8.3.1 Mora

[1185] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, pp. 809-810; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 621.
[1186] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 605.
[1187] ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit.*, pp. 187-188.

La mora del deudor está regulada en el art. 1100 CC, que dice lo siguiente:

> "Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.
>
> No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:
>
> 1.º Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente.
>
> 2.º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación".

La mora no es un simple retraso en la ejecución de la prestación, sino un retraso cualificado[1188]. La prestación sigue siendo posible, y a pesar del retraso, continúa siendo objetivamente satisfactoria para el acreedor[1189].

Como hemos señalado reiteradamente, en una donación obligacional, por exigencias derivadas de la naturaleza institucional del contrato, la obligación de entrega debe estar aplazada o suspensivamente condicionada. Cuando la obligación de entrega esté sometida a término, la mora será automática, por lo que resultará innecesario que el donatario intime al deudor (art. 1100.1.º CC), ya que del propio contrato de donación obligacional, que deberá constar necesariamente por escrito (arts. 632.II o 633 CC, según los casos), se desprenderá inequívocamente cuándo debía haber sido entregada de la cosa donada. En cambio, como regla general, la intimación del donatario será necesaria para que el donante incurra en mora cuando la obligación de entrega esté suspensivamente condicionada.

La mora en el cumplimiento de la obligación de la entrega por parte del donante producirá los siguientes efectos:

- El donatario podrá exigir al donante el cumplimiento forzoso de la entrega de la cosa donada, si fuese determinada (art. 1096.I CC). Si la cosa donada fuese indeterminada o genérica, el donatario podrá pedir que la entrega se cumpla a expensas del donante (art. 1096.II CC).

[1188] STS de 4 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6148, RJ 2004\6066; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel); STS 20 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2470, RJ 2013\4594; ponente Juan Antonio Xiol Ríos): "El retraso cuando es cualificado en el cumplimiento de la prestación, constituye la mora".

[1189] Si el cumplimiento tardío cualificado no satisface objetivamente el interés del acreedor, será un supuesto de incumplimiento definitivo, como consecuencia de no respetarse el término esencial. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.3.3.a).

- El donante deberá indemnizar al donatario los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC). Si la donación obligacional tuvo como objeto una cantidad de dinero, no habiendo pacto en contrario, la indemnización de daños y perjuicios consistirá en el pago de los intereses pactados, y en su defecto, el interés legal.
- El donante responderá de la pérdida de la cosa donada que permanezca en su poder, aunque se produzca como consecuencia de un caso fortuito (arts. 1096.III CC y 1182 CC).

8.3.2 Cumplimiento defectuoso

Normalmente, la prestación es defectuosa cuando, a pesar de haberse ejecutado, no se ha ajustado al programa prestacional.

En una donación obligacional, en la que la obligación esencial consiste en la entrega de la cosa donada, existirá cumplimiento defectuoso cuando la entrega no cumpla con los requisitos de integridad, identidad o indivisibilidad de la prestación (arts. 1157, 1166 y 1169.I CC), lo que habitualmente sucederá cuando la donación tuviese por objeto una cosa indeterminada o genérica y se entregue otra de variedad o calidad diferente (por ejemplo, se acordó la donación de una variedad de naranjas y se entregan naranjas de una variedad parecida pero distinta), o se entregue en varias tandas (se pactó una donación de quinientos kilogramos de mandarinas, y trescientas son entregadas al donatario el día comprometido, y las doscientas restantes con posterioridad).

Puede embeberse dentro del supuesto de cumplimiento defectuoso que el donante no haya entregado los accesorios de la cosa donada, o los frutos que sean debidos[1190].

El cumplimiento defectuoso no supone una insatisfacción total del acreedor, debido a que el donante podrá ajustarse al programa prestacional, corrigiendo o sustituyendo la cosa donada. Se trata, en suma, de un primer intento insatisfactorio de entrega, seguido de un posterior cumplimiento exacto (aunque tardío) con arreglo a lo convenido.

Los efectos del cumplimiento defectuoso del donante son los siguientes:

- El donatario podrá rechazar la entrega, por no cumplir el donante con los requisitos de integridad, identidad e indivisibilidad del pago (arts. 1166, 1167 y 1169.I CC).

[1190] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartados 7.3 y 7.4.

- El donatario podrá exigir al donante que le entregue la cosa donada en las condiciones exigibles (art. 1096 CC, párrafos primero y segundo).
- El donatario podrá pedir los daños y perjuicios causados, dado que el donante habrá contravenido el tenor de la obligación (art. 1101 CC).

8.3.3 Incumplimiento definitivo

Dentro de los supuestos de incumplimiento definitivo de la donación obligacional, es posible distinguir entre el incumplimiento de un término esencial, la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la voluntad rebelde al cumplimiento.

a) Término esencial

Existe un término esencial cuando la prestación tardía del deudor no satisface objetivamente al acreedor. A diferencia de la mora, aunque la prestación es todavía posible, ya no resulta útil.

El término esencial puede deducirse de las circunstancias de la obligación o de lo pactado entre las partes, pues la mera referencia en el contrato a un plazo no puede comportar, sin más, la existencia de un término esencial[1191].

A primera vista, parece difícil que en una donación obligacional pueda existir un término esencial, pues en la práctica supondría que el donatario sostenga que un incremento patrimonial gratuito no le resultará provechoso simplemente porque la entrega se ha realizado después del término pactado. No obstante, es posible pensar en algún supuesto arquetípico en el que la prestación tardía no resulte satisfactoria para el donatario: la entrega de un traje de bodas tras la ceremonia, o la entrega de un traje de etiqueta tras un evento social de gala.

[1191] STS de 22 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5676, RJ 2006\6520; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández): "El término esencial -bien como período dentro del que se ha cumplir, bien como momento (fecha) en el que debe efectuarse la prestación- tiene que estar expresa y claramente establecido en el contrato, o deducirse de los términos del mismo o de las circunstancias de la prestación de modo inequívoco, de tal forma que la actuación cumplidora posterior no resulta ya útil para el interés del acreedor desde la perspectiva con que se configuró el sinalagma contractual -concurso de voluntades-"; STS de 8 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9188, RJ 2013\240; ponente Francisco Javier Orduña Moreno): "Puede afirmarse que el carácter esencial del plazo, bien por disposición expresa de las partes, como en el presente caso, o bien porque se deduzca de las circunstancias del caso en cuestión, se erige en un elemento fundamental del contenido de la prestación que condiciona, en este sentido, el cumplimiento mismo de la obligación (…) todo ello con independencia de la valoración o transcendencia que se pudiera derivar del propio retraso, en sí mismo considerado, ya respecto del retardo en la ejecución de la prestación, o bien del cumplimiento tardío propiamente dicho".

Si se convino un término esencial, el incumplimiento de la obligación de entrega permitirá al donatario reclamar al donante una indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC).

b) Imposibilidad sobrevenida imputable al donante

La pérdida o destrucción de la cosa donada impide el cumplimiento de la prestación, lo que obviamente comporta la insatisfacción objetiva del donatario. En algunas circunstancias, la pérdida o destrucción comporta la exoneración del deudor; no obstante, tales supuestos serán analizados posteriormente, cuando analicemos los supuestos de exención de responsabilidad[1192]. Aquí nos ocuparemos únicamente de aquellos casos en los cuales, a pesar de existir pérdida o destrucción de la cosa debida, el deudor debe responder.

Según el art. 1182 CC, "quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora". Por tanto, *a contrario sensu*, el donante responderá en caso de pérdida o destrucción de la cosa donada cuando dicha situación se produzca por culpa suya, o cuando ya se encuentre en situación de mora. La actuación culposa o negligente debe valorarse conforme a lo dispuesto en el art. 1104 CC, que preceptúa que "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

Aunque nada dice al respecto el art. 1182 CC, la pérdida o destrucción puede ser material o jurídica, tal y como se señala expresamente para las obligaciones de hacer en el art. 1184 CC ("cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible"), que debe aplicarse igualmente en los supuestos de imposibilidad de las obligaciones consistentes en un *dare*[1193].

Por su parte, el art. 1096.III CC dispone que "si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega". La primera parte de esta norma es replicada por el art. 1182 CC, pues determina la responsabilidad del deudor moroso

[1192] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.6.2.

[1193] STS de 29 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5928, RJ 1996\7484; ponente Francisco Morales Morales), 23 de junio de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:4436, RJ 1997\5201; ponente Alfonso Villagómez Rodil); STS de 26 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:8264, RJ 2007\400; ponente Vicente Luis Montés Penadés); STS de 18 de enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2013:679, RJ 2013\1604; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel).

incluso en caso fortuito. No obstante, añade que en un supuesto de múltiple disposición (esto es, cuando el donante se haya comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas), también responderá, incluso cuando exista caso fortuito[1194].

La imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuando sea consecuencia de la culpa o la mora del donante, permitirá al donatario el cumplimiento por equivalente, así como la reclamación de los daños y perjuicios ocasionados (art. 1101 CC).

c) Voluntad rebelde al cumplimiento

Se producirá cuando el donante manifieste de manera expresa o tácita su voluntad de no cumplir, aunque la prestación es objetivamente posible e idónea para satisfacer el interés del donatario. El donatario no realiza la prestación simplemente porque ha tomado la decisión de incumplir de manera injustificada. La STS de 5 de febrero de 2007[1195] señaló que para constatar una voluntad obstativa y rebelde al cumplimiento "no es preciso que se aprecie tal voluntad abiertamente contraria al cumplimiento, sino sólo una situación objetiva de incumplimiento".

Cuando el donante se niegue injustificadamente a entregar la cosa donada, el donatario podrá instar el cumplimiento forzoso de la entrega, si así lo desea (art. 1096.I y II CC), así como solicitar la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 1101 CC).

8.4 Remedios frente al incumplimiento

En este apartado analizaremos las acciones de las que dispone el donatario para satisfacer su derecho de crédito, que se concreta en la entrega de la cosa donada. Se trata del cumplimiento forzoso, del cumplimiento por equivalente y de la indemnización de los daños y perjuicios causados.

8.4.1 Cumplimiento forzoso

a) Fundamento

Históricamente, cuando la donación tuvo eficacia obligacional, la normativa aplicable destacó el carácter coercible de la obligación de entrega de la cosa donada.

[1194] La determinación de cuál de los pretendidos adquirentes adquirirá el dominio en un supuesto de múltiple disposición se analizará en un apartado específico (*vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 9).
[1195] STS de 5 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:431, RJ 2007\730; ponente José Almagro Nosete).

En el Derecho justinianeo, I 2.7.2 decía que las donaciones *inter vivos* "se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición". Según CI 8.53.35, si "en la donación se hubiere insertado una estipulación, sea compelido en fuerza de esta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar también 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 donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado, o todos los bienes". Nov 162 insistía en la misma idea: "recordamos nuestra Constitución, que dice, que, aunque no estipule la entrega, le incumbe al donante la necesidad de entregar la cosa donada (…). Y la entrega, si se hizo, dele a ella excepción, y, si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación, y, si no hubiere mediado, por la condicción nacida de la ley, para obtener la cosa donada".

A la vista de estos antecedentes, no es de extrañar que la obligación de entrega a cargo del donante se reflejase en diversos ordenamientos hispánicos. P 5.4.4. decía que "quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze". De manera todavía más expresiva, CT VIII.XI.XVII afirmaba que "donador es obligat e tengut a liurar la cosa per eyl donada".

Es curioso observar cómo algunos autores que defendieron la validez y eficacia de la donación obligacional se limitaron a señalar que su incumplimiento conllevaría una mera indemnización de daños y perjuicios. Así, SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO afirmó que "la condena a daños y perjuicios contra el promitente-donante podrá obtenerse siempre que se pruebe por el acreedor-donatario que el incumplimiento de la promesa le ha producido efectivamente daños y perjuicios"[1196]. Y ALBALADEJO GARCÍA, al abordar los efectos de la donación obligacional, dijo que "el donante sólo contrae la obligación de transferir al

[1196] SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *cit.*, p. 809.

donatario la cosa, pero éste no adquiere su propiedad sino cuando se le entrega. En cualquier caso, si incumple su obligación, responde de los daños y perjuicios que ocasione su cumplimiento"[1197].

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, es indudable que el donatario tiene el derecho a exigir el cumplimiento forzoso de la prestación. En una donación obligacional, la obligación de entrega es perfectamente coercible, por lo que el donatario puede reclamar su cumplimiento específico o *in natura*. De lo contrario, la situación sería inconcebible, pues nos hallaríamos ante un contrato con finalidad traslativa que no resultaría vinculante para el donante, quien podría decidir unilateralmente no cumplir su obligación principal, contraviniendo el marco imperativo que se desprende de los arts. 1091 y 1256 CC.

Así las cosas, como ha señalado la mejor doctrina, es obligado concluir que el donatario tiene el derecho de exigir al donante la entrega de la cosa donada. En este sentido, FERRANDIS VILELLA dijo que "el efecto más característico de la donación obligacional, como consecuencia de su estructura contractual, se cifra en el cumplimiento de la obligación asumida por el donante y en el correlativo derecho, por parte del donatario, a exigir el cumplimiento de dicha obligación"[1198], añadiendo que "puesto que la obligación asumida por el donante es una obligación de dar, serán de aplicación a este supuesto las reglas genérales establecidas en el Código civil para esta clase de obligaciones"[1199]. Por su parte, ARJONA GUAJARDO-FAJARDO señaló que el derecho del donante no solo consiste en "obtener condena para indemnizar daños y perjuicios sino también, en muchos casos, la prestación *in natura*, toda vez que esta se cifra en un «*dare*»"[1200].

De hecho, algunas Audiencias Provinciales han señalado que el donatario puede ejercitar la acción de cumplimiento forzoso para compeler al donante a realizar la entrega de la cosa donada. La SAP de Jaén (Sección 1ª) de 13 de abril de 2010[1201] señaló que, en el supuesto de una donación obligacional, "lo que se plasma en el documento es la obligación actual de transmitir después", razón por la que la reclamación del donatario "no tendría encaje en una acción reivindicatoria, sino en la acción de cumplimiento de contrato". La

[1197] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, p. 337.
[1198] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 601.
[1199] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 601.
[1200] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, p. 590.
[1201] SAP de Jaén (Sección 1ª) de 13 de abril de 2010 (ECLI:ES:APJ:2010:1526, JUR 2012\335645; ponente Elena Arias-Salgado Robsy).

SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011[1202] señaló que "sin lugar a dudas podemos concluir que el "compromiso" contraído por el hoy demandado, previo a la constitución de la entidad GCEBIO, seguido de la constitución de esta entidad y del acuerdo con la Fundación Intras, a la que ya ha efectuado algunos pagos, lo podemos calificar como una donación promisoria, pues se ha creado un crédito a favor del donatario", y con revocación de la Sentencia dictada por el Juzgado, impuso a la entidad demandada "la obligación de la entidad demandada GCE, de atender al compromiso adquirido por el actor en el documento nº 1 de la demanda de fecha 15/4/2008 y en consecuencia, a pagar la cantidad de 26.668€ del ejercicio 2008 y 36.667€ del ejercicio del 2009". Y la SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015[1203], aunque en el caso concreto estimó que existía un compromiso de dotación sucesiva a una fundación, afirmó que el carácter coercible de la obligación de aportación sería igualmente exigible si se hubiese convenido una donación obligacional, pues "como consecuencia de dicho compromiso, aceptado en la propia escritura fundacional por su destinataria, nacería con cargo a los donantes la obligación de transmitir a la Fundación las sumas de dinero calificadas como cuotas ordinarias, integrándose en el patrimonio de la Fundación el derecho de crédito para exigir el cumplimiento de dicha obligación, bien en los plazos pactados bien a posteriori y mientras no prescribiera la acción al efecto".

El DFCR también reconoce que el donante pueda exigir el cumplimiento forzoso de la obligación de entrega de la cosa donada. Así se deduce del art. IV.H.–3:201, que dispone que "si el donante incumple cualquiera de las obligaciones estipuladas en el contrato, el donatario podrá ejercitar los remedios previstos en el Capítulo 3 (Remedios por incumplimiento) del Libro III". A estos efectos, hay que tener en cuenta que el art. III.-3:301 se refiere al derecho a exigir el cumplimiento de obligaciones dinerarias, y que el art. III.-3:302 reconoce el derecho a exigir el cumplimiento específico de obligaciones no dinerarias[1204]. El art. IV.H.-3:202 del DFCR solo limita el derecho del donatario a exigir el cumplimiento forzoso de la entrega en dos supuestos: cuando la cosa donada no sea conforme (concepto ajeno al CC, pero que puede equipararse con la ausencia de

[1202] SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011 (ECLI:ES:APZA:2011:346, JUR 2011\348790; ponente Andrés Manuel Encinas Bernardo).
[1203] SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:APVA:2015:774, AC 2015\1127; ponente Ángel Muñiz Delgado).
[1204] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, pp. 101-103.

responsabilidad del donante por saneamiento[1205]), y cuando el donante se hubiese comprometido a entregar bienes ajenos (supuesto en el cual en el Derecho español el donatario tampoco podría pedir el cumplimiento *in natura*, ya que solo cabría acudir al remedio del cumplimiento por equivalente[1206]).

El CC tan solo reconoce con carácter general el derecho del acreedor a exigir el cumplimiento de las obligaciones en el art. 1124 CC, que regula los remedios frente al incumplimiento en las obligaciones sinalagmáticas (cumplimiento forzoso o resolución, e indemnización de daños y perjuicios). Sin embargo, el art. 1124 CC no es aplicable a las donaciones obligacionales, debido al carácter unilateral del contrato[1207]. Por ello, el derecho del donatario a que le sea entregada la cosa donada se fundamenta en el art. 1096 CC, que distingue en función de que la cosa que debe ser entregada sea determinada o indeterminada o genérica, así como en los arts. 1091 y 1258 CC.

La acción de cumplimiento forzoso es compatible con la indemnización de daños y perjuicios. Así lo reconoce expresamente el art. 1096.I CC, cuando dice que el acreedor puede compeler al deudor a que realice la entrega "independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101".

b) Bienes determinados

Según el art. 1096.I CC, "cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor (…) puede compeler al deudor a que realice la entrega". El escueto contenido del CC debe ser completado con la regulación de la ejecución de títulos judiciales en la LEC, que distingue en función de la naturaleza del bien a entregar.

- Si se trata de un bien mueble determinado, el art. 701.1 LEC dispone lo siguiente:

> "Cuando del título ejecutivo se desprenda el deber de entregar cosa mueble cierta y determinada y el ejecutado no lleve a cabo la entrega dentro del plazo que se le haya concedido, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución

[1205] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.5.
[1206] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 8.4.2.
[1207] En contra, MONTERO LEÓN, quien afirmó que la donación obligacional "podrá resolverse por las causas de resolución de las obligaciones" (MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit.*, p. 2132). Sin embargo, no explicó este autor el fundamento de tal afirmación. El art. 1124 CC es claro al circunscribir el ámbito de aplicación de la resolución contractual a las obligaciones sinalagmáticas, a las que denomina "recíprocas". Cuestión distinta sería que el donante y el donatario pactasen un mutuo disenso, hipótesis perfectamente admisible al amparo de la autonomía de la voluntad, pero que nada tiene que ver con una resolución contractual por incumplimiento.

pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos. Si fuera necesario proceder a la entrada en lugares cerrados recabará la autorización del Tribunal que hubiera ordenado la ejecución, pudiéndose auxiliar de la fuerza pública, si fuere preciso.

Cuando se trate de bienes muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al inmobiliario, se dispondrá también lo necesario para adecuar el Registro de que se trate al título ejecutivo".

- Si se trata de un bien inmueble determinado, resulta de aplicación el art. 703.1 LEC:

"Si el título dispusiere la transmisión o entrega de un bien inmueble, una vez dictado el auto autorizando y despachando la ejecución, el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la misma ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo".

c) Bienes indeterminados o genéricos

El art. 1096.II dice que "si la cosa fuere indeterminada o genérica", el acreedor "podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor".

Sin embargo, el art. 702.1 LEC amplía las facultades del acreedor, pues también permite que se le ponga en posesión de las cosas genéricas que se encuentren en poder del deudor:

"Si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas, que pueden ser adquiridas en los mercados y, pasado el plazo, no se hubiese cumplido el requerimiento, el ejecutante podrá instar del Letrado de la Administración de Justicia que le ponga en posesión de las cosas debidas o que se le faculte para que las adquiera, a costa del ejecutado, ordenando, al mismo tiempo, el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición, de la que el ejecutante dará cuenta justificada".

d) Deuda dineraria

Si el donante se comprometió a entregar dinero al donatario, hay que tomar en consideración la regulación prevista en los arts. 571 y ss. LEC. Muy resumidamente, una vez despachada ejecución, si el ejecutado no ha abonado la cantidad adeudada, se procederá al embargo de sus bienes, dando preferencia al embargo de cantidades monetarias (dinero y cuentas corrientes). Si no es posible trabar embargo sobre dinero, se embargarán bienes muebles o inmuebles, que serán tasados y subastados, a no ser que se hayan acordado otras

fórmulas legalmente previstas de realización de los bienes embargados, como el convenio de realización aprobado por el Letrado de la Administración de Justicia, o la realización por persona o entidad especializada. El dinero que se obtenga a resultas de los embargos o de la realización de los bienes embargados será entregado al ejecutante hasta saldar la totalidad de la deuda.

8.4.2 Cumplimiento por equivalente

a) Fundamento

El art. 1098 CC dice que "si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa". Aunque a primera vista parece lógico que el acreedor reclame el cumplimiento forzoso de la obligación cuando siga resultando objetivamente posible, la jurisprudencia ha considerado que el acreedor puede optar por instar directamente el cumplimiento por equivalente[1208], especialmente cuando se haya exigido previamente el cumplimiento específico de manera infructuosa[1209].

[1208] La STS de 28 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4001, RJ 2015\4368; ponente Eduardo Baena Ruiz) dijo: "La jurisprudencia (STS de 9 noviembre 1968) se decantó como regla general por el cumplimiento en forma específica, otorgando prelación a la "restitutio in integrum" sobre la indemnización con entrega de suma de dinero, declarando (STS 10 de octubre de 2005) que en nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor de forma específica. En concreto, tratándose de obligaciones de hacer, la sentencia de 13 de junio(sic) 2005 puso de manifiesto que la reparación "in natura" es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (sentencias de 2 diciembre 1994; 13 mayo 1996 y 13 julio 2005). Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes esa doctrina legal ha evolucionado permitiendo al perjudicado postular una indemnización por equivalencia en vez de la posible reparación "in natura". Afirma la sentencia de 16 marzo de 2011 Rc. 1642/2007, reiterándolo la de 25 de marzo de 2015 Rc. 926/2013, que: "Es cierto que, en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código Civil -reparación "in natura"-(SSTS de 17 de marzo de 1995; 13 de julio y 27 de septiembre de 2005)-. Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, como ocurre en este caso en el que admite la sentencia que hubo un acto de conciliación que terminó sin avenencia. Todo ello como consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto como la reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y que la solución indemnizatoria es más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo (STS 21 de diciembre 2010)"".

[1209] STS de 30 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4254, RJ 2014\5189; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas): "Esta Sala debe declarar que no concurre violación de los arts. 1098 y 1101 del C. Civil dado que la parte demandante solicitó en la demanda la indemnización correspondiente derivada del incumplimiento contractual lo que le permitía solicitar el correspondiente resarcimiento por equivalencia, como fórmula adecuada para conseguir la indemnidad, máxime cuando constan requerimientos previos e infructuosos para conseguir el cumplimiento y en este sentido las sentencias de esta Sala de 22 de diciembre de 2010, 15 de febrero de 2011. En el mismo sentido se pronuncian los arts. 17.1 y 19.6 de la Ley de Ordenación de la Edificación".

Además, la jurisprudencia ha afirmado que el cumplimiento por equivalente no constituye una indemnización de daños y perjuicios, sino una modalidad del cumplimiento específico de la obligación incumplida. La STS de 26 de diciembre de 2006[1210] señaló sobre el particular lo siguiente:

> "Ocurre que un hecho posterior, imputable claramente a la contraparte, provoca la imposibilidad del cumplimiento. Estaríamos ante lo que una línea jurisprudencial antigua denominaba un hecho obstativo que de modo «absoluto, definitivo e irreformable» (Sentencias de 5 y 9 de julio de 1941, 28 de enero de 1944, 12 de abril de 1945, 9 de marzo de 1950, etc.) impide el cumplimiento (…). Ante tal situación, hay que acudir al cumplimiento por equivalente, que ciertamente no se ha de confundir con la indemnización de daños, pues responde a principios y criterios diversos, ya que el cumplimiento sustituye a la prestación, en virtud de la perpetuatio obligationis, y la indemnización de daños y perjuicios obedece a una nueva obligación que la Ley (artículo 1101 CC) hace surgir por razón del incumplimiento, fijando su extensión (artículos 1106, 1107 y 1108 CC). Es cierto, sin embargo, que en el cumplimiento forzoso por equivalente, concurrente con la indemnización de daños, a la postre el perjudicado va a recibir una cantidad de dinero".

Como curiosidad histórica, cabe señalar que el cumplimiento por equivalente de la donación estaba contemplado en el Derecho de Tortosa[1211]. CT VIII.XI.XVII decía que "donador es obligat e tengut a liurar la cosa per eyl donada, o justa estimacio per aquella".

b) Supuestos

Dejando de lado aquellos supuestos, ya enunciados, en los cuales el donatario puede pretender recurrir directamente al cumplimiento por equivalente, a pesar de que la entrega todavía sea objetivamente posible, lo lógico será que el donatario recurra al cumplimiento por equivalente en ciertos casos.

En primer lugar, cuando la entrega sea materialmente imposible. Ello sucederá:

- Cuando la cosa donada se haya perdido o destruido, y el donante sea responsable de la consiguiente imposibilidad del cumplimiento de la obligación de entrega.

[1210] STS de 26 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:8264, RJ 2007\400; ponente Vicente Luis Montes Penadés).
[1211] OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo III*, *cit.*, p. 185.

- Cuando se haya producido un supuesto de caso fortuito que impida cumplir con la prestación, y el donante sea responsable.
- Cuando la cosa donada haya sido entregada a un tercero que se sitúe en una posición de irreivindicabilidad (art. 464 CC, art. 34 LH).
- Cuando el donante no tenga poder de disposición sobre la cosa donada en el momento en que debió producirse la entrega.

  La ausencia de poder de disposición (art. 1160 CC) impedirá que el donatario se convierta en dueño. El donante solo podrá transmitir el poder y la posesión que tuviese sobre la cosa entregada, lo que a lo sumo permitiría al donatario adquirirla por usucapión ordinaria, si cumplen los requisitos exigidos por el CC. En este supuesto, es evidente que el incumplimiento *in natura* es imposible, por lo que el donante solo podrá obtener el cumplimiento por equivalente, aun cuando haya solicitado con carácter preferente la entrega forzosa de la cosa donada. Así lo afirmó con carácter general la STS de 7 de abril de 2022[1212]:

  > "Si lo que se pretende es un cumplimiento de una obligación de transmisión de unos bienes, la acción debe dirigirse frente al obligado, articulando correctamente la pretensión a través de cualquiera de los medios previstos por el derecho contractual para imponer el cumplimiento forzoso de las obligaciones, ya mediante su ejecución in natura (arts. 1096, 1097 y 1098 CC, 708 LEC), ya mediante la ejecución de una prestación por equivalente, a través de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, cuando aquélla no fuere posible (arts. 1101 y ss CC)".

En segundo lugar, el cumplimiento por equivalente será posible cuando el objeto de la donación sea una cosa genérica o indeterminada y la demora en la entrega haga perder el interés legítimo al donatario. Esta hipótesis está contemplada en el art. 702.2 LEC:

> "Si el ejecutante manifestara que la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo, se determinará el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes".

[1212] STS de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386, RJ 2022\1974; ponente Juan María Díaz Fraile).

El cumplimiento por equivalente es compatible con la indemnización de los daños y perjuicios causados; así se desprende del art. 1101 CC y del art. 702.2 LEC. En todo caso, la jurisprudencia es muy clara al respecto. La STS de 23 de marzo de 2007[1213] es buena muestra de ello:

> "La resolución recurrida al parar mientes en la reconvención no declara el cumplimiento «in natura» (…) porque no la estima posible. Por ello, por no ser posible, sustituye dicho cumplimiento específico por el cumplimiento «por equivalencia», que fundamenta en el art. 1101 CC, añadiendo «mediante la indemnización sustitutoria». Evidentemente el cumplimiento «por equivalencia», aunque da lugar a un equivalente económico -que un sector doctrinal denomina indemnización-, no tiene su fundamento en el art. 1101 CC sino en el art. 1098 CC (cuando se trata de obligaciones de hacer) y los preceptos que regulan el cumplimiento forzoso en la LECiv. Ello no obstante, «además» (como obligación accesoria) puede operar el resarcimiento de daños y perjuicios del art. 1101 CC si concurren los requisitos correspondientes. Para la aplicación del cumplimiento por equivalencia basta que no sea posible el cumplimiento «in natura», o no sea ya útil al acreedor; en cambio para la indemnización de daños y perjuicios del art. 1101 CC es preciso que se prueben éstos, o conste su existencia «in re ipsa», y el nexo causal, y concurra un criterio de atribución".

8.4.3 Indemnización de daños y perjuicios

a) Fundamento

El art. 1101 CC, que dice que "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas", constituye el fundamento legal de la indemnización de los daños y perjuicios producidos como consecuencia del incumplimiento contractual, en cualquiera de sus modalidades.

La finalidad de la indemnización es dejar al acreedor perjudicado en la misma situación en la que se encontraría si el deudor hubiese cumplido con arreglo al programa prestacional convenido[1214]; es lo que doctrinalmente se ha denominado interés contractual positivo.

[1213] STS de 23 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1786, RJ 2007\2353; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández).

[1214] STS de 24 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2014:3558; RJ 2014\4762; ponente Sebastián Sastre Papiol): "La indemnización de daños por incumplimiento del contrato (ex art. 1101 CC) ha de ser equivalente a la suma

b) Alcance de la indemnización

Según el art. 1106 CC, la indemnización comprenderá no solamente el daño emergente, sino también el lucro cesante: "la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor".

No obstante, el alcance de la indemnización difiere en función de si el deudor ha actuado de manera negligente o dolosa. Así, el art. 1107 CC dice que "los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento", añadiendo que "en caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

La aplicación práctica de los arts. 1106 y 1107 CC a la hipótesis de incumplimiento de una donación obligacional plantea interesantes aplicaciones prácticas. A primera vista, puede parecer un tanto extraño que el donatario reclame indemnización por lucro cesante, habida cuenta del carácter gratuito del contrato, aunque no puede descartarse por completo, lo que deberá ser determinado a la vista de las circunstancias concurrentes. En cuanto a la conducta subjetiva del deudor, y la influencia que tiene en el alcance de la indemnización, hemos de insistir en que, según nuestro punto de vista, la moderación de la responsabilidad del deudor a título gratuito comporta que solo deba responder el donante que haya incurrido en dolo y en culpa o negligencia grave[1215]. Entendemos que en todo supuesto de entrega tardía debe presumirse que existe culpa grave del donante, salvo que este último acredite lo contrario, en virtud del principio de facilidad probatoria[1216]; y que cuando el donante se haya comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas, su conducta debe ser incardinada en el dolo. También deberá reputarse como dolosa la negativa injustificada del donante a entregar la cosa donada. Quizá el supuesto más cuestionable será aquel en el que el donante deba responder por pérdida o destrucción de la cosa debida, ya que en algunas

que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido"; STS de 6 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7238, RJ 2009\522; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel): "La indemnización de daños por incumplimiento del contrato -tanto en la modalidad de pérdidas sufridas, como en la de ganancias dejadas de obtener- ha de ser equivalente a la suma que ponga a la parte perjudicada en la situación más semejante posible a aquella en que se hubiera encontrado si el contrato hubiera sido debidamente cumplido

[1215] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 8.2.

[1216] Según el art. 217.7 LEC, para aplicar las reglas relativas a la carga de la prueba, "el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

ocasiones será apreciable culpa grave, mientras que en otros casos será posible considerar que la culpa ha sido leve[1217].

Como se deduce de lo expuesto en el apartado precedente, la compatibilidad con el cumplimiento específico y con el cumplimiento por equivalente permitiría al donatario solicitar al donante incumplidor una indemnización comprensiva de los daños y perjuicios efectivamente causados. En todo caso, el mero incumplimiento de la entrega de la cosa donada no comporta automáticamente la producción de un daño, por lo que corresponderá al donatario acreditar la existencia del perjuicio y su concreta cuantificación[1218]. La normativa procesal es concluyente al respecto, en la medida en que el art. 217.2 LEC afirma que "corresponde al actor (…) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda".

[1217] El art. IV.H.–3:205 enuncia diversos criterios a tomar en consideración para determinar la cuantía de la indemnización por daños del donante:
"(1) La indemnización por daños cubre los daños sufridos por el donatario que haya actuado en la creencia razonable de que el donante cumpliría sus obligaciones.
(2) El juez podrá fallar una indemnización suplementaria en concepto de indemnización por daños si se considera justo y razonable dadas las circunstancias.
(3) Para determinar qué es justo y razonable a los efectos del apartado (2), deberá tenerse en cuenta, entre otras cosas y aparte del título gratuito del contrato:
(a) las declaraciones y actos de las partes;
(b) el propósito del donante al efectuar la donación; y
(c) las expectativas razonables del donatario.
(4) La cantidad total de la indemnización por daños según el presente Artículo no puede exceder de la suma que colocaría a la parte perjudicada prácticamente en la misma posición que si el donante hubiera cumplido debidamente sus obligaciones".
Realmente, estos criterios son de poca ayuda. El primero de ellos dispone que habrá que tener en cuenta si el donatario creyó que el donante iba a cumplir sus obligaciones; lo cual es ocioso, dado que el contrato de donación obligacional es vinculante y coercible. El último viene a señalar que la indemnización no podrá terminar provocando un enriquecimiento injusto a favor del donatario, lo cual es obvio. Así las cosas, los dos criterios intermedios apelan a tomar en consideración lo justo y razonable, teniendo en cuenta en todo caso el carácter gratuito del contrato. A nuestro entender, con ello simplemente se está facultando al Juez a moderar la responsabilidad del donante, atendiendo a que es un deudor a título gratuito. Sin embargo, los criterios son bastante imprecisos, lo que obligará a tomar en consideración las circunstancias concurrentes cuando el donatario reclame daños y perjuicios al donante por haber incumplido sus obligaciones contractuales. Así las cosas, la propuesta del DFCR, a efectos prácticos, es igual de imprecisa que la facultad moderadora *ex* art. 1103 CC.

[1218] Fue muy clara al respecto la STS de 30 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3108, RJ 2002\4038; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz): "El perjuicio -daño emergente y lucro cesante- debe ser objeto de prueba, tanto más cuanto en casos, como el presente, en que es negado por la parte contraria. Así lo han expresado sentencias modernas: 13 de mayo de 1997: la indemnización de daños y perjuicios a que se refiere la normativa contenida en el artículo 1101 del Código Civil no va ineludiblemente ligada o es consecuencia necesaria del incumplimiento...; 31 de diciembre de 1998: ...hay ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios; 28 de diciembre de 1999: el incumplimiento contractual no genera «per se» el desencadenamiento inexorable de los daños y perjuicios y su reparación; incumbe al reclamante la carga procesal «u onus probandi» de su demostración y concreción".

c) Daños y perjuicios en deuda dineraria

Finalmente, si la donación obligacional tiene por objeto una cantidad de dinero, resultará aplicable el art. 1108 CC, a tenor del cual "si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal"[1219].

Así lo decidió la SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011[1220], que condenó al donante incumplidor a pagar intereses desde la fecha de interposición de la demanda con fundamento en el art. 1108 CC. No obstante, es probable que el Tribunal tomase dicha decisión constreñido por el principio de congruencia, pues en rigor el pago de los intereses debería haber sido impuesto al donante incumplidor desde la fecha en que debió haber entregado el dinero, pues desde entonces incurrió en mora (art. 1100 CC)[1221].

8.5 Responsabilidad por saneamiento

8.5.1 Planteamiento

El art. 1461 CC dice que "el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta". En consonancia con ello, el art. 1474 CC dispone que "en virtud del saneamiento a que se refiere el artículo 1.461, el vendedor responderá al comprador: 1.º De la posesión legal y pacífica de la cosa vendida. 2.º De los vicios o defectos ocultos que tuviere". Así las cosas, la obligación de saneamiento del vendedor se desdobla en dos ámbitos: la responsabilidad por evicción (que según el art. 1475 CC se producirá "cuando se prive al comprador, por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra, de todo o parte de la cosa comprada") y la responsabilidad por vicios ocultos (que a tenor del art. 1484.1 CC consiste en "los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen

[1219] En el mismo sentido, el art. IV.H.-3:206 del DFCR señala que "si se demora el pago de una cantidad de dinero, el donatario tendrá derecho a percibir intereses según el Artículo 3:708 (Intereses de demora) del Libro III".

[1220] SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011 (ECLI:ES:APZA:2011:346, JUR 2011\348790; ponente Andrés Manuel Encinas Bernardo).

[1221] Según ATAZ LÓPEZ, en una donación obligacional, la demora en la entrega de una cantidad de dinero no debería conllevar el pago de intereses de demora, "tal y como venía establecido en Derecho histórico en donde estaba previsto expresamente que el donante no debiera pagar intereses por su retraso" (ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", *cit.*, p. 188). No citó este autor la fuente de su aserto, que reconocemos no haber sido capaces de contrastar ni en la normativa ni en las obras de los autores hispanos de la Edad Moderna.

impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella").

Sin embargo, el CC no impone al donante la obligación de saneamiento. Por el contrario, el art. 638 CC dice que "el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Éste, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa, en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen".

En la doctrina[1222] y en la jurisprudencia[1223] es habitual despachar esta cuestión afirmando que la exclusión de la obligación de saneamiento referida en el art. 638 CC es lógica, habida cuenta del carácter gratuito de la donación. Y aunque el precepto solo se refiere literalmente a la responsabilidad por evicción, la doctrina entiende que el donante tampoco debe responder frente al donatario por los vicios ocultos de la cosa donada[1224].

[1222] APALATEGUI OCEJO, PEDRO Y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, *cit.*, p. 627; MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit.*, p. 128; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 272; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 338-339; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4860; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit.*, pp. 689-690.

[1223] La SAP de València (Sección 9ª) de 27 de abril de 2016 (ECLI:ES:APV:2016:2104, JUR 2016\155264; ponente Beatriz Ballesteros Palazón) contiene una extensa explicación sobre la *ratio* del art. 638 CC: "La sentencia se sustenta en el art. 638 CC. Este precepto dispone "El donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante. Este, en cambio, no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, salvo si la donación fuere onerosa en cuyo caso responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen". Partiendo que la donación consiste "en un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta" (art. 618 CC) y es una forma de adquirir la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes y derechos (art. 609 CC) lo cierto es que el donatario no adquiere más que aquello que ha sido concretamente donado. El hecho de que se adquiera el bien mueble donado, como en este caso, no quiere decir que el donatario se subrogue en los mismos derechos y acciones que ostentaría el donante frente a terceros. Y así resulta precisamente del art. 638 CC que limita la acción del donatario al supuesto de evicción. Es decir, el donante no responde frente al donatario en caso de evicción ni saneamiento (salvo pacto en contrario, que no consta), por lo que se permite al donatario subrogarse en la acción de evicción que pudiera corresponderle a aquél. La razón de ser de esta restricción de derechos y acciones radica en la propia naturaleza de la donación, que es un acto de liberalidad, es decir, donde se produce un empobrecimiento del donante y un correlativo enriquecimiento del donatario. Por tanto, en caso de pérdida de la cosa donada, no se produce empobrecimiento del donatario respecto su situación patrimonial previa a la donación. De ahí que el mismo precepto altere la regla en caso de donación onerosa, donde desaparece la mera liberalidad de la donación, supuesto en el que el donante responde en caso de evicción y saneamiento hasta el valor del gravamen, es decir, hasta donde empieza la liberalidad. Esta realidad se comprueba con la jurisprudencia, donde no existen supuestos de acciones ejercitadas por los donatarios fuera de los casos de evicción previstos en el art. 638 CC".

[1224] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit.*, p. 129; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 339; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4859.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la donación regulada en el CC es dispositiva o inmediatamente transmisiva, en tanto que la donación obligacional es un contrato atípico, en virtud del cual el donante asume frente al donatario la entrega de la cosa donada. Por tanto, a la vista de esta circunstancia, es obligado plantearse si la distinta mecánica transmisiva de la donación obligacional puede justificar dejar de lado el art. 638 CC, y, en su lugar, entender aplicable analógicamente la obligación de saneamiento por evicción y por vicios ocultos que el CC impone al vendedor. Desde luego, la cuestión es bastante más compleja de lo que parece a primera vista si se toman en consideración los antecedentes históricos en la materia.

8.5.2 Antecedentes históricos

Los antecedentes del Derecho romano relativos a la responsabilidad de saneamiento por evicción del donante no son unívocos, pues algunos autores del período clásico se pronunciaron a favor, y otros en contra[1225]. No obstante, parece que el planteamiento era favorable a la responsabilidad por evicción solo cuando el donante doloso tuviese conocimiento de que entregaba al donatario una cosa ajena. Así se desprende de CI 8.45.2, que decía que "tu abuelo, al donarte unos predios, dio caución de evicción de los mismos, puedes por virtud de la estipulación comparecer en juicio contra tus coherederos por causa de la evicción de los predios, por supuesto, en razón a la porción de herencia. Mas habiendo mediado nudo pacto, es lo cierto que de ninguna manera está obligado el donador por esta acción"; mientras que D 39.5.18, por el contrario, señalaba que "si alguno me hubiere donado una cosa ajena, y habiendo hecho yo en ella grandes gastos se me hiciera evicción de la misma, no me compete ninguna acción contra el donante; pero que si lo hizo con dolo, puedo tener contra él la acción de dolo".

Sin embargo, como puso de relieve VALLET DE GOYTISOLO, la doctrina castellana de la Edad Moderna entendía que la donación real o traslativa no engendraba obligación de saneamiento para el donante, a diferencia de la donación obligacional o promisoria, que sí que lo hacía[1226]. Este planteamiento, que ya no se basaba en la presencia o ausencia de dolo en el proceder del donante, era perceptible incluso en la doctrina especializada en materia de evicción; y así, DE GUZMÁN GENZOR afirmó que "cuando la donación comienza con una

[1225] KAMPHUISEN, PIETER WILHELMUS: "La garantie en cas d'éviction en droit romain hors du contrat de vente", *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 6, 1927, pp. 622-625.
[1226] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1215.

promesa, entonces el donante tiene la intención de obligarse", por lo que "responde por evicción"[1227], mientras que "cuando la donación comienza con la entrega, o dando, entonces la conclusión es que el donante no responde por evicción"[1228]. Esta línea de pensamiento también es apreciable en la doctrina aragonesa y valenciana de la época[1229].

Presupuesta la responsabilidad del donante en las donaciones obligacionales o promisorias, existía diversidad de opiniones doctrinales sobre su alcance[1230]. GÓMEZ entendió la responsabilidad del donante en un sentido amplio, postulando que en una donación promisoria el donante debía responder por evicción cuando entregase una cosa ajena, ya actuase conscientemente, ya por negligencia, tanto en bienes específicos como en bienes genéricos[1231]. En un sentido divergente, DE MOLINA defendió que el donante debía responder por evicción únicamente cuando la donación tuviese por objeto la entrega de una cosa indeterminada o genérica[1232].

El art. 956 del proyecto de CC de 1851, antecedente directo del art. 638 CC[1233], decía que "el donador no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, si no lo hubiere estipulado; pero el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que, en caso de evicción, pertenecerían al donante"[1234]. A pesar de ello, GARCÍA GOYENA, al comentar esta norma, pareció admitir el saneamiento en caso de dolo del donante, señalando que "la responsabilidad al saneamiento no tiene lugar sino en los contratos onerosos. Sin embargo, cuando el donador prometió una cosa genérica, y esta sale incierta, habrá lugar al

[1227] DE GUZMÁN GENZOR, ALFONSO: *Tractatus de evictionibus, in quo quaestionum practicarum utriusque fori ecclesiastici et secularis*, Joannis-Antonii Huguetan, Lyon, 1576, p. 142: "Quando donatio incipit à promissione, tunc donator habet animum se obligandi (…) teneatur de evictione". Traducción del autor.
[1228] DE GUZMÁN GENZOR, ALFONSO: *Tractatus de evictionibus, in quo quaestionum practicarum utriusque fori ecclesiastici et secularis*, *cit.*, p. 143: "Quando donatio incipit à traditione, seu datione, tunc concluditor, donatorem non teneri de evictione". Traducción del autor.
[1229] DIESTE Y JIMÉNEZ, MANUEL: *Diccionario del Derecho Civil aragonés (precedido de una introducción histórica)*, *cit.*, pp. 202-203; DE LLEÓ I GUIMERÀ, FRANCESC JERONI: *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae. Tomus Tertius*, *cit.*, ff. 91 i 91 v.
[1230] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1215.
[1231] GÓMEZ, ANTONIO: *Commentariorum variarúmque resolutionum Iuris Ciuilis, communis & Regii. Tomus Secundus de Contractibus*, *cit.*, p. 16 v.: "Si verò incipit à promissione indistincte teneatur de evictione modo scienter donauit rem alienam modo ignoranter modo in genere modo in specie". Traducción del autor.
[1232] DE MOLINA, LUIS: *De Iustitia, Tomus Secundus De Contractibus*, *cit.*, ff. 3-4.
[1233] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 612; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, *cit.*, p. 197.
[1234] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 399.

saneamiento, como sucede en igual caso respecto del legado, á pesar de ser título lucrativo"[1235].

Lo cierto es que los antecedentes históricos que hemos puesto de relieve se fueron diluyendo con el paso de los siglos. Buena prueba de ello es que la jurisprudencia del siglo XIX afirmó reiteradamente, a modo de cláusula de estilo, que la responsabilidad por evicción solo era exigible en los contratos onerosos[1236], aunque lo cierto en ningún caso hubo de pronunciarse sobre un supuesto de hecho en el que se reclamase el saneamiento en virtud de una donación.

8.5.3 Solución para el Derecho vigente

Si se analiza con detalle el CC, es perceptible que la responsabilidad por evicción no se circunscribe a los contratos y negocios gratuitos. Así, dejando al margen los arts. 638 y 1340 CC, relativos a la donación 'ordinaria' y a la donación por razón de matrimonio, los arts. 860 y 869.3.º CC se refieren a la responsabilidad por evicción del heredero en los legados de cosa indeterminada señalada solo por género o especie; y en sede de partición hereditaria, del art. 1071 CC se desprende que los coherederos están recíprocamente obligados a la evicción y al saneamiento de los bienes adjudicados, aunque proporcionalmente a su respectivo haber hereditario.

Sin embargo, como señaló acertadamente ORDUÑA MORENO, la responsabilidad por evicción contemplada en el art. 638 CC "no responde convincentemente ni a la variada casuística de la responsabilidad por evicción en los actos o negocios de atribución patrimonial lucrativa ni a los interrogantes y modalidades que la evolución histórica de este

[1235] GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, *cit.*, p. 301.

[1236] STS de 3 de febrero de 1863 (ECLI:ES:TS:1863:324, JC, t. 8, 30; ponente Sebastián González-Nandín Ágreda): "Aunque las disposiciones de esta ley se refieren al contrato de compra y venta, es doctrina inconcusa, que la obligación de sanear va unida, como condición esencial, a todo contrato oneroso"; STS de 31 de marzo de 1875 (ECLI:ES:TS:1875:76, JC, t. 31, 145; ponente José María de Cáceres y Robles): "La cesión de dicho pagaré, que debe reputarse como realizada por la misma mandante, fue por causa meramente lucrativa: que contra el mandatario no procede la demanda de saneamiento, ni ésta tampoco tiene lugar contra el verdadero trasferente en cesiones de carácter lucrativo"; STS de 31 de mayo de 1879 (ECLI:ES:TS:1879:434, JC, t. 41, 171; ponente Pedro Borrajo de la Bandera), que calificó de "doctrina inconcusa que la obligación de sanear es una condición natural ó inherente á todo contrato oneroso"; STS de 20 de marzo de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:200, JC, t. 54, 122; ponente Felipe Viñas y Vitoria): "Es doctrina inconcusa que la obligación de sanear va unida como condición esencial á todo contrato oneroso"; STS de 16 de abril de 1895 (ECLI:ES:TS:1895:840, JC, t. 77, 124; ponente Enrique Lassús y Font): "La obligación de satisfacer daños y perjuicios por razón de evicción y saneamiento, sólo existe, según la Ley 32, título 5.°, Partida 5.a, y la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, cuando el que recibió alguna cosa por consecuencia de un contrato oneroso"; STS de 26 de diciembre de 1896 (ECLI:ES:TS:1896:215, JC, t. 80, 91; ponente Pedro Lavín y Olea), que aludió al "derecho á exigir la evicción, efecto natural de los contratos onerosos".

instituto ha planteado", dado que "la responsabilidad por evicción que aplica nuestro Código a la donación como modo de adquisición del dominio es la que obedece, exclusivamente a la tipicidad de la donación real, es decir, a la traditoria o traslativa"[1237]. Y siguiendo esa línea de razonamiento, planteó sin ambages la cuestión que pretendemos dilucidar:

> "Nuestro Código Civil es fiel a estos antecedentes históricos en su esquema de donación traditoria o traslativa. En este sentido ya hemos adelantado cómo el art. 638 excluye, en principio, la responsabilidad por el saneamiento de las cosas donadas. Pero, por otra parte, la fidelidad de nuestro Código puede ponerse a prueba si nos planteásemos la responsabilidad por evicción en la donación obligacional. Ya que, en este caso, la exclusión de la responsabilidad por evicción del citado artículo no responde a los antecedentes aquí examinados"[1238].

Pues bien, a pesar de que los antecedentes históricos apuntan a que en una donación obligacional el donante sí que debería responder por saneamiento, a nuestro juicio la respuesta debe ser negativa en el Derecho vigente. Nuestra conclusión se fundamenta en el entendimiento de que el legislador ha excluido de manera deliberada y expresa la responsabilidad por saneamiento en las donaciones obligacionales. Así se desprende del art. 1340 CC, precepto que se refiere explícitamente a la donación obligacional[1239], diciendo que "el que diere o prometiere por razón de matrimonio sólo estará obligado a saneamiento por evicción o vicios ocultos si hubiere actuado con mala fe".

Desde nuestro punto de vista, no existe ninguna contradicción entre los arts. 638 y 1340 CC, como tampoco existe un régimen de responsabilidad distinto del donante en función de que la donación sea 'ordinaria' o por razón de matrimonio. Ciertamente, el art. 638 CC no contempla en ningún caso responsabilidad por evicción en las donaciones no onerosas. Pero el art. 1340 CC sí que la contempla cuando el donante "hubiere actuado de mala fe", lo que puede identificarse sin dificultad con la presencia de dolo, tal y como apuntan los antecedentes históricos en la materia. No tiene ningún sentido que la responsabilidad del donante doloso exista en una donación por razón de matrimonio y no en

[1237] ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER: *La responsabilidad por evicción y la partición de herencia (con el tratamiento de la jurisprudencia del T.S.*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 218.
[1238] ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER: *La responsabilidad por evicción y la partición de herencia (con el tratamiento de la jurisprudencia del T.S., cit.*, p. 220.
[1239] *Vide supra*, Capítulo Quinto, apartado 3.6.

una donación no matrimonial. Por tanto, el donante siempre deberá responder por saneamiento frente al donatario cuando actúe dolosamente (arts. 1102 y 1340 CC).

Así las cosas, en una donación obligacional, el donante solo responderá frente al donatario por saneamiento (tanto por evicción como por vicios ocultos) en los siguientes supuestos:

- Cuando el donante haya actuado dolosamente, lo que sucederá cuando: i) tenga conocimiento de que la cosa donada es ajena y de que expone al donatario a una acción reivindicatoria (evicción); y ii) cuando sea consciente de que la cosa donada tiene un defecto no apreciable a simple vista y se lo oculte deliberadamente al donatario (vicios ocultos)[1240].

  Obviamente, la responsabilidad por saneamiento solo será exigible una vez que el donatario haya tomado posesión de la cosa donada y se haya consumado la transmisión del derecho real[1241].

- Cuando las partes hayan pactado expresamente en el contrato de donación la responsabilidad por saneamiento. Aunque un pacto de tal naturaleza es infrecuente, es perfectamente posible, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, como ha

[1240] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 340-343; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, pp. 4861-4862.
El art. 531-13 del Código Civil de Catalunya, titulado "Saneamiento", establece en el apartado 1 la regla general, según la cual "los donantes no deben garantizar ni los defectos jurídicos ni los defectos materiales de los bienes donados". Sin embargo, el apartado 2 dice que "no obstante lo establecido por el apartado 1, los donantes, si entregan el bien sabiendo que es ajeno o conociendo sus defectos ocultos, deben indemnizar a los donatarios de buena fe por los perjuicios sufridos".
[1241] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 603: "No habría lugar a la responsabilidad por evicción mientras no se hubiera entregado la cosa donada".

señalado la doctrina[1242] y la jurisprudencia[1243], y así lo ponen de manifiesto los antecedentes históricos[1244] y el Derecho comparado[1245].

- Cuando la donación sea remuneratoria. En tal supuesto, tal y como dispone el art. 638 CC, "responderá el donante de la evicción hasta la concurrencia del gravamen".

Fuera de estos tres casos, el donante no responderá frente al donatario por saneamiento. Sin embargo, en todo caso "el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante" (art. 638 CC).

8.6 Supuestos de exoneración

En algunos supuestos excepcionales, el donante no incurrirá en responsabilidad contractual a pesar de no haber cumplido con su obligación de entrega. Así sucederá en los casos de caso fortuito y de fuerza mayor, de un lado, y de pérdida y destrucción de la cosa donada, de otro[1246]. También nos plantearemos si en la actualidad sería posible invocar una causa de exoneración adicional, históricamente conocida como beneficio de competencia.

[1242] MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, *cit.*, pp. 128-129; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, p. 277; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 343-345; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4863; GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", *cit.*, p. 690;

[1243] La STS de 24 de septiembre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:4812, RJ 1991\6061; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa) admitió que el donante pueda asumir voluntariamente la responsabilidad por saneamiento: "Las compañías donantes respondiesen del saneamiento y evicción (estipulación sexta), y en este aspecto, no cabe olvidar la libertad contractual que preconiza el artículo 1255; además, el artículo 638 no impide que la obligación de saneamiento pueda acompañar a donación distinta a la onerosa". También aludió implícitamente a la posibilidad de concertar un pacto de tales características la SAP de Murcia (Sección 1ª) de 10 de enero de 2012 (ECLI:ES:APMU:2012:50, JUR 2012\38655; ponente Cayetano Ramón Blasco Ramón): "El caso que nos ocupa no se trata de una compraventa, sino de una donación, si bien en estos casos el artículo 638 del c.c. establece la previsión de que el donatario se subroga en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante, caso de que no estuviera obligado a sanear este último por ser gratuita la donación".

[1244] El art. 956 del proyecto de CC de 1851 decía que "el donador no queda obligado al saneamiento de las cosas donadas, si no lo hubiere estipulado". *Vide* LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, *cit.*, p. 399.

[1245] El art. 797 del Código Civil italiano de 1942 dice que "el donante está obligado a responder frente al donatario, por la evicción que este pueda sufrir por las cosas donadas, en los casos siguientes: 1) si ha prometido expresamente la garantía; 2) si la fuga evicción depende de su dolo o de un acto personal cuyo; 3) si se trata de una donación que impone cargas al donatario, o de una donación remuneratoria, en cuyo caso la garantía es debida hasta el importe de las cargas o de la entidad de las prestaciones recibidas por el donante" ("il donante è tenuto a garanzia verso il donatario, per l'evizione che questi può soffrire delle cose donate, nei casi seguenti: 1) se ha espressamente promesso la garanzia; 2) se l'evizione dipende dal dolo o dal fatto personale di lui; 3) se si tratta di donazione che impone oneri al donatario, o di donazione rimuneratoria, nei quali casi la garanzia è dovuta fino alla concorrenza dell'ammontare degli oneri o dell'entità delle prestazioni ricevute dal donante"). Además, el art. 798 del Código Civil italiano añade que "salvo pacto expreso, la responsabilidad del donante no se extiende a los vicios de la cosa, a menos que el donante haya actuado con dolo" ("salvo patto speciale, la garanzia del donante non si estende ai vizi della cosa, a meno che il donante sia stato in dolo").

[1246] El art. IV.H.-3:204 DFCR también contempla una serie de supuestos en los que excluye el derecho a que el donatario perciba una indemnización por daños en caso de imposibilidad de cumplimiento. En primer lugar,

8.6.1 Caso fortuito y fuerza mayor

Dispone el art. 1105 CC que "fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables".

Es usual afirmar que la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor estriba en que el primero es imprevisible, y la segunda, además de imprevisible, es inevitable[1247]. En todo caso, la distinción no es trascendente en el ámbito contractual, en la medida en que el art. 1105 CC se refiere a ambos conceptos indistintamente.

Si el caso fortuito o la fuerza mayor impide el cumplimiento de la obligación de entrega, el donante quedará exonerado de responsabilidad, dado que el perjuicio sufrido por el donatario no resultará imputable, siempre que concurran una serie de requisitos[1248]:

"si el incumplimiento del donante se debe a un impedimento y si el donante no podía razonablemente esperar haber evitado o superado dicho impedimento o sus consecuencias", lo que puede equipararse al supuesto de pérdida o destrucción de la cosa donada no imputable al donante. Y en segundo lugar, se enuncia que "se aplicarán analógicamente los apartados (3) y (5) del Artículo 3:104 (Exoneración por imposibilidad del cumplimiento) del Libro III", lo que puede identificarse con el caso fortuito o la fuerza mayor.

[1247] Por su profusa argumentación, destaca la STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4688; ponente José María Gómez de la Bárcena y López): "Aunque en el terreno doctrinal es opinión dominante, con proyección al campo jurisprudencial, la que viene a identificar las figuras del caso fortuito y la fuerza mayor, algún otro sector de la doctrina civilista entiende, que existen diferencias entre uno y otra, consistentes en que los casos de fuerza mayor no sólo son imprevisibles, sino además inevitables o irresistibles (vis cui resisti non potest), manteniendo teorías subjetiva y objetiva, apreciando en la primera, que mientras el caso fortuito es el acontecimiento que no puede preverse, pero que previsto pudiera haber sido evitado, la fuerza mayor es el acontecimiento que aun cuando se hubiera previsto, habría sido inevitable, en cambio la segunda, atendiendo a la procedencia interna o externa del obstáculo impeditivo del cumplimiento de la obligación, configura al caso fortuito como acontecimiento que tiene lugar en el interior de la empresa o círculo afectado por la obligación, y a la fuerza mayor como el acaecimiento que se origina fuera de la empresa o círculo del deudor, con violencia insuperable tal que, considerado objetivamente, queda fuera de los casos fortuitos que deben preverse en el curso ordinario y normal de la vida, lo que conduce, en ambas apreciaciones, a que si en principio, y por punto general, la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor, no está expresamente recogida en nuestro C. Civ., y concretamente en su art. 1105, no obstante esa distinción es necesaria en determinados casos, como sucede en los supuestos de los arts. 1784 y 1905 de dicho Cuerpo legal, por tratarse de tipos cualificados".

[1248] A pesar de su antigüedad, es muy ilustrativa la STS de 7 de abril de 1965 (ECLI:ES:TS:1965:3190, RJ 1965\2118; ponente Federico Rodríguez Solano y Espín): "Para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el art. 1105 del Código Civil, es menester que en su acaecimiento concurran, entre otros, los siguientes requisitos: Que sea imprevisible, por exceder del curso normal de la vida (Sentencia 2 enero 194), o que previsto sea inevitable (Sentencia 23 marzo 1926), insuperable (Sentencia 17 junio 1964) o irresistible (Sentencia 10 noviembre 1924); que no se deba a la voluntad del presunto deudor (Sentencias 10 diciembre 1930, 20 junio 1950 y 9 mayo 1960); que por aplicación de los arts. 1182 y 1184 de dicho Cuerpo Legal, haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir, con arreglo a lo dispuesto en los 1093 y 1902 y siguientes de la misma Ley sustantiva; y que entre dicho resultado y el evento que lo produjo existe un nexo de causalidad eficiente, como indica la Sentencia de esta Sala de 4 junio 1902".

- Que el incumplimiento sea debido a un suceso impeditivo fuera de su esfera de control[1249].
- Que el suceso no sea razonablemente previsible en el momento de contratar[1250].
- Que se emplee la diligencia exigible para evitar el suceso impeditivo y sus consecuencias[1251].
- Que no se haya incurrido en mora (art. 1096.III CC).

La concurrencia de caso fortuito o de fuerza mayor como supuesto eximente es excepcional, en la medida en que también son excepcionales las causas que pueden provocar su existencia: actuaciones de los poderes públicos que impiden al deudor cumplir, modificaciones legislativas sobrevenidas e imprevistas, fenómenos meteorológicos extremos, incendios, terremotos, erupciones volcánicas, conflictos bélicos, atentados terroristas, levantamientos tumultuarios, epidemias, naufragios, o huelgas de duración y alcance desacostumbrados.

La carga de la prueba de la existencia de caso fortuito o fuerza mayor corresponderá al donante[1252].

[1249] STS de 9 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:825, RJ 1998\705; ponente Román García Varela): "La recurrente integra lo acaecido como un supuesto de caso fortuito, sin embargo, según reiterada doctrina jurisprudencial, éste, identificado con la fuerza mayor en el artículo 1105, es todo suceso culposo imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y, por tanto, realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del sujeto, de forma que para que tal suceso origine exención de responsabilidad es necesario que sea imprevisible e inevitable"; STS de 20 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:6105, RJ 2000\6754; ponente Alfonso Villagómez Rodil): "Ha de tratarse de una fuerza superior a todo control y previsión y que excluya toda intervención de culpa alguna por los recurrentes".

[1250] STS de 24 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8451, RJ 1999\9364; ponente José Ramón Vázquez Sandes): "La fuerza mayor como causa justificativa del incumplimiento en los contratos, ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención haciendo inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado".

[1251] STS de 18 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7792, RJ 2006\9171; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández): "La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos -S. 16 de febrero de 1988-; diligencia razonable -S. 5 de diciembre de 1992-; adecuada -S. 5 de febrero de 1991 y 2 de enero de 2006-; precisa -S. 31 de marzo de 1995-; debida -SS. 28 de marzo de 1994 y 31 de mayo de 1997-; necesaria -S. 8 de noviembre de 1999-), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal".

[1252] Según la STS de 18 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7792, RJ 2006\9171; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández), "la concurrencia de los requisitos para la aplicación del art. 1105 CC, es decir, la imprevisibilidad y la inevitabilidad exige una prueba cumplida y satisfactiva (Sentencias 28 de diciembre de 1997 y 2 de marzo de 2001), incumbiendo la carga de la prueba a quien alega la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor (SS. 31 de mayo de 1985; 11 de octubre de 1991; 31 de julio de 1996; 29 de diciembre de 1998; 8 de noviembre de 1999; 8 de febrero de 2000; 10 de octubre de 2002)". En idéntico sentido se pronunció la STS de 25 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:775, RJ 2010\1406; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz),

8.6.2 Pérdida y destrucción de la cosa donada

El art. 1182 CC dispone que "quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora".

La imposibilidad de entregar la cosa donada debe ser sobrevenida[1253], y provocará la extinción de la obligación y la exoneración del donante, únicamente cuando la pérdida o destrucción no le pueda ser imputada. La pérdida o destrucción puede ser material o jurídica, tal y como se deduce del art. 1184 CC. Para determinar si el donante incurrió en culpa o negligencia será necesario recurrir al art. 1104 CC, que se refiere a "la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar".

En la medida en que la exoneración sin haber ejecutado la prestación también constituye un supuesto excepcional, debe ser interpretado restrictivamente, por lo que deberá concurrir una circunstancia material o legal de carácter objetivo que impida el cumplimiento de la obligación de entrega: una situación que escape de la esfera de control del donante, a pesar de haber actuado de manera diligente y proactiva con el propósito de cumplir sus obligaciones[1254].

---

que dijo que la responsabilidad del deudor "se elimina si se prueba que tal incumplimiento se produjo por caso fortuito o fuerza mayor". El art. 217.2 LEC dice que "corresponde al actor (…) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda".

[1253] Si la imposibilidad de cumplir la prestación es originaria, el supuesto caerá en el ámbito de aplicación del art. 1272 CC, que dice que "no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles". La STS de 3 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1638, RJ 2009\1755; ponente Vicente Luis Montés Penadés) señaló que "el artículo 1272 CC no sería aplicable, ya que contempla los supuestos de la imposibilidad originaria, en el momento de la perfección contractual (formación del contrato) y determina, en relación con el artículo 1261.2 del Código civil, la nulidad del contrato (SSTS 26 de julio de 2000, 30 de abril de 2002, 21 de abril de 2006, etc.)". Más concisamente, la STS de 1 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1831, RJ 2013\3155; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel) dijo que "el artículo 1272 del Código Civil se refiere a la imposibilidad de cumplir que es originaria, no a la sobrevenida".

[1254] La STS de 30 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3107, RJ 2002\4041; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández) contiene un completísimo elenco de todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que el deudor pueda exonerarse de la obligación por imposibilidad sobrevenida: "1.-La regulación de los arts. 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar «ex» art. 1182, SS. 21 febrero 1991, 29 octubre 1996, 23 junio 1997) recoge una manifestación del principio «ad imposibilia nemo tenetur» (Sentencias 21 enero 1958 y 3 octubre 1959), que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles («impossibilium nulla obligatio est»: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor (Sentencias 15 febrero y 21 marzo 1994, entre otras); 2.-La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística atendiendo a los «casos y circunstancias» (Sentencias 10 marzo, 5 mayo 1986 y 13 marzo 1987), pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o

Por su parte, el art. 1183 CC dice que "siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario". Por tanto, la exoneración del donante por pérdida o destrucción de la cosa no es automática. La ley establece una presunción *iuris tantum*: se entenderá que el donante es responsable si estaba en posesión de la cosa donada, salvo que acredite que la imposibilidad de ejecutar la prestación no puede serle imputada por culpa o negligencia.

El art. 1186 CC contempla el denominado *commodum representationis*: "extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta". ¿Podría ejercitar tales acciones el donatario? A nuestro entender, la respuesta debe ser afirmativa. La finalidad del art. 1186 CC es evitar que el deudor que ha quedado liberado de su obligación por pérdida o destrucción de la cosa se enriquezca injustamente[1255]: por ejemplo, cobrando la

legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica (Sentencias, entre otras, 15 diciembre 1987, 21 noviembre 1958, 3 octubre 1959, 29 octubre 1970, 4 marzo, 11 mayo 1991 y 26 julio 2000); 3.-A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria (S. 6 octubre 1994), pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad (Sentencias, entre otras, 8 junio 1906, 10 marzo 1949, 6 abril 1979, 5 mayo 1986, 11 noviembre 1987, 12 mayo 1992, 12 marzo 1994 y 20 mayo 1997), ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia 6 octubre 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo (Sentencias, entre otras, de 15 y 23 febrero, 12 marzo y 6 octubre 1994); 4.-La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera (S. 13 marzo 1987) -que sólo tiene efectos suspensivos (S. 13 junio 1944)-, y la derivada de una situación accidental del deudor (S. 8 junio 1906); 5.-No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida (SS. 22 febrero 1979 y 11 noviembre 1987); 6.-Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible (Sentencia 20 marzo 1997). La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él (Sentencias 2 enero 1976 y 15 diciembre 1987), o le es imputable (Sentencias 7 abril 1965, 7 octubre 1978, 17 enero y 5 mayo 1986, 15 febrero 1994, 20 mayo 1997), y existe culpa cuando se conoce la causa (Sentencias 15 febrero y 23 marzo 1994, 17 marzo 1997, y 14 diciembre 1998), o se podía conocer (S. 15 febrero 1994), o era previsible (SS. 7 octubre 1978, 15 febrero 1994 y 4 noviembre 1999), aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya (S. 23 febrero 1994). La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca; 7.-No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor (Sentencias 8 junio 1906, 7 abril 1965, 6 abril 1979, 12 marzo 1994, 20 mayo 1997, entre otras). La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento; y, 8.–Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad (art. 1182; y S. 23 febrero 1994)".

[1255] Existe muy escasa jurisprudencia sobre el art. 1186 CC. Por ello, resulta destacable la SAP de Madrid (Sección 10ª) de 13 de julio de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:9324, JUR 2002\270845; ponente Ángel Vicente Illescas Rus), que abordó el supuesto de hecho exhaustivamente: "Dispone el art. 1.186 del Código Civil que: "extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta". La justicia intrínseca del mismo ha sido alabada unánimemente por la doctrina al resaltar que, de no existir la misma, el deudor que queda libre por la pérdida fortuita de la cosa debida, resultaría más favorecido que aquél que accede a tal situación a través de la entrega de la misma, ya que podría retener todo lo que los terceros debieran por razón de su participación dolosa o culposa (o en función de garantía o seguro) en el acaecimiento de esa situación negativa. El planteamiento procede de antiguo y

indemnización por la expropiación del bien que se comprometió a donar[1256], o la indemnización de la compañía aseguradora comprensiva del valor del bien sustraído o destruido que se comprometió a donar, o la indemnización pagada por los terceros causantes de la pérdida o destrucción de los bienes donados. Si el donante queda exonerado de su obligación de entrega, es de todo punto ilógico que termine beneficiándose de dicha circunstancia. Por ello, el donatario ha de poder ejercitar contra terceros las acciones correspondientes que tengan su origen en la pérdida o destrucción de la cosa donada que finalmente no le fue entregada.

8.6.3 Beneficio de competencia

El beneficio de competencia era el derecho que tenían algunos deudores por razón de parentesco, relaciones, estado, liberalidad o desgracia a no ser obligados a más de lo que pudiesen pagar o hacer después de atender a su propia subsistencia[1257].

Según PRADO RODRÍGUEZ, el denominado beneficio de competencia, en el campo de las donaciones, hundía sus raíces en el Derecho romano, y obedecía al siguiente planteamiento:

---

obedece a considerar que si un acontecimiento ocasiona la desventaja de impedir el cumplimiento de la prestación y al mismo tiempo la ventaja de generar algún derecho o acción patrimonialmente estimable, esta última debe corresponder a aquélla de las partes que experimente el periculum obligationis; de manera tal que si, como es ordinario, el acreedor debe soportar la imposibilidad sobrevenida de la prestación (incommodum obligationis), así también tiene derecho a todo lo que se obtenga como consecuencia del hecho causante de la incomodidad (commodum representationis), y no sólo cuando proceda de hecho ilícito de tercero, sino también cuando derive de cualquier acontecer que determine la imposibilidad de la prestación, tal como destrucción por incendio, expropiación forzosa, privación y, en general, siempre que el deudor obtenga un provecho (vgr una indemnización) consecuencia de lo que fue objeto de la obligación".

[1256] La SAP de Asturias (Sección 4ª) de 10 de julio de 2000 (ECLI:ES:APO:2000:2885, AC 2000\1627; ponente Arturo Merino Gutiérrez) se pronunció en un supuesto de expropiación: "La interpretación que cabe hacer del artículo 1.186 del Código Civil incluso permitiría al acreedor, que pierde la cosa que debía entregársele por la expropiación, el ejercicio de la acción correspondiente contra la entidad expropiante para obtener el precio de la expropiación. El fin de la norma es básicamente la protección del acreedor, paliando en lo posible el perjuicio sufrido y evitando el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho".

[1257] En las Partidas se reconocía este beneficio a diversos deudores: i) por razón de parentesco y relaciones, a los ascendientes respecto de los descendientes y viceversa, a los hermanos, a los socios entre sí, a los cónyuges, a los suegros y a los patronos respecto de los cautivos a quienes dieron libertad; ii) por razón de su estado, los títulos, militares, demás empleados públicos y clérigos, a quienes suele dejarse una parte de sus rentas o sueldos para su manutención, destinándose el resto a la satisfacción de la deuda; iii) por razón de liberalidad, al donante respecto del donatario; y iv) por calamidad o desgracia, a aquellos que no pudiendo satisfacer sus deudas por infortunios o contratiempos inevitables, se ven obligados a hacer cesión de sus bienes, y si llegan después a mejor fortuna no quedan obligados a cubrir el resto de sus deudas con el absoluto abandono de cuanto adquieren, sino solo con la parte que no necesitan para vivir según su estado. *Vide* ESCRICHE Y MARTÍN, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, *cit.*, p. 428.

> "Ante el incumplimiento de lo prometido por parte del donante, en el Derecho Romano clásico y justinianeo se admitió la posibilidad de que, respecto a la demanda judicial instada por el donatario y dirigida a solicitar el cumplimiento de lo prometido, se le condene al *promissor* en el límite de sus posibilidades económicas (*condemnatio in id quod reus facere potest*), con la que éste podía cumplir de manera parcial su obligación, es decir, con lo que tuviere en ese momento, hasta ver mejorada su situación económica, y que la dogmática jurídica ha denominado como *beneficium competentiae*"[1258].

En P.5.4.4 se reconocía expresamente el beneficio de competencia[1259]:

> "Quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos. Pero esto se deue entender desta guisa, que si aquel que la donacion ha de complir, fuesse tan rico, que aya de lo que le fincare, tanto de lo suyo como que pueda bien beuir: de guisa que non aya que demandar lo ageno: estonce es tenudo en todas guisas, de la dar complida mente. Mas si por auentura non le fincasse de que pudiesse biuir, si lo compliesse, estonce non seria tenudo de cumplir la donación".

Así las cosas, el beneficio de competencia consistía en la posibilidad de que el donante pudiese eximirse parcial y temporalmente de su obligación de entregar la cosa donada, si no le quedaban bienes suficientes y tenía que recurrir a los bienes ajenos para poder vivir[1260].

Como tuvimos ocasión de comentar al analizar los antecedentes legislativos de la donación, el beneficio de competencia solo podía tener sentido en una donación obligacional o promisoria, dado que en una donación dispositiva no podía plantearse la posibilidad de que el donante intentase eximirse de la obligación de entrega de la cosa donada[1261].

Planteados así los antecedentes históricos de la figura, la pregunta que surge es evidente: ¿podría en la actualidad excusarse el donante en el beneficio de competencia con

---

[1258] PRADO RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS: "Incumplimiento de la donación promisoria y *beneficium competentiae*: Bases romanistas de su recepción en el Código civil de Bello", *cit.*, pp. 638-639.

[1259] La STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22; JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano) aplicó el beneficio de competencia a una donación, señalando que "la ley 4.ª, tít. 4.º, Partida 5.ª hace depender la obligación de entregar lo que se ha donado de que al donante le queden o no bienes suficientes para subsistir".

[1260] VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *cit.*, p. 1216; PRADO RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS: "Incumplimiento de la donación promisoria y *beneficium competentiae*: Bases romanistas de su recepción en el Código civil de Bello", *cit.*, p. 659.

[1261] *Vide supra*, Capítulo Segundo, apartado 3.1.1.c).

la finalidad de incumplir, al menos parcialmente, y de manera justificada, su obligación de entregar la cosa donada?

Parte de la doctrina se ha mostrado receptiva a esta posibilidad. Así, CASTAÑOS CASTRO, aun sin aludir en ningún momento al *beneficium competentiae*, estimó razonable que el donante pudiese desistir justificadamente de la donación obligacional si entre la perfección de la donación y el momento de la entrega de la cosa donada su patrimonio disminuyese de manera considerable, especialmente si el cumplimiento de la obligación conllevase la pobreza para el donante y para su familia, y siempre que no se llegase a dicha situación debido a su propia culpa o negligencia[1262].

Desde nuestro punto de vista, el donante no puede escudarse en su situación de pobreza o necesidad para intentar justificar el incumplimiento de la entrega de la cosa donada, en la medida en que el ordenamiento jurídico permite adoptar medidas preventivas y correctivas para prevenir situaciones de tales características.

En primer lugar, si se admitiese ese planteamiento, la *necessitas*, principio fundamental del Derecho patrimonial derivado de la fuerza de ley de los contratos y de la prohibición del desistimiento unilateral (arts. 1091 y 1256 CC), quedaría seriamente comprometido.

En segundo lugar, es perfectamente posible introducir en el contrato de donación obligacional una condición resolutoria expresa, de tal forma que la situación de necesidad sobrevenida del donante y de sus allegados provoque la resolución del contrato y la restitución de la cosa donada, en el supuesto de que la donación ya se haya consumado.

En tercer lugar, si el donante o las personas que de él dependen pudiesen llegar a encontrarse en situación de necesidad en caso del cumplimiento, estarían en condiciones de solicitar la reducción de la donación obligacional al amparo del art. 634 CC, en la medida en que no se habrían reservado lo suficiente para vivir con arreglo a sus circunstancias[1263]. Además, hay que tener en cuenta que la estimación de la acción de reducción (que provocará una disminución de lo que se deberá entregar sin contrapartida)[1264] supondrá, a efectos prácticos, una situación incluso mejor para el donante y sus allegados que el beneficio de

[1262] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 192-193, 200-201.
[1263] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 12.3.
[1264] *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 12.3.2.

competencia[1265] (que comportaría no entregar de momento una parte o la totalidad de la cosa donada, a la espera de una mejora económica, pero sin que ello conlleve una disminución o reducción lo que se debe entregar).

En cuarto lugar, la normativa procesal permite evitar la total insolvencia del donante al menos en cierta medida. En este sentido, el art. 606 LEC declara el carácter inembargable de una serie de bienes del ejecutado[1266]; el art. 607.1 LEC dice que "es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional"; el art. 607.2 LEC ordena que los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embarguen conforme a una determinada escala[1267]; y el art. 607.4 LEC permite que el Letrado de la Administración de Justicia pueda aplicar una rebaja de entre un diez a un quince por ciento en los porcentajes de la escala "en atención a las cargas familiares del ejecutado". Tales medidas sociales no existían cuando los ordenamientos jurídicos reconocieron expresamente el beneficio de competencia.

En quinto lugar, el donante que no pueda hacer frente a la entrega de la cosa debida debido a su insolvencia actual o inminente está obligado a solicitar la declaración del concurso de acreedores[1268]. Es más, en el marco del procedimiento concursal, sería posible

---

[1265] VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, *cit.*, pp. 169-170.

[1266] El art. 606 LEC, titulado "Bienes inembargables del ejecutado", dice así: "Son también inembargables:
1.º El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.
2.º Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.
3.º Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.
4.º Las cantidades expresamente declaradas inembargables por Ley.
5.º Los bienes y cantidades declarados inembargables por Tratados ratificados por España".

[1267] Art. 607.2 LEC: "Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:
1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.
2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.
3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100.
4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.
5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100".

[1268] El art. 2.1 LC dice que "la declaración de concurso procederá en caso de insolvencia del deudor", mientras que el art. 2.3 LC señala que "la insolvencia podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia actual el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles. Se encuentra en estado de

incluso rescindir la donación obligacional por ser perjudicial para la masa activa[1269], sobre todo teniendo en cuenta que la LC presume, *iuris et de iure*, que los actos de disposición a título gratuito son perjudiciales[1270].

En sexto lugar, los arts. 496 a 502 LC, dentro de ciertos límites, y cumpliendo determinados requisitos, admiten la exoneración del pasivo insatisfecho del concursado persona física, cuya consecuencia es la imposibilidad de que los acreedores puedan ejercitar ningún tipo de acción frente el deudor para su cobro (art. 490.1 LC). En suma, la normativa concursal permite alcanzar un resultado incluso más favorable para el deudor que el que se derivaría del beneficio de competencia.

En séptimo lugar, aunque es cierto que el CC admite en algunos casos el desistimiento del deudor en contratos típicamente gratuitos, los supuestos no son asimilables. El art. 1736 CC permite el desistimiento unilateral del mandatario, poniéndolo en conocimiento del mandante, aunque deberá indemnizar los daños y perjuicios causados al mandante, a no ser que la renuncia venga motivada por la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento. Y el art. 1776 CC permite que el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito pueda devolver al depositante la cosa depositada, y si el depositante se negase, podrá solicitar la consignación judicial. Dejando de lado que el CC permite el desistimiento unilateral del mandatario y del depositante, aunque perciban una remuneración por el ejercicio de sus funciones, y a pesar de que es natural que tanto el mandante como el depositante elijan al mandatario y al depositario a la vista de sus cualidades y de la confianza que tengan depositada en él, lo bien cierto es que cuando el mandatario y el depositario desisten, sus obligaciones pueden ser asumidas por terceras personas. Esto no sucede en la donación obligacional, porque es un contrato con finalidad traslativa: solo el donante podrá cumplir con la obligación principal, la entrega de la cosa donada, con la finalidad de transmitir el dominio u otro derecho real (arts. 609.II y 1095

insolvencia inminente el deudor que prevea que dentro de los tres meses siguientes no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones".

[1269] El art. 226.1 LC dice que "son rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la solicitud de declaración de concurso, así como los realizados desde esa fecha a la de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta".

[1270] El art. 227 LC, titulado "presunciones absolutas de perjuicio", señala que "el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso".

CC), pues solo él tendrá o podrá llegar a tener capacidad para disponer de la cosa donada y transmitirla (art. 1160 CC).

No puede negarse que existen propuestas normativas que abogan por la revocación de la donación si el donante cae en situación de pobreza[1271], y que incluso el Código Civil de Catalunya así lo contempla[1272]. Pero actualmente, las causas de revocación de las donaciones en el CC son las que son, y como ha quedado apuntado, existen diversas medidas, tanto preventivas como correctivas, satisfactorias para el donante, tendentes a evitar que termine en una situación de indigencia como consecuencia del cumplimiento de la donación. Por ello, nuestra postura es que en una donación obligacional el donante no puede escudarse en el carácter gratuito del contrato o en una situación de necesidad sobrevenida para desistir unilateralmente ni para incumplir sus obligaciones.

9. Múltiples donaciones obligacionales de la misma cosa

9.1 Planteamiento

La perfección de la donación obligacional no transmite al donatario el dominio sobre la cosa donada, sino que obliga al donante a entregársela; solo la conjunción del título

[1271] El art. 459-4.1.c) de la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL permite la revocación de la donación, entre otros motivos, en la "pobreza del donante", especificando que "se considera que el donante se encuentra en situación de pobreza cuando tendría derecho a alimentos de parientes si estos pudiesen proporcionarlos, o cuando tendría derecho a subsidios o ayudas públicas para atender a su sustento y el de aquellos que puedan exigirle alimentos legales o establecidos judicialmente". (ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 541).
Por su parte, el art. IV.H.–4:202 del DFCR, denominado "empobrecimiento del donante", dice así:
"(1) El contrato de donación de bienes podrá revocarse si el donante no puede mantenerse con su propio patrimonio o sus propios ingresos.
(2) El donante no puede mantenerse si:
(a) tiene derecho a reclamar manutención de un tercero que pudiera proporcionársela; o
(b) tiene derecho a ayuda social.
(3) El derecho de revocación quedará suspendido si el donatario mantiene al donante de la forma a la que tiene o tendría derecho según el apartado (2).
(4) El donante que no pueda mantenerse en el sentido del apartado (1) o que de forma inminente no vaya a poder hacerlo podrá suspender el cumplimiento de cualquier obligación prevista en el contrato que aún no se haya cumplido. El apartado (3) se aplicará analógicamente al derecho a suspender el cumplimiento. Si el donante suspende el cumplimiento, el donatario podrá resolver la relación contractual".
[1272] El art. 531-15.1 del Código Civil de Catalunya dice que "los donantes, una vez han conocido la aceptación de la donación por los donatarios, solo pueden revocar la donación por alguna de las siguientes causas: (...) e) La pobreza de los donantes, sin perjuicio del derecho de alimentos que corresponda legalmente. Se entiende por pobreza la falta de medios económicos de los donantes para su congrua sustentación".

(contrato) y del modo (entrega o tradición) producirá la transmisión del derecho real (arts. 609.II y 1095 CC).

El carácter obligatorio del contrato permite que el donante pueda celebrar dos o más contratos de donación obligacional, comprometiéndose frente a varias personas a transmitirles el mismo bien sin recibir nada a cambio. Estas hipotéticas situaciones obligan a determinar cuál de los pretendidos adquirentes se convierte en propietario de esa misma cosa que el mismo donante se obligó a entregar a varias personas de manera sucesiva.

Para poder responder al interrogante planteado, analizaremos los antecedentes históricos sobre la materia; expondremos cuál es la actual interpretación jurisprudencial acerca del art. 1473 CC; valoraremos si es posible aplicar analógicamente el art. 1473 CC en supuestos de múltiples enajenaciones, en los que al menos uno de los contratos transmisivos sea una donación obligacional; y finalmente, ofreceremos la solución al problema planteado, distinguiendo en función del carácter mueble o inmueble de las cosas donadas a diversos adquirentes.

9.2 Antecedentes históricos

Existen antecedentes normativos en los que se contemplaba expresamente la solución para determinar cuál de los adquirentes prevalecía, cuando al menos una de las enajenaciones fuese una donación.

9.2.1 Derecho romano

En CI 3.32.15, la doble venta y la doble donación se regulaban de la siguiente manera:

> "Es evidente en derecho, que siempre que en forma legal se vende por completo un predio a dos personas, es preferida para retener el dominio aquella a quien primero se le entregó. Si, pues, hubieres probado ante el presidente de la provincia, que en tiempo anterior compraste la posesión y pagaste el precio, no consentirá que seas expulsado de la posesión bajo el pretexto de que no se han entregado las escrituras. Estará, no obstante, en tu arbitrio recibir con los intereses el precio que pagaste, pero de suerte que se tengan en cuenta los frutos percibidos y los gastos; puesto que también si a título de donación reivindicáis ambos el dominio de la cosa, es justo que se considere preferido aquel a quien le fue entregada primero la posesión del suelo".

Esta norma ofrecía una solución idéntica al conflicto existente entre dos compradores y entre dos donatarios, concediendo preferencia a aquel que antes hubiese recibido la

entrega. No se preveía expresamente el conflicto entre un adquirente a título oneroso y un adquirente a título gratuito[1273], aunque de la regulación se desprende que la solución sería la misma, prevaleciendo el primer adquirente en tomar la posesión de la cosa.

9.2.2 Derecho navarro

Así, en el Derecho navarro, a falta de previsión expresa en el ordenamiento del Reino, se aplicaba la regla prevista en CI 3.32.15, de tal forma que ante una colisión entre dos donatarios se convertía en dueño el que primero a quien fuese entregada la cosa donada[1274]. No obstante, tras la entrada en vigor del CC, la doctrina defendía la aplicación analógica del art. 1473.II CC, entendiendo que prevalecía el donatario que hubiese inscrito su donación en el Registro de la Propiedad, si el bien donado era inmueble; y si ninguno de los donatarios hubiese llegado a poseer la cosa donada, también se aplicaba de manera supletoria el art. 1473.III CC, adquiriendo el derecho real el donatario cuyo contrato fuese de fecha más antigua[1275].

9.2.3 Dret tortosí

Els Costums de Tortosa regulaven de manera expressa la resolució del conflicte que es produïa si un mateix donant havia celebrar un contracte de donació amb dues persones distintes. CT VIII.XI.VIII deia:

> "Donacio que sia feyta d'alguna cosa e no sia lliurada, si en apres aquel donador d'aquela matexa cosa fa donacio a altre, y eyl li liura la cosa, lo darrer donatari, ço es aquel, a qui la cosa es liurada, es feyt e es senyor de la cosa".

Així doncs, la norma oferia la següent solució: quan s'haguera fet donació d'una mateixa cosa a diferents persones, adquiria el domini el primer donatari al qual el donant haguera lliurat la cosa donada, amb independència de què el seu contracte de donació fora el primer o el segon celebrat[1276]. El paral·lelisme de la solució amb el Dret romà és ben evident.

[1273] PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL: *La doble venta y la misma disposición de una misma cosa (la teoría del "iter" pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición "a non domino")*, Signo, Barcelona, 1990, pp. 64-65.

[1274] ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra, cit.*, pp. 104-105.

[1275] ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra, cit.*, p. 105.

[1276] OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo III*, *cit.*, p. 185.

9.2.4 Proyecto de CC de 1851

En el proyecto de CC de 1851, la doble disposición estaba regulada en dos normas distintas. El art. 982 decía que "cuando por diversos contratos se haya uno obligado a entregar la misma cosa a diferentes personas, la propiedad se transfiere a la persona que primero haya tomado posesión de la cosa con buena fe, si fuere mueble: siendo inmueble, se estará a lo dispuesto en el artículo 1859"[1277]. El referido art. 1859 del proyecto era del siguiente tenor: "cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título"[1278].

9.3 Delimitación del supuesto

El supuesto de hecho consistente en una pluralidad de donaciones obligacionales de la misma cosa debe ser convenientemente perfilado, dado que en ocasiones se alude a la "doble donación" haciendo referencia a dos donaciones dispositivas cuyo objeto sea la transmisión de la misma cosa, situación bien distinta a la que nos ocupa.

9.3.1 Delimitación negativa

Cuando exista un conflicto entre dos donaciones dispositivas, o entre una donación dispositiva y una donación obligacional, no se puede producir la misma problemática que plantean dos o más donaciones obligacionales sucesivas de la misma cosa. Cabe distinguir tres supuestos diferentes.

a) Donación dispositiva seguida de donación dispositiva

Constituye una hipótesis del todo imposible, como ha señalado la doctrina[1279]. La razón es evidente: puesto que la donación regulada en el CC es un negocio jurídico dispositivo o inmediatamente transmisivo, cuando el donante haya donado un bien suyo a una persona, si vuelve a donar ese mismo bien a otra persona, la segunda donación sería una

[1277] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, p. 401.
[1278] LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, p. 480.
[1279] PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL: *La doble venta y la misma disposición de una misma cosa (la teoría del "iter" pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición "a non domino")*, *cit.*, p. 98; RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *La doble venta y la doble disposición*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 206; DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, p. 127; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, p. 626.

donación de cosa ajena, que sería nula en virtud de lo dispuesto en el art. 635 CC, por lo que no podría plantearse ningún conflicto adquisitivo. Si el segundo donatario llegase a poseer la cosa donada, el primer donatario, en su condición de propietario, podría ejercitar contra aquel la acción reivindicatoria (art. 348.II CC)[1280].

La SAP de Alicante/Alacant (Sección 6ª) de 19 de febrero de 2004[1281] señaló que "en el caso de sucesivas donaciones de una misma cosa, como es el que nos ocupa, no se da el conflicto que trata de resolver el art. 1473 en relación con la compraventa", en atención a la distinta mecánica transmisiva de la donación regulada en el CC.

b) Donación obligacional seguida de donación dispositiva

En este caso, es posible distinguir dos hipótesis:

- Si la donación obligacional ya se ha consumado, en virtud de la entrega o tradición de la cosa donada, el donatario habrá adquirido el bien, y la donación dispositiva posterior será nula por tener por objeto una cosa ajena (art. 635 CC).
- Si la donación dispositiva se perfecciona antes de que el donante haya entregado al donatario la cosa donada, ambos negocios serían válidos: la donación dispositiva habrá operado la transmisión del dominio, mientras que la donación obligacional tendrá por objeto de manera sobrevenida una cosa ajena, de tal modo que solo podría llegar a ser cumplida si el donante adquiere la cosa que se comprometió donar de la persona que la adquirió en virtud de la donación dispositiva, pudiéndosela entregar al primer donatario; en caso contrario, el donante incurrirá en responsabilidad contractual.

c) Donación dispositiva seguida de donación obligacional

No supone tampoco doble donación. Como la donación dispositiva siempre transmite la titularidad de los bienes donados en el mismo momento de su perfección, la donación obligacional posterior siempre tendrá por objeto una cosa ajena. Ambos negocios jurídicos son plenamente válidos, pero el cumplimiento de la donación obligacional dependerá de que

[1280] MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit.*, p. 2137: "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".

[1281] SAP de Alicante/Alacant (Sección 6ª) de 19 de febrero de 2004 (ECLI:ES:APA:2004:446, JUR 2004\83269; ponente José María Rives Seva).

el donante pueda adquirir del primer donatario el dominio de la cosa que se comprometió a entregar al segundo donatario.

La STS de 25 de julio de 1996[1282] declaró inaplicable el art. 1473 CC a un supuesto muy parecido al enunciado. Se celebró una donación dispositiva de bien inmueble cumpliendo con las formalidades previstas en el art. 633 CC, y posteriormente, el donante vendió el mismo bien inmueble a un tercero. El Tribunal Supremo entendió acertadamente que no era posible aplicar el art. 1473 CC para resolver el litigio entre el donatario y el comprador, pues no se trataba de una doble venta, sino de una venta de cosa ajena.

9.3.2 Delimitación positiva

En rigor, existen múltiples donaciones obligacionales cuando se cumplen los siguientes requisitos: i) dos o más donaciones obligacionales celebradas de manera sucesiva[1283]; ii) que ambas donaciones obligacionales sean válidas[1284]; iii) un único donante;

[1282] STS de 25 de julio de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:4640, RJ 1996\5572; ponente Francisco Morales Morales): "Aunque a efectos mera y exclusivamente dialécticos se admitiera que el artículo 1473 del Código Civil contempla los supuestos de doble transmisión de una misma cosa a diferentes personas, aunque alguna de dichas transmisiones lo hubiera sido por título distinto del de venta, tampoco podría ser aplicado dicho precepto a la cuestión debatida en este proceso, ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que la tipificación de la doble venta, contemplada en el citado precepto, requiere para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma".

[1283] Aunque el art. 1473 CC parece tomar en consideración la existencia de dos compradores conflictuales, no hay inconveniente para entender que el precepto también resuelve el hipotético conflicto entre más de dos adquirentes. Además de que los arts. 982 y 1859 del proyecto de CC de 1851 así lo atestiguan, no debe olvidarse que el art. 1096.3.º CC dice expresamente que "si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega".

[1284] En cuanto a la necesidad de que los dos contratos sean válidos, cabe mencionar la STS de 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6232; RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda), que analizó un supuesto en el que se había donado en documento privado una concesión administrativa para el uso de suelo en un cementerio municipal, y posteriormente el donante vendió esa misma concesión a otra persona. El Tribunal Supremo señaló que la concesión administrativa es un bien inmueble según el art. 334.10 CC, motivo por el cual la donación debería haberse realizado en escritura pública, a tenor de lo dispuesto en el art. 633 CC: "Nos encontramos ante dos contratos de donación de bienes inmuebles como son las concesiones administrativas para el uso del suelo de los cementerios municipales que hacen los Ayuntamientos a los particulares para el cumplimiento del servicio público a que tales bienes municipales están destinados (art. 344.10 del Código Civil); a tal calificación como donación de los títulos en que los litigantes fundan sus derechos no es obstáculo el incumplimiento del requisito de forma que, con carácter ad solemnitatem, establece para los mismos el art. 633 del Código Civil. Esta calificación jurídica de los negocios jurídicos en cuestión, hace inaplicable al caso el art. 1473 del Código Civil aun en forma analógica, ya que tal precepto, además de ser excepcional, regula la transferencia de la propiedad en el contrato de compraventa, transferencia que requiere, de acuerdo con el art. 609 del Código Civil, la concurrencia del título y el modo, no bastando, por tanto, el contrato de compraventa por sí sólo para que se produzca la transmisión del dominio si no va seguida por la tradición, en cualquiera de las formas admitidas en derecho; por el contrario, como entiende actualmente la doctrina predominante no es necesaria la tradición para la transmisión de la propiedad por donación". Al adolecer de la forma esencial requerida para su validez, la donación dispositiva era nula, y no podía existir colisión entre adquirentes, por lo que no era posible aplicar analógicamente el art. 1473 CC. La Sala afirmó que "aunque se estimase

iv) diferentes donatarios; v) que las donaciones tengan por objeto la transmisión total o parcial del mismo bien[1285]; y vi) que el donante no haya entregado al primer donatario la cosa donada, pues en tal caso existiría una donación obligacional de cosa ajena respecto del segundo donatario.

9.4 Aplicación analógica del art. 1473 CC

Una vez identificado el supuesto de hecho consistente en múltiples donaciones obligacionales sobre el mismo bien, hay que determinar cuál de los sucesivos donatarios adquirirá el dominio sobre la cosa donada.

Varios autores se han opuesto a que el art. 1473 CC pueda ser aplicado analógicamente para resolver el conflicto entre dos adquirentes a título gratuito, aunque para fundamentar su conclusión han utilizado argumentos diversos.

Tras constatar que la donación regulada en el CC tiene carácter dispositivo, y no obligacional, PETIT SEGURA afirmó:

> "El concurso entre dos o más donaciones sobre una misma cosa se soluciona otorgando preferencia al donatario que primero formule (art. 629) o haga conocer al donante (art. 623) su aceptación, cumpliéndose los requisitos formales "ad substantiam" necesarios para la validez de su respectiva donación, es decir, el donatario primero (salvo que su donación sea ineficaz) es siempre preferido.
>
> La aplicación del sistema del título y el modo, como uno de los componentes del art. 1473 CC, da lugar, por tanto, a la desestimación de la analogía para referirlo a negocios a título gratuito, lo cual determina directamente su inaplicación al concurso de dos o más donaciones sobre una misma cosa"[1286].

---

analógicamente aplicable el art. 1473 al caso de donaciones sucesivas, es de tener en cuenta que esa aplicación requiere que los contratos en juego sean válidos, requisito que no se da en el presente caso en que las donaciones realizadas por doña Leonor N. a cada una de las litigantes han de reputarse inexistentes al no haberse otorgado en escritura pública como con carácter de esencialidad establece el art. 633 del Código Civil para la donación de bienes inmuebles".

[1285] STS de 29 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1722, RJ 2019\2179; ponente María de los Ángeles Parra Lucán): "La aplicación del art. 1473 CC precisa una identidad en el objeto ("si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores..."). Esa identidad también se da cuando, como sucedió en el caso de la sentencia 928/2007, de 7 de septiembre, el objeto de las dos ventas no es totalmente coincidente porque con ocasión de la primera se segregó de la finca matriz una porción que fue la que se vendió, mientras que en la segunda compraventa se vendió la totalidad de la finca".

[1286] PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL: *La doble venta y la misma disposición de una misma cosa (la teoría del "iter" pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición "a non domino")*, *cit.*, pp. 97-98.

Estimamos que el parecer de PETIT SEGURA fue acertado, en la medida en que se limitó a señalar que, ante un eventual conflicto entre donaciones dispositivas, o entre una donación dispositiva y un contrato transmisivo situado dentro del ámbito de aplicación de la teoría del título y el modo, el art. 1473 CC no sirve para ofrecer ninguna solución. De hecho, ya hemos mostrado nuestra conformidad con dicha conclusión[1287]. Lo que este autor no abordó es qué sucedería si la donación tuviese carácter obligacional, ya que en tal supuesto la mecánica transmisiva en juego sería la misma que la de la compraventa. Y esta es precisamente la cuestión que pretendemos dilucidar.

RUBIO GARRIDO también se opuso a la aplicación analógica del art. 1473 CC a los negocios gratuitos, con la siguiente argumentación:

> "Cuando uno de los títulos dispositivos que ha confeccionado el (ex) titular de una cosa es de naturaleza gratuita o lucrativa, estimamos que no es factible aplicar analógicamente el art. 1.473 C.c.
>
> La razón que nos guía para ello no es la hipotética naturaleza de la donación como modo de adquirir y no de contrato, puesto que, a más de ser discutible, es un dato irrelevante a estos efectos. (…)
>
> El motivo que alienta nuestra negativa es simplemente la falta de identidad de razón, ya que el supuesto de hecho de este precepto, de forma inequívoca, involucra a dos contratos contradictorios entre sí, con causa onerosa, lo que no se cumple cuando una donación está implicada"[1288].

Ciertamente el art. 1473 CC regula expresamente el conflicto entre varios compradores, y es obvio que el contrato de compraventa tiene carácter oneroso. Sin embargo, la compraventa es el contrato más prolijamente regulado de todo el CC, debido a su honda significación e importancia en el tráfico jurídico; de ahí que el CC regule en sede de compraventa normas extrapolables a otros contratos: piénsese, por ejemplo, en los modos de entrega, regulados en los arts. 1462 a 1464 CC. Desde nuestro punto de vista, el art. 1473 CC fundamenta la resolución del problema que se suscita entre sucesivos adquirentes a la luz de la doctrina del título y el modo, siendo irrelevante que los sucesivos contratos o negocios traslativos imbricados en el problema tengan carácter oneroso o gratuito. A mayor abundamiento, el propio RUBIO GARRIDO reconoció que "la polémica tiene alcance práctico

[1287] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 9.3.1.
[1288] RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *La doble venta y la doble disposición*, *cit.*, pp. 204-205.

solo respecto de las donaciones mobiliarias no manuales y las inmobiliarias en que se ha excluido el valor traditorio de la escritura pública"[1289], para los cuales no ofreció ninguna solución, y que coinciden precisamente con los supuestos en los que puede existir una donación obligacional.

A nuestro entender, es acertado defender que el art. 1473 CC debe ser aplicado analógicamente para resolver el conflicto que se plantea cuando un mismo donante ha celebrado múltiples donaciones obligacionales sucesivas sobre el mismo bien, y es necesario determinar cuál de los donatarios ha adquirido el dominio de la cosa donada. Los argumentos que respaldan nuestro planteamiento son los siguientes:

- A la vista de los antecedentes históricos, para resolver los conflictos entre dos donaciones, o entre una donación y otro contrato transmisivo, se confería prevalencia al adquirente a quien antes se hubiese entregado la cosa, o al que hubiese inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, con independencia de que los contratos en colisión tuviesen carácter oneroso o gratuito. No advertimos razón alguna para desmarcarnos de este principio arraigado en nuestra tradición jurídica.
- El art. 1473 CC no se fundamenta en el carácter oneroso de las adquisiciones en conflicto, sino en la aplicación de la teoría del título y el modo[1290]. En la medida en que la donación obligacional transmite el derecho real con arreglo a dicho sistema adquisitivo, las soluciones que ofrece el art. 1473 CC sirven perfectamente para resolver quién será el adquirente que prevalecerá entre dos o más donatarios obligacionales, pues existe identidad de razón, debido a que ambos contratos tienen en común que el vendedor y el donante asumen la obligación de entregar la cosa que se comprometieron a transmitir.
- La jurisprudencia ha admitido la aplicación analógica del art. 1473 CC para determinar cuál de los adquirentes triunfaba ante sucesivos contratos o negocios transmisivos distintos. Dejando de lado el conflicto entre permutantes, que se debe resolver con

[1289] RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *La doble venta y la doble disposición*, *cit.*, p. 206.

[1290] STS de 7 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5823, RJ 2007\5303; ponente Francisco Marín Castán): "El artículo 1473 del Código Civil no altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario, es decir, por quien en principio tenía poder de disposición, ofrece una serie de soluciones, según las casos, al estricto problema de cuál de los dos o más compradores vencerá definitivamente en la controversia sobre el dominio de la cosa comprada, pues no debe olvidarse la ubicación del artículo 1473 precisamente en la sección del Código que trata "De la entrega de la cosa vendida", dentro del capítulo correspondiente a las obligaciones del vendedor"

arreglo a los criterios del art. 1473 CC en virtud de la remisión del art. 1541 CC[1291], el Tribunal Supremo ha aplicado analógicamente el art. 1473 CC para resolver conflictos adquisitivos en los que existían contratos distintos a la compraventa[1292]: tanteo[1293], cesión de crédito[1294], subasta judicial[1295] o dación en pago[1296]. A mayor abundamiento, existe jurisprudencia que se ha referido al art. 1473 CC como un supuesto de doble transmisión, sin circunscribir su aplicación exclusivamente al contrato de compraventa[1297].

[1291] STS de 13 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:356, RJ 1956\3442; ponente Obdulio Siboni Cuenca).
[1292] MOLINA GARCÍA, ANTONIO: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 38-43; PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL: *La doble venta y la misma disposición de una misma cosa (la teoría del "iter" pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición "a non domino")*, *cit.*, pp. 89-100; RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *La doble venta y la doble disposición*, *cit.*, pp. 190-199.
[1293] STS de 21 de octubre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:372, RJ 1961\3316; ponente Eduardo Ruiz García Carrillo): "Por hallarse en pugna con lo que manda el artículo 1.473 del Código Civil, preceptos aplicables todos a los hechos probados y establecidos en el fallo combatido a los que el juzgador puede y debe aplicarlos a virtud del principio iuria novit curia», aparte de la procedencia de la desestimación del motivo por la confusión (…) por no expresar el concepto de la infracción que en el motivo segundo se denuncia, ni concretar la prohibición que establece, a un nuevo y distinto comprador, sino que la extiende a todo acto de transmisión que no sea el mismo proyectado, determinante de la notificación de tanteo".
[1294] STS de 31 de diciembre de 1909 (ECLI:ES:TS:1909:445, JC, t. 116, 130; ponente Tomás Domínguez Abarrategui): "La nota más saliente del pleito á que se refiere el presente recurso consiste en que D. Augusto de Cacho ostenta un título perfectamente legítimo de su derecho á la mitad del crédito reconocido por Gosálvez y otros á favor de D. Antonio Santonja, consistente en la escritura de cesión del mismo de 27 de Enero de 1904, y á su vez Doña Josefa Cabana posee otro igualmente legítimo, procedente de la adjudicación que de la totalidad del referido crédito se la hizo en pago de deudas que tenía contra Santonja, en juicio ejecutivo después de una subasta judicial, estando consiguientemente reducida la cuestión á resolver á qué título ha de darse preferencia y con qué condición; (…) sobre esta base, y con tales antecedentes, aparece indiscutiblemente que siendo dueño Cacho de la referida mitad del crédito total, y estando en posesión del mismo como podía estarlo, dada la naturaleza incorpórea del bien de que se trata, fué adjudicado íntegramente á Doña Josefa Cabana como si fuera de la propiedad de su deudor D. Antonio Santonja, lo cual equivale, como caso más análogo al de la doble venta hecha por el propietario de un bien mueble, á dos distintas personas sin relación alguna con el de la adquisición en venta pública de un bien mueble perdido ó sustraído porque en ningún sentido y aspecto pudo sostenerse que la mitad del referido crédito se hubiera extraviado ni sido sustraído hallándose como se hallaba el título original en poder de Santonja, por lo que al realizarse el embargo de éste el juicio ejecutivo aparte la analogía indicada, es como frecuentemente acontece cuando se embargan indebidamente bienes de un tercero sobre los que éste conserva la integridad de su derecho para hacerle valer en la forma que proceda".
[1295] STS de 29 de julio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5477, RJ 1999\5909; ponente José Almagro Nosete): "La similitud del caso, con los supuestos de «doble venta» a que se refiere el Código Civil en su artículo 1473, obliga a tomar en cuenta su solución adaptada al presente caso y salvadas las diferencias entre unas ventas voluntarias y unas enajenaciones forzosas, pero, como donde existe la misma razón idéntica debe ser la regla aplicable".
[1296] STS de 29 de noviembre de 1928 (ECLI:ES:TS:1928:1335, JC, t. 186, 70; ponente Diego María Crehuet del Amo): "Los casos de doble venta mediante entrega o confesión de precio o dación en pago, no pueden ser resueltos por otras normas que las que establece el artículo 1.473 del Código civil".
[1297] STS de 30 de junio de 1955 (ECLI:ES:TS:1955:176, RJ 1955\2482; ponente Francisco Eyré Varela): "Sin que tampoco sea aplicable el artículo 1.473 en atención a que aquí no se da el supuesto a que se refiere por no haber dos transmisiones de una misma cosa según las conclusiones de hecho de la sentencia"; STS de 13 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:356, RJ 1956\3442; ponente Obdulio Siboni Cuenca): "El motivo tercero del recurso se produce al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley rituaria civil, atribuyendo a la sentencia infracción legal por no aplicación del artículo 1.473 del Código Civil, que se refiere

- Es posible que alguien se obligue a entregar la misma cosa a distintas personas en virtud de dos o más contratos obligacionales gratuitos: piénsese en una donación obligacional seguida de un contrato de préstamo consensual sin interés, en un préstamo consensual sin interés seguido de una donación obligacional, o en dos préstamos consensuales sin interés sucesivos. Todos estos supuestos constituyen potenciales conflictos entre adquirentes a título gratuito, a los que el Derecho debe brindar una solución clara, en salvaguarda del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).
- De no aplicarse el art. 1473 CC de forma analógica, el problema consistente en resolver cuál de los adquirentes a título gratuito ha adquirido el dominio sería irresoluble, dado que no existe ninguna otra norma en el CC que ofrezca criterios para dirimir cuál de los acreedores de dominio debe triunfar.
- Finalmente, el recurso analógico al art. 1473 CC constituye la única solución que ha sido señalada por la doctrina que se ha planteado el eventual conflicto de adquisiciones que se puede suscitar entre varios donatarios obligacionales[1298].

9.5 Resolución de la problemática suscitada por múltiples donaciones obligacionales

Una vez aclarado que procede aplicar analógicamente los criterios enunciados en el art. 1473 CC para determinar, ante dos o más donaciones obligacionales sucesivas, cuál de los donatarios debe triunfar en la adquisición, ofreceremos la solución correspondiente, distinguiendo en función del carácter mueble o inmueble de los bienes donados, tal y como hace el referido precepto. Para dilucidar si los bienes donados son bienes o inmuebles deberán aplicarse las reglas contenidas en los arts. 334 a 336 CC.

9.5.1 Bienes muebles

El art. 1473.I CC resuelve el conflicto adquisitivo para las sucesivas transmisiones de bienes muebles señalando que "si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble". En consecuencia, adquirirá el derecho real el donatario

al supuesto de doble transmisión, y establece normas para otorgar la preferencia en la adquisición de los transmitidos, más su planteamiento en el recurso constituye una cuestión nueva".

[1298] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: "Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de julio de 1996", *Revista de Derecho Privado*, núm. 81, 1997, pp. 501-510; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: "Pluralidad de actos de disposición de una misma cosa, alguno o varios de los cuales sean donaciones", *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006, pp. 3-8; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 617-629.

que primero haya entrado en posesión del bien donado, aunque su contrato fuese posterior al de otros donatarios.

Incluso en el eventual supuesto de que alguna de las donaciones obligacionales constase en escritura pública, hay que recordar que dicha forma no puede comportar ningún efecto transmisivo ficticio (art. 1462.II *in fine* CC)[1299], por lo que habrá de determinarse la fecha de adquisición con arreglo a un traspaso posesorio posterior a la fecha de firma de la escritura de donación obligacional.

9.5.2 Bienes inmuebles

Los párrafos segundo y tercero del art. 1473 CC contienen diversas reglas para determinar qué adquirente triunfa en función de si se ha producido o no la inscripción registral del inmueble en cuestión.

a) En presencia de inscripción registral

El art. 1473.II CC dice que "si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro".

En este punto, debemos reiterar que la escritura de donación obligacional no puede llevar anudado efecto transmisivo inmediato, dado que la obligación de entrega debe ser, en todo caso, o bien una obligación a término, o bien una obligación suspensivamente condicionada[1300], y que como consecuencia derivada de ello, en el Registro de la Propiedad solo será posible inscribir la adquisición del derecho real a favor del donatario cuando este haya consumado el *iter* adquisitivo, tras la entrega de la cosa donada (arts. 609.II y 1095 CC; art. 2 LH)[1301].

Así las cosas, siempre prevalecerá el donatario que haya adquirido el derecho real en virtud del traspaso posesorio de la cosa donada, y que, además, haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad.

En el eventual supuesto de que el segundo donatario entre en posesión de la cosa donada después que el primero, y a pesar de actuar con buena fe, inscriba en el Registro de la Propiedad, no prevalecerá sobre el primer donatario, debido a que al tiempo de la entrega el donante ya no tenía capacidad para disponer, por lo que entró en posesión de una cosa

[1299] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.d).
[1300] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.d).
[1301] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 7.5.

ajena, y el art. 34 LH no atribuye al adquirente a título gratuito ninguna situación de irreivindicabilidad[1302]. En esta hipótesis, el primer donatario podrá ejercitar una acción contradictoria del dominio y solicitar la cancelación de la inscripción realizada a favor del segundo donatario (art. 38 LH), dado que este último solo goza de la protección del art. 32 LH, pero no de la protección del art. 34 LH[1303].

b) En ausencia de inscripción registral

El art. 1473.III CC dice que "cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe". Por tanto, hay que distinguir dos posibles supuestos.

Si ninguno de los donatarios ha inscrito su derecho real en el Registro de la Propiedad, adquirirá la cosa donada aquel que haya entrado antes en posesión de la cosa donada.

Si ninguno de los donatarios ha llegado a entrar en posesión de la cosa donada, adquirirá el donatario cuyo contrato de donación obligacional sea de fecha más antigua. Este extremo será fácilmente acreditable, pues las donaciones obligacionales de bienes inmuebles

[1302] MONTERO LEÓN afirmó que "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" (MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *cit.*, p. 2138). Estamos conformes con que los arts. 606 y 32 LH consagran el principio de inoponibilidad, y que el donatario que inscribe queda protegido registralmente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, los arts. 606 y 32 LH de ninguna manera permiten sostener una inscripción registral *a non domino* por parte del donatario. El párrafo segundo del art. 1473 CC se limita a resolver el conflicto adquisitivo, penalizando al donatario que, a pesar de haber adquirido el derecho real en virtud de la donación obligacional seguida de la entrega o tradición, no haya inscrito en el Registro de la Propiedad su título. Pero la inscripción de ninguna manera supone el reconocimiento de una adquisición *a non domino* con origen en un título gratuito inscrito, ya que tal posibilidad está expresamente rechazada en el párrafo tercero del art. 34 LH, que dice que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

[1303] La solución es distinta cuando uno de los títulos adquisitivos en conflicto tenga carácter oneroso, pues en tal caso la jurisprudencia admite la adquisición de cosa ajena con la finalidad de conciliar el art. 1473.II CC con el art. 34 LH. *Vide infra*, Capítulo Sexto, apartado 9.6.

siempre deben formalizarse en escritura pública, so pena de nulidad[1304], y en ellas siempre constará la fecha, por imperativo de la normativa notarial[1305].

9.5.3 La exigencia de buena fe del adquirente en todos los supuestos

A pesar de que el art. 1473 CC solo alude a la buena fe en sus párrafos primero y tercero, la jurisprudencia, de manera reiterada, ha exigido la buena fe en todos los supuestos de colisión entre adquirentes. La STS de 11 de diciembre de 2012[1306] señaló al respecto lo siguiente:

> "Debe estimarse la aplicación incorrecta que en el presente caso realiza la Sentencia de Apelación respecto del Instituto de la prescripción, especialmente en relación a la inobservancia del papel rector que debe jugar el principio de buena fe como exigencia en el ejercicio de los derechos, artículo 7.1 del Código Civil, referenciado en el cumplimiento de los criterios de ética social en las relaciones jurídicas y su natural proyección en los deberes de rectitud, honradez y lealtad en los tratos y en su consecuente interpretación y ejecución.
>
> En efecto, una aplicación del citado principio, formulado con este carácter general, se observa en la propia configuración de la figura de la doble venta en donde pese a no mencionarse el criterio de la buena fe en el segundo párrafo del artículo 1473 del Código Civil, supuesto de que la misma cosa vendida a varios compradores fuera inmueble, la doctrina jurisprudencial de esta Sala, conforme a los propios antecedentes del precepto, 928 del Proyecto de García Goyena, es constante en su exigencia al adquirente que quiera hacer valer la inscripción de su derecho en el Registro".

Esta misma Sentencia explicó que la buena fe del adquirente "comporta desde su concepción ética y social un canon básico de conducta diligente o de conocimiento que excede a la mera creencia de un hecho o situación como puro estado psicológico, de forma que la protección registral no resulta aplicable cuando la ignorancia o desconocimiento, ya de la inexactitud del Registro, o bien de los vicios o defectos que afecten a la titularidad del propietario, es imputable a la mala fe o negligencia del adquirente que conoció o debió

[1304] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 5.5.4.a).
[1305] Según el art. 24.I LN, "en todo instrumento público consignará el Notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos, y el lugar, año y día del otorgamiento".
[1306] STS de 11 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9198; RJ 2013\4350; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).

conocer dicha irregularidad ante hechos o indicios claros, manifiestos o inequívocos al respecto".

Además, la buena fe exigida por el art. 1473 CC tiene una doble dimensión, positiva y negativa, como tuvo ocasión de destacar la STS de 13 de noviembre de 2009[1307]:

> "El concepto de buena fe aplicado al caso de la doble venta consiste en ignorar que la cosa había sido vendida a otro. No es un estado de conducta como ocurre en las obligaciones y contratos sino de conocimiento: el creer o ignorar si la situación registral es o no exacta, respecto a la titularidad registral: así lo expresa la sentencia de 27 de septiembre de con remisión a otras anteriores. Y añade la de 22 de diciembre de 2000 que el concepto de buena fe en materia de propiedad y derechos reales consiste, en su aspecto positivo, en la creencia por parte de quien pretende ampararse en la protección registral, de que la persona de quien adquirió la finca de que se trate era dueño de ella y podía transmitirle su dominio y, en su sentido negativo, en la ignorancia y desconocimiento de inexactitudes o de vicios invalidatarios que puedan afectar a la titularidad del enajenante, por lo que carecen de tal cualidad quienes tienen noticia perfecta de la situación extratabular o de las posibles causas capaces de enervar el título de su transferente (por todas, sentencia de 19 de julio de 1989".

En cuanto al momento en que debe concurrir la buena fe, la jurisprudencia la exige a lo largo de todo el proceso adquisitivo: en la celebración del contrato, en la consumación del contrato y, en su caso, en la inscripción registral[1308].

La inexistencia de buena fe altera las soluciones expuestas con anterioridad. Resulta muy ilustrativa la STS de 3 de junio de 2016[1309], que ofreció un cuadro completo con las soluciones a las que conduce la aplicación del art. 1473 CC en ausencia de buena fe del pretendido adquirente[1310]:

[1307] STS de 13 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7119, RJ 2010\104; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz).

[1308] STS de 27 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5044; RJ 2012\7419; ponente Antonio Salas Carceller): "La aplicación de tal doctrina al supuesto ahora enjuiciado lleva a que la resolución del caso deba obtenerse mediante la aplicación de lo dispuesto por el artículo 1473 del Código Civil y, en definitiva, a que frente al mero criterio temporal de adquisición de la propiedad -que favorecería al demandante- deba prevalecer el de la inscripción registral siempre que por parte del titular inscrito haya mediado buena fe en la adquisición y también en el momento de la inscripción". En el mismo sentido, *vide* PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL: *La doble venta y la misma disposición de una misma cosa (la teoría del "iter" pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición "a non domino")*, *cit.*, p. 126.

[1309] STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2576, RJ 2016\2320; ponente Ángel Fernando Pantaleón Prieto).

[1310] Como es lógico, las referencias de la Sentencia a la compraventa y al comprador deben entenderse realizadas a la donación obligacional y al donatario.

> "En la «doble venta» de una cosa mueble, el segundo comprador primero en la posesión sin buena fe no triunfa, a tenor del artículo 1473.I CC, sobre el primer comprador, aunque éste, por falta del requisito del modo o tradición de la cosa, no había adquirido todavía la propiedad de ésta (arts. 609.II in fine y 1095 in fine CC). Y lo mismo sucede, conforme al párrafo tercero del repetido artículo 1473, en la «doble venta» de inmueble «cuando no haya inscripción». Y aun cuando haya inscripción del segundo comprador sin buena fe, también triunfa el primer comprador, aunque no haya adquirido antes la propiedad por no haberle entregado el «doble vendedor» el inmueble de que se trate".

9.6 Resolución del conflicto entre donaciones obligacionales y otros títulos onerosos

También es posible que se plantee un conflicto adquisitivo entre una donación obligacional y un contrato adquisitivo oneroso. El supuesto no es irrazonable, pues es perfectamente posible que una misma persona haya actuado sucesivamente como enajenante de la misma cosa a título oneroso y gratuito: por ejemplo, celebrando con dos personas distintas un contrato de donación obligacional y un contrato de compraventa, o a la inversa.

Como veremos a continuación, la eventual colisión de intereses entre un adquirente a título gratuito y un adquirente a título oneroso no supone necesariamente que el segundo triunfe sobre el primero[1311].

9.6.1 Bienes muebles

El párrafo primero del art. 1473 CC dice que cuando una misma cosa mueble hubiese sido enajenada a diferentes compradores, se convertirá en propietario el adquirente que primero haya tomado posesión de ella con buena fe.

En este supuesto no existe ninguna preferencia del adquirente oneroso sobre el gratuito: prevalecerá el que haya adquirido el derecho real en virtud de la conjunción del título con el modo.

9.6.2 Bienes inmuebles

[1311] En un sentido completamente opuesto, el art. 413-3 de la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, al regular la doble transmisión, dice que "si el conflicto se plantea entre una transmisión a título oneroso y otra a título gratuito la propiedad pertenece a quien haya adquirido onerosamente con buena fe". La Exposición de Motivos se limita a señalar que "se ha considerado oportuno introducir una regla de preferencia a favor de las adquisiciones onerosas". *Vide* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, pp. 519, 176. Se trata de una opción de política legislativa, que no ha asumido la normativa actualmente vigente.

a) En presencia de inscripción registral

A la hora de resolver el conflicto adquisitivo entre un adquirente a título gratuito y un adquirente a título oneroso, es fundamental tomar en consideración la actual interpretación jurisprudencial relativa al segundo párrafo del art. 1473 CC.

La STS de 5 de marzo de 2007[1312], dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, afirmó la plena validez de la venta de cosa ajena, e interpretó que el art. 1473.II CC debe interpretarse de manera armónica con el art. 34 LH, de tal forma que la ley reconoce el derecho del adquirente a título oneroso y de buena fe que inscriba su título en el Registro de la Propiedad, a pesar de que su transmitente no tuviese poder de disposición sobre la cosa enajenada:

> "La doctrina sobre el artículo 34 de Ley Hipotecaria que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala; y segundo, que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente".

La STS de 7 de septiembre de 2007[1313], por su parte, afirmó que no es necesaria una cierta proximidad cronológica de las dos transmisiones que entran en conflicto:

> "No hay ya una verdadera razón de peso para excluir del ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil las dos o más ventas de un mismo inmueble separadas por un considerable período de tiempo; dicho de otra forma procede fijar la doctrina de esta Sala en el sentido de que la aplicación del artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de "una cierta coetaneidad cronológica" entre las dos o más ventas en conflicto. De un lado, porque el propio precepto ya prevé que el primer comprador haya tomado posesión de la cosa antes que el segundo, consumándose por tanto la primera venta, desde la perspectiva de las obligaciones

[1312] STS de 5 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1192, RJ 2007\723; ponente Francisco Marín Castán).
[1313] STS de 7 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5823, RJ 2007\5303; ponente Francisco Marín Castán).

> del vendedor, mediante la tradición material (artículo 1462 del Código Civil, párrafo primero), y sin embargo la propiedad acabe perteneciendo a quien compró luego la misma cosa mediante un contrato intrínsecamente válido, plasmado en escritura pública (tradición instrumental, artículo 1462 del Código Civil, párrafo segundo), e inscribió su adquisición en el Registro. De otro, porque así se logra la concordancia del artículo 1473 del Código Civil tanto con los artículos 606 y 608 del propio Código como con la Ley Hipotecaria: con su artículo 34, si la finca estaba inscrita a nombre del doble vendedor y el primer comprador no ha inscrito su adquisición; y con su artículo 32, si la finca no estaba inscrita, el primer comprador no inscribe su adquisición, el segundo sí lo hace y, finalmente, acaba transcurriendo el plazo establecido en el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, según se desprende de la sentencia de esta Sala de 6 de diciembre de 1962 anteriormente citada. Y por último, porque de esta forma se acomoda también la interpretación del artículo 1473 del Código Civil al antecedente legislativo representado por la Ley Hipotecaria de 1861 y su artículo 23, cuyo contenido se corresponde con el del artículo 32 del vigente texto refundido de 1946. Se comprende mejor, así, la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 cuando indicaba que el comprador que no inscribiera la venta, "aunque obtenga la posesión, será dueño con relación al vendedor, pero no respecto a otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripción", pues no se trataba de negar la oponibilidad frente a todos de un derecho real como es el de propiedad, sino de que prevaleciera la seguridad jurídica fomentando la inscripción".

Como dijo la STS de 27 de junio de 2012[1314], la doctrina que se desprende de las dos anteriores Sentencias, interpretadas conjuntamente, es que "el artículo 1473 del Código Civil no exige necesariamente el requisito de «una cierta coetaneidad cronológica» entre dos o más ventas en conflicto, incluyendo así en su ámbito de aplicación a las ventas múltiples que a su vez originen una venta de cosa ajena, como consecuencia de la consumación de la primera de las ventas. Esto es, se afirma que la doble venta y la venta de cosa ajena son figuras complementarias y no excluyentes que entran bajo el ámbito de aplicación del artículo 1473 del Código Civil".

[1314] STS de 27 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5044, RJ 2012\7419; ponente Antonio Salas Carceller).

A pesar de que la STS de 7 de septiembre de 2007[1315] afirmó que esta interpretación jurisprudencial no es contradictoria con la teoría del título y el modo, en realidad sus consecuencias sí que lo son, pues resuelve el conflicto otorgando la primacía al adquirente que inscribe en el Registro de la Propiedad, aunque su transmitente no tuviese poder de disposición sobre la cosa enajenada. En este sentido, es de hacer notar que el art. 1473.II CC dice que "la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro", y adquirente no es aquel que inscribe, sino aquel que ha completado la adquisición conforme a la teoría del título y el modo. Si se acoge una interpretación literal de la norma, cuando el vendedor haya transmitido previamente a un primer comprador, y este haya adquirido la propiedad mediante la entrega, material o ficticia, la segunda transmisión de la misma cosa por el mismo vendedor a un segundo comprador tendrá por objeto una cosa ajena, puesto que al tiempo de celebración de la segunda compraventa el vendedor ya no tenía poder de disposición sobre la cosa vendida; es decir, el segundo comprador no será adquirente, y por tanto, no debería poder inscribir su título, dado que el Registro de la Propiedad solo tiene por objeto la inscripción de derechos reales adquiridos extra registralmente con arreglo a las reglas sustantivas que regulan la transmisión de la propiedad[1316].

No puede negarse que la actual interpretación jurisprudencial tiene una ventaja indudable, pues cohonesta el párrafo segundo del art. 1473 CC con el art. 34 LH, de tal forma que si el comprador adquiere a título oneroso y con buena fe de alguien que aparece como dueño en el Registro de la Propiedad, y acto seguido inscribe su título en el Registro de la Propiedad, se sitúa en una posición irreivindicable, aunque su transmitente hubiese enajenado previamente esa misma cosa a un adquirente que no inscribió su derecho. Desde el punto de vista del primer adquirente, la solución ofrecida por esta línea jurisprudencial puede ser considerada injusta, aunque lo cierto es que, si deseaba evitar ser postergado o

[1315] STS de 7 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5823, RJ 2007\5303; ponente Francisco Marín Castán): "El artículo 1473 del Código Civil no altera el sistema transmisivo mediante título y modo, sino que ante la anomalía de dos o más ventas de una misma cosa por su propietario, es decir, por quien en principio tenía poder de disposición, ofrece una serie de soluciones, según las casos, al estricto problema de cuál de los dos o más compradores vencerá definitivamente en la controversia sobre el dominio de la cosa comprada, pues no debe olvidarse la ubicación del artículo 1473 precisamente en la sección del Código que trata "De la entrega de la cosa vendida", dentro del capítulo correspondiente a las obligaciones del vendedor".

[1316] STS de 11 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3867, RJ 2014\4881; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz); RDGRN de 5 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6726).

relegado por un segundo adquirente, solo tenía que haber inscrito previamente su título de adquisición en el Registro de la Propiedad[1317].

Si se aplica esta doctrina jurisprudencial al eventual conflicto existente entre un adquirente a título gratuito y un adquirente a título oneroso, pueden darse las siguientes situaciones:

- A dona una cosa a B, y acto seguido A vende esa misma cosa a C. Si la cosa es entregada por A a B, y B inscribe en el Registro de la Propiedad su título de donación obligacional actuando con buena fe, el donatario habrá adquirido la cosa donada.
- A dona una cosa a B, y acto seguido A vende esa misma cosa a C. Si la cosa es entregada por A a C, y C inscribe en el Registro de la Propiedad su título de compraventa actuando con buena fe, el comprador habrá adquirido la cosa donada.
- A dona una cosa a B, y acto seguido A vende esa misma cosa a C. Si la cosa es entregada o vendida en escritura pública por A a C, si C no inscribe su título en el Registro de la Propiedad, y a continuación esa misma cosa es entregada por A a B, y el donatario inscribe su título en el Registro, el donatario habrá adquirido una cosa ajena. A pesar de la inscripción, el comprador podrá interponer una acción contradictoria del dominio y solicitar la cancelación de la inscripción realizada a favor del donatario (art. 38 LH), dado que este último solo goza de la protección del art. 32 LH, y no puede situarse en

[1317] Así lo puso de manifiesto la STS de 5 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1192, RJ 2007\723; ponente Francisco Marín Castán): "Podrían tal vez objetarse en contra de tal solución razones de justicia material, pero la lectura de los preámbulos y exposiciones de motivos de nuestras Leyes hipotecarias y de sus reformas revela que el objetivo a alcanzar fue siempre, sobre todo, la «certidumbre del dominio», «la seguridad de la propiedad» como «condición más esencial de todo sistema hipotecario» porque «si esta no se registra, si las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes inmuebles no se transcriben o no se inscriben, desaparecen todas las garantías que puede tener el acreedor hipotecario» (Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861). De ahí que los reformadores de 1909 se quejaran de los «relativamente escasos» resultados de la Ley de 1861 «en lo que se refiere a la vida económica de la Nación»; y que el preámbulo de la Ley de 30 de diciembre de 1944, de Reforma hipotecaria, identificara como «propósito inquebrantable» de la misma el de «acometer, con las mayores probabilidades de éxito, la ya inaplazable solución» a los problemas consistentes en que aún se hallara sin inscribir «más del 60 por 100 de la propiedad», se hubiera iniciado una «corriente desinscribitoria» y se estuviera retrocediendo paulatinamente a un «régimen de clandestinidad». Además, la justicia de la solución opuesta, es decir, no proteger a quien de buena fe adquirió confiando plenamente en el sistema legal, resulta más que dudosa. Y de otro lado, desde el Real Decreto 2537/1994, de 29 de diciembre, sobre colaboración entre Notarías y Registros de la Propiedad para la Seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario, hasta la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de reformas para el impulso de la productividad, y la reforma del Reglamento Notarial por Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, se ha reforzado muy considerablemente la información en tiempo real sobre la situación registral de las fincas al tiempo de otorgarse escrituras públicas relativas a derechos reales sobre las mismas y, a su vez, se ha reducido notablemente el tiempo para la debida constancia registral de tales escrituras, lo que supone tanto una garantía normativa añadida para quien adquiere confiado en el Registro como un estímulo normativo más para que quien adquiere no deje de inscribir su derecho".

una posición de irreivindicabilidad, ya que el art. 34.III LH dice que "los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente".

- A dona una cosa a B, y acto seguido A vende esa misma cosa a C. Si la cosa es entregada por A a B, y a continuación esa misma cosa es entregada o vendida en escritura pública por A a C, aplicando la mecánica traslativa que se desprende de los arts. 609.II y 1095 CC el comprador no debería convertirse en el propietario de la cosa vendida, porque le fue entregada una cosa ajena. Sin embargo, si C inscribe de buena fe su título de compraventa documentado en escritura pública en el Registro de la Propiedad, C se convertirá en propietario de la cosa enajenada. Además, el donatario no podrá atacar el dominio del comprador inscrito, porque este último cumplirá todos los requisitos de irreivindicabilidad que exige el art. 34 LH: buena fe, adquisición a título oneroso, adquisición de persona que constaba en el Registro de la Propiedad con facultades para transmitirlo, e inscripción registral.

Así las cosas, el adquirente a título oneroso que actuando de buena fe inscriba su derecho en el Registro de la Propiedad prevalecerá siempre sobre el donatario, a pesar de que este haya entrado primero en posesión de la cosa donada, y a pesar también de que el comprador lo sea de cosa ajena, por haber entrado en posesión de esa misma cosa o haberse documentado la compraventa en escritura pública con posterioridad a la entrega posesoria a favor del donatario.

b) En ausencia de inscripción registral

De conformidad con lo dispuesto en el art. 1473.III CC, si ninguno de los adquirentes ha inscrito en el Registro de la propiedad su título, adquirirá el dominio aquel que antes haya entrado en posesión de la cosa enajenada. Resulta irrelevante que el adquirente lo sea a título oneroso o gratuito; se prioriza al que antes se haya convertido en dueño en virtud del contrato seguido de la entrega.

Finalmente, si ninguno de los adquirentes hubiese llegado a entrar en posesión de la cosa enajenada, se convertirá en dueño aquel cuyo contrato sea de fecha anterior. No existe tampoco en este caso prioridad del adquirente a título oneroso sobre el adquirente a título gratuito.

10. Terminaciones anómalas de la donación obligacional

10.1 Introducción

La donación obligacional puede quedar sin efecto en virtud de múltiples causas comunes a todos los contratos.

En primer lugar, cabe mencionar los defectos relativos a los requisitos esenciales del contrato: los vicios del consentimiento pueden provocar la anulación; los defectos relativos a la causa provocarían la nulidad del contrato, categoría en la también incidirían todos los defectos relativos al objeto (supuesto de difícil aplicación a la donación obligacional, que admite la transmisión de bienes presentes, futuros, determinables y genéricos).

Además, la donación obligacional puede quedar sin efecto si las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pactan una condición resolutoria. La resolución del contrato podría producirse antes o después de la entrega de la cosa donada, supuesto este último en el que se producirá la restitución al donante de la cosa transmitida gratuitamente al donatario.

No es nuestra intención analizar todos estos supuestos, en la medida en que constituyen causas de terminación comunes a cualquier contrato. Solo tenemos intención de destacar dos situaciones de terminación de las donaciones obligacionales que pueden plantearse en la práctica con relativa frecuencia: la revocación por las causas previstas en los arts. 644, 647 y 648 CC, y la rescisión por haber sido celebrada en fraude de acreedores.

10.2 Revocación

10.2.1 Planteamiento

Como cualquier negocio constituido *inter vivos*, la donación tiene carácter vinculante (arts. 1091 y 1256 CC), de modo que es irrevocable por la sola voluntad del donante.

No obstante, en una serie de supuestos tasados y excepcionales[1318], sujetos por tanto a interpretación restrictiva, la ley permite que el donante pueda revocar una donación ya perfeccionada. La revocación no produce efectos automáticos; si concurre alguna de las causas previstas legalmente, el donante puede ejercitar la correspondiente acción de

[1318] La STS de 21 de mayo de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1214, RJ 1984\2499; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández) señaló que "si se toma como punto de partida el principio general de irrevocabilidad de las donaciones «inter vivos» por la sola voluntad del donante y las excepciones al mismo recogidas en los arts. 644 a 648 del C. Civ., es evidente que sólo cuando exista alguno de los supuestos que dicho Cuerpo legal establece podrá producirse referido efecto revocatorio".

revocación[1319]. En palabras de la STS de 13 de mayo de 2000[1320], "la donación «inter vivos», como cualquier otro contrato es irrevocable, en el sentido de que pueda dejarse sin efecto por la sola voluntad del donante, sin embargo, en esta modalidad contractual se permite la revocación en ciertos supuestos establecidos en la ley".

10.2.2 Supuestos

El CC contempla tres supuestos en los que se permite que el donante revoque una donación. Por razones obvias prescindiremos del estudio detenido de cada uno de ellos.

El primero consiste en la supervivencia o superveniencia de hijos del donante. Según el art. 644 CC, "toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1.° Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos. 2.° Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación".

El segundo supuesto es consecuencia del incumplimiento del modo o carga impuestos al donatario. Según el art. 619 CC, "es también donación (…) aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado". Es lógico que el donante pueda revocar la donación si el donatario incumple el modo o la carga. Así lo prevé el art. 647.I CC: "la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso".

El tercer supuesto de revocación previsto en la ley obedece a la ingratitud del donatario. El art. 648 CC engloba dentro de este supuesto de revocación tres casos distintos:

> "También podrá ser revocada la donación, a instancia del donante, por causa de ingratitud en los casos siguientes:
>
> 1.º Si el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.
>
> 2.º Si el donatario imputare al donante alguno de los delitos 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 cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.

[1319] La STS de 6 de febrero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:718, RJ 1997\682; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) dijo que la revocación de las donaciones "no tiene lugar «ipso jure», en razón a que entendiéndose que no hay voluntad, así manifestado mediante el ejercicio de la correspondiente acción".
[1320] STS de 13 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3918; RJ 2000\3410; ponente José de Asís Garrote).

3.º Si le niega indebidamente los alimentos".

10.2.3 Aplicación de la revocación a la donación obligacional

Las causas de revocación de donaciones que contiene el Título II del libro III del CC están obviamente previstas para las donaciones dispositivas, pues son las únicas que regula el CC. La pregunta que nos hacemos es si tales supuestos de revocación podrían ser aplicados a las donaciones obligacionales.

La doctrina que se ha planteado esta cuestión ha respondido de manera positiva. Para FERRANDIS VILELLA, "no es necesario advertir que también en la donación obligacional serán de aplicación los preceptos dedicados a la revocación"[1321].

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO también se mostró favorable, haciendo hincapié en que los intereses dignos de protección que justifican la revocación en las donaciones dispositivas son exactamente los mismos que en las donaciones obligacionales:

> "Otra cuestión a considerar es la relativa a la posible aplicación analógica a las donaciones obligacionales de las reglas de fondo —revocación y reducción: artículos 644 y siguientes del Código civil— propias de las donaciones ordinarias (traslativas). ¿Es esto posible? A nuestro juicio, la respuesta ha de ser afirmativa. Y la razón se entiende sin dificultad, después de todo cuanto hasta este momento llevamos dicho: porque esas normas tienen su razón de ser en intereses -v.gr., de los hijos, en caso de revocación por superveniencia o sobreveniencia, o de los legitimarios, en caso de reducción por inoficiosidad- que no vienen determinados por el concreto tipo de negocio donatorio empleado (esto es, por la concreta vía a través de la cual se haya llegado a ellos). En otras palabras: porque en esas normas no importa tanto el cauce o instrumento (el concreto tipo de negocio) empleado cuanto al resultado material o sustancial a que se llega. Pues bien, siendo esto así resulta evidente que esos intereses concurren igual, y por ende han de ser igualmente protegidos, tanto en caso de dación actual como en caso de que el sujeto en cuestión haya quedado obligado a ella (ya que entonces puede exigírsele coactivamente, si cuando llega el momento no la cumple de buen grado). Por ello, las normas apuntadas serán aplicables también a la donación obligacional"[1322].

[1321] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, p. 606.
[1322] ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *cit.*, pp. 602-603.

CASTAÑOS CASTRO analizó detenidamente las tres causas de revocación de donaciones en el CC, y concluyó que resultan igualmente aplicables a las donaciones obligacionales, debido a que los fundamentos de las causas de revocación existen al igual que en las donaciones dispositivas[1323].

A nuestro entender, este punto de vista doctrinal está plenamente justificado. Si el donante realiza una donación y se produce cualquiera de los supuestos de hecho previstos en los arts. 644, 647 y 648 CC, no tenemos ninguna duda de que tales causas de revocación deben ser aplicadas analógicamente a las donaciones obligacionales, dado que existe una clara y manifiesta identidad de razón: los intereses a salvaguardar son exactamente los mismos, y merecen idéntica protección.

10.2.4 Práctica de la revocación

El ejercicio de la revocación de las donaciones obligacionales dependerá de si la cosa donada ya ha sido entregada al donatario, o de si todavía no se ha consumado el contrato. Como veremos a continuación, ambos supuestos presentan diferencias muy notables en lo que respecta al régimen jurídico de la revocación.

a) Donación obligacional consumada

Si la revocación de la donación tiene lugar cuando la donación obligacional ya se ha consumado, el donatario habrá adquirido un derecho real sobre la cosa donada por la conjunción del título y el modo. En este supuesto, la revocación de la donación obligacional no presenta ninguna diferencia con la revocación de cualquier donación dispositiva.

Los efectos de la revocación que prevé el CC para las donaciones dispositivas, que se enumeran sintéticamente a continuación, serán aplicados analógicamente a las donaciones obligacionales consumadas.

Si la donación ha sido revocada por supervivencia o superveniencia de hijos, a tenor de lo dispuesto en el art. 645 CC, se restituirán al donante los bienes donados, o su valor si el donatario los hubiese vendido. Si los bienes donados estuviesen hipotecados, el donante podrá liberar la hipoteca, pagando la cantidad que garantice, con derecho a reclamársela al donatario. Si bienes donados no pudiesen ser restituidos, el donatario deberá pagar al donante

[1323] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, pp. 122-123; 140-142; 166-168.

el valor que tuviesen al tiempo de celebrarse la donación. El donante solo deberá devolver los frutos adquiridos desde la interposición de la demanda (art. 651.I CC).

Cuando la donación se revoque por incumplimiento del modo o carga impuestos al donatario, el art. 647.II CC dispone que los bienes donados se restituirán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida por la LH en cuanto a terceros de buena fe. El donatario deberá entregar al donante los frutos que hubiese percibido desde el momento en que dejó de cumplir el modo o la carga impuestas por el donante (art. 651.II CC).

Finalmente, si la donación se revoca por ingratitud del donatario, el donante deberá restituir las cosas donadas al donante. Según el art. 649 CC, quedarán subsistentes las enajenaciones e hipotecas anteriores a la anotación de la demanda de revocación en el Registro de la Propiedad, mientras que las enajenaciones e hipotecas posteriores serán nulas. A tenor de lo dispuesto en el art. 650 CC, el donante podrá reclamar al donatario el valor de los bienes donados enajenados cuya restitución no pueda exigirse a los terceros de buena fe, valorados al tiempo de la donación, así como el importe por el que los bienes donados hubiesen sido hipotecados.

b) Donación obligacional no consumada

Si la causa de revocación de la donación obligacional tiene lugar antes de que la cosa donada haya sido entregada, la situación cambia por completo, en la medida en que todavía no se habrá transmitido al donatario ningún derecho real sobre la cosa donada. Esta circunstancia cuestiona seriamente que se pueda hablar de revocación.

DE FUENMAYOR CHAMPÍN, en su conocido estudio sobre la figura de la revocación, afirmó que "revocación significa recuperación del dominio por un cambio de voluntad del primitivo titular. Se trata de una contraenajenación"[1324]. Con mayor detalle, señaló lo siguiente:

> "Por la revocación de la propiedad se destruye y cancela una enajenación, pues la función principal de aquélla es la de extinguir, siendo uno de los modos extintivos de la propiedad.

[1324] DE FUENMAYOR CHAMPÍN, AMADEO: *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941, p. 188.

> Se cancela una enajenación, con lo que indicamos de que es un modo extintivo de la propiedad adquirida derivativamente. No se concibe que se revoque la propiedad adquirida originariamente.
>
> Es necesario que la propiedad de A pase a B y que éste la pierda para recuperarla A. Por eso, no puede hablarse de revocación, aparte de otras razones, en caso del cumplimiento de una condición suspensiva, pues la propiedad no sale del enajenante"[1325].

La aplicación del concepto de revocación a las donaciones "supone la recuperación del dominio transmitido sobre el objeto donado"[1326], o, en su caso, del derecho real limitado objeto de transmisión gratuita. Y en una donación obligacional todavía no consumada, en rigor no podrá hablarse de revocación, puesto que no se trataría de hacer que retornen al patrimonio del donante unos bienes enajenados a título gratuito, sino de admitir la retractación, la liberación del deudor o el desistimiento justificado del contrato por parte del donante[1327]. Por tanto, la analogía entre la donación dispositiva y la obligacional se circunscribe a las causas que justifican la revocación en el primer caso, y el desistimiento unilateral y justificado del donante en el segundo; pero en ningún caso existirá analogía en relación con el mecanismo de la revocación[1328].

En parecidos términos, CASTAÑOS CASTRO afirmó que "si por revocación entendemos *dejar sin efecto la transmisión de la propiedad*, el término no se adecua al supuesto de hecho objeto de análisis, en el que el dominio aún no se ha transmitido al donatario. Quizá fuese más oportuno en sede de donación obligacional hablar de *desistimiento por justa causa* de forma que, de darse determinadas circunstancias sobrevenidas a la perfección del contrato y antes de la entrega, éste queda ineficaz"[1329].

Por nuestra parte, entendemos que la problemática relativa a la revocación de las donaciones obligaciones no se circunscribe a una cuestión terminológica. Más allá de que con mayor o menor acierto técnico podamos calificar estos supuestos como desistimiento unilateral justificado, desistimiento por justa causa o revocación impropia, es importante tener en cuenta que cuando concurran las causas previstas en los arts. 644, 647 y 648 CC, el

[1325] DE FUENMAYOR CHAMPÍN, AMADEO: *La revocación de la propiedad*, *cit.*, pp. 82-83.
[1326] BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: "La revocación de las donaciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1865-1866.
[1327] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 607-608.
[1328] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 608.
[1329] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, pp. 116-117.

interés del donante no se limitará a dejar de cumplir temporalmente la prestación debido a la concurrencia de ciertas razones objetivas, sino que se extenderá a la extinción del contrato de donación obligacional, de tal forma que el donatario no pueda exigir en el futuro la entrega comprometida de la cosa donada. Por ello, quizá resultaría adecuado aludir en estos casos a una suerte de *condicio iuris* extintiva o resolutoria, aclarando en todo caso que la utilización de este último término estaría justificada por la pérdida sobrevenida de efectos jurídicos de la relación contractual, sin que ello suponga reconocer en ningún caso ningún carácter bilateral o sinalagmático a la donación obligacional.

Por lo que se refiere al ejercicio de esta revocación impropia de la donación obligacional, FERRANDIS VILELLA afirmó que "el cauce idóneo para este desistimiento habrá de encontrarse en uno de estos remedios: a) notificar al donatario el cambio de voluntad [d]el donante, justificado por el hecho sobrevenido, siempre que éste sea uno de los previstos para la revocación, y acreditando debidamente el hecho en cuestión; b) ejercitar una acción para obtener una declaración judicial en la que se libere al donante de su obligación, es decir, en la que se sancione su desistimiento; c) invocar por vía de excepción el hecho sobrevenido y el desistimiento unilateral fundado en él, cuando sea el donatario quien ejercite una acción para exigir el cumplimiento de la donación"[1330].

Desde nuestro punto de vista, esta propuesta es bastante completa, pues distingue convenientemente la iniciativa extrajudicial del donante tendente a poner fin al contrato, la acción judicial del donante en el supuesto de que el donatario no admita la extinción contractual previamente comunicada, y la defensa del donante en el supuesto de que, a pesar de concurrir alguna de las causas legalmente previstas para la revocación de las donaciones, el donatario le exija judicialmente el cumplimiento de la obligación de entregar la cosa donada. Sin embargo, respecto de este último supuesto, parece oportuno añadir que no bastará con que el donante conteste a la demanda justificando la aplicación analógica de una de las causas de revocación de las donaciones previstas en los arts. 644, 646 y 648 CC, sino que además deberá reconvenir, solicitando expresamente la terminación o extinción del contrato de donación obligacional[1331].

[1330] FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *cit.*, pp. 608-609.

[1331] Téngase en cuenta, a estos efectos, que el art. 406.3 LEC prohíbe la reconvención implícita, al decir que "en ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal". Por tanto, el donante demandado que pretenda que se declare extinguida la donación obligacional deberá reconvenir solicitándolo

Si el donante interpone una acción judicial solicitando su liberación y la terminación contractual, habrá que tener en cuenta los plazos de ejercicio de la acción de revocación, que a nuestro entender son aplicables analógicamente, y que son distintos en función de la causa concurrente:

- Si la revocación es por supervivencia y superveniencia de hijos, el plazo es de cinco años, "contados desde que se tuvo noticia del nacimiento del último hijo o de la existencia del que se creía muerto" (art. 646 CC).

- Si la revocación es por incumplimiento del modo o de la carga, el CC no regula expresamente el plazo de ejercicio de la acción. La STS de 18 de enero de 2023[1332] constató que la doctrina ha defendido criterios muy diversos (un año por analogía con la revocación por ingratitud; cuatro años por su cercanía a las acciones rescisorias; cinco años por ser la regla general del art. 1964.II CC), pero rechazó sentar doctrina, porque la determinación del plazo no resultaba decisiva en el caso concreto. Lo que sí precisó la referida Sentencia es que "con independencia de las divergencias existentes acerca de cuál es el plazo y su naturaleza, por lo que se refiere a cuándo debe computarse, es generalmente admitido que empieza a correr desde que el donante pueda conocer el incumplimiento, pero que si el modo impuesto al donatario consiste en una actividad o un comportamiento continuados y el incumplimiento es duradero, no existe un día concreto de incumplimiento, sino que el incumplimiento persiste, y el plazo no empieza a contar cuando se inició el incumplimiento, y mientras el incumplimiento dura se va renovando el comienzo del tiempo de ejercicio de la acción".

- Si la revocación es por ingratitud, el plazo es de un año, "contado desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción" (art. 652 CC).

Los arts. 646 y 652 CC aluden a la prescripción de la acción de revocación, aunque a la vista de la naturaleza y de los efectos de la revocación parecería lógico que el plazo fuese de caducidad. En relación con la revocación de la acción de revocación por incumplimiento de cargas, la jurisprudencia se ha mostrado muy vacilante, pues en algunos casos ha aludido a

expresamente al Tribunal, sin que sea suficiente a tal efecto la mera oposición a la demanda de cumplimiento formulada por el donante.

[1332] STS de 18 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:287; RJ 2023\983; ponente María de los Ángeles Parra Lucán).

la prescripción[1333], en otros a la caducidad[1334], e incluso, a ambas indistintamente[1335]. La STS de 18 de enero de 2023[1336] rechazó pronunciarse sobre el particular, porque no resultaba indispensable para resolver el recurso en cuestión a la vista de las circunstancias concurrentes.

La acción de revocación por supervivencia o superveniencia de hijos es irrenunciable, y a la muerte del donante se transmite a los hijos y sus descendientes (art. 646.II CC). Por el contrario, la acción de revocación por ingratitud no se transmite a los herederos del donante, si no la ejercitó a pesar de haber podido hacerlo; y tampoco se podrá ejercitar contra el heredero del donatario, a no ser que la demanda ya estuviese presentada a su fallecimiento (art. 653 CC). Nada dice el Código respecto a la posible transmisión por vía sucesoria de la acción de revocación por incumplimiento de cargas, aunque la jurisprudencia entiende que constituye una acción personalísima del donante[1337].

10.3 Rescisión

10.3.1 Planteamiento

Como es de sobra conocido, las donaciones han sido históricamente utilizadas espuriamente con la finalidad de impedir que los acreedores puedan embargar el patrimonio del donante deudor. Con la finalidad de evitar tal ominoso proceder, el ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de decretar la ineficacia sobrevenida de las donaciones realizadas en fraude de los acreedores del donante.

Según el art. 1111 CC, "los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden (…) impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho". Se regula de esta manera la denominada acción revocatoria o pauliana, que en realidad constituye una acción rescisoria

[1333] STS de 6 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2332, RJ 1999\2656; ponente José Almagro Nosete).
[1334] STS de 11 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:1746, RJ 1988\1960; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade); STS de 23 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7603, RJ 2004\7386; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz); STS de 20 de julio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5413, RJ 2007\4696; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz).
[1335] STS de 30 de diciembre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:445, RJ 1962\263; ponente Joaquín Domínguez de Molina).
[1336] STS de 18 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:287; RJ 2023\983; ponente María de los Ángeles Parra Lucán).
[1337] STS de 11 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:7974, RJ 1987\9422; ponente Jaime Santos Briz): "Es evidente que la acción revocatoria, que textualmente confiere al donante el artículo seiscientos cuarenta y siete citado cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que el donante le impuso, tiene carácter de personalísima como declararon las sentencias de tres de diciembre de mil novecientos veintiocho y once de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, entre otras".

por fraude a los intereses de los acreedores[1338]. Buena prueba de ello es que la mayor parte de la regulación positiva de la acción revocatoria o pauliana se encuentra junto a los demás supuestos de rescisión. En este contexto, el apartado 3.º del art. 1291 CC dice que son rescindibles "los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba".

Si un deudor pretendiese transmitir su patrimonio a un tercero con la finalidad de dificultar el derecho de cobro de sus acreedores, podría utilizar a tal fin a la donación obligacional. Ahora bien, si se tiene en cuenta que este contrato exige ineludiblemente que medie un período de tiempo entre la perfección del contrato y su consumación, y que normalmente el deudor que pretende frustrar el derecho de cobro de su acreedor intenta realizar una disposición defraudatoria tan rápido como sea posible, parece lógico suponer que en el ámbito de los actos defraudatorios gratuitos se recurrirá preferentemente a una donación dispositiva, y no a una donación obligacional. Con todo, es evidente que la donación obligacional es un contrato transmisivo, y como tal, puede servir de subterfugio para perpetrar un fraude contra los intereses de los acreedores del donante. Ello justifica que analicemos con detenimiento la rescisión de la donación obligacional.

Las normas que regulan la rescisión por fraude de acreedores se encuentran en el Libro IV del CC, y son de aplicación directa a todos los negocios jurídicos, también a la donación obligacional. Por tanto, en este ámbito no cabe la aplicación analógica. No obstante, el art. 643 CC, ubicado sistemáticamente en el Título II del libro III del CC, es perfectamente aplicable por analogía a las donaciones obligacionales, al existir una clara identidad de razón.

10.3.2 Presupuestos

Como es lógico, en este apartado no realizaremos un análisis exhaustivo de los requisitos de la acción de rescisión. Nos limitaremos a exponer sucintamente los presupuestos para el ejercicio de la acción de rescisión por fraude de acreedores, tal y como los viene interpretando la jurisprudencia más reciente.

El primero requisito que se exige para poder rescindir un acto realizado en fraude del derecho de crédito ajeno es el *eventus damni*, esto es, el perjuicio que padece el acreedor como consecuencia de la enajenación de su deudor, que provoca una disminución en su

[1338] STS de 12 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5090, RJ 2011\7376; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz): "Ejercitada la acción revocatoria o pauliana prevista en el artículo 1111 del Código Civil y contemplada como acción rescisoria, que es su verdadera naturaleza, en el artículo 1291.3º".

patrimonio que impide la satisfacción del crédito. El acto fraudulento lesiona el derecho del acreedor, pues al salir el bien donado del patrimonio del deudor, se impide que pueda ser embargado.

En relación con este elemento, la jurisprudencia entiende que procede instar la rescisión, aunque el crédito surja con posterioridad a la disposición que efectúa el deudor, precisamente ante el nacimiento inminente, previsible, probable o seguro del derecho de crédito que se pretende perjudicar[1339].

El segundo requisito es el denominado *consilium fraudis*, que puede definirse como el acuerdo alcanzado entre el deudor y el tercero adquirente con el propósito de defraudar los intereses del acreedor.

En todos los negocios *inter vivos* gratuitos, este requisito concurre automáticamente, pues la ley presupone el propósito fraudulento de la disposición gratuita. En este sentido, el art. 1297.I CC dice que "se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito". Dicha norma es reproducida en el art. 643.II CC, que dispone que "se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella". La jurisprudencia ha afirmado que esta presunción es *iuris et de iure*, sin que sea posible articular prueba en contrario[1340], lo que facilita enormemente el éxito de la acción de rescisión.

[1339] Según la STS de 15 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1905, RJ 2002\2841; ponente Pedro González Poveda), "es posible estimar la acción revocatoria aunque el nacimiento del crédito sea posterior al acto rescindible si la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia del crédito (sentencias de 11 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8959] y 28 de junio de 1994 [RJ 1994,5990])»". La STS de 28 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3497, RJ 2009\3049; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz) dijo que "normalmente, el crédito del acreedor es anterior al acto dañoso y fraudulento, aunque cabe la acción cuando se produce la enajenación en consideración al crédito futuro". La STS de 25 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3284, RJ 2010\5413; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández) señaló lo siguiente: "Si bien uno de los requisitos de la acción rescisoria es la existencia de un crédito contra el dueño del bien enajenado anterior al acto rescindible, sin embargo ello ha de entenderse en términos generales, toda vez que no es necesario que sea exigible (SS. 21 de enero y 25 de noviembre de 2.005), ni que esté reconocido por el deudor, e incluso no se excluye la posibilidad de un crédito futuro en el caso de próxima y segura (o muy probable, según Sentencias de 28 de diciembre de 2.001 y 17 de julio de 2.006) existencia posterior".

[1340] STS de 21 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6935, RJ 2006\8077; ponente Antonio Salas Carceller) "La presunción contenida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil es «iuris et de iure» (sentencias de 18 de enero de 1991, 16 de febrero de 1993 y 22 abril 2003), por lo que ni siquiera admite prueba en contrario, justificándose la norma en la ilicitud que supone que quien es deudor obligado frente a un tercero disponga a título gratuito de sus bienes en perjuicio de su acreedor, estando implícita en el negocio la intención de causar perjuicio"; STS de 30 de enero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:471, RJ 2004\440; ponente Jesus Eugenio Corbal Fernández): "En el caso de donación no es necesario demostrar ningún concierto del donatario con los donantes".

El tercer requisito consiste en respetar el carácter subsidiario de la acción rescisoria. El art. 1111 CC se refiere a este elemento cuando menciona que el acreedor podrá ejercitar la acción "después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe"; lo que reitera el art. 1291.3.º CC, que señala que la acción procederá cuando los acreedores "no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba". El requisito de la subsidiariedad se repite una vez más en el art. 1294 CC, que dice que "la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio".

Con todo, el requisito de la subsidiariedad ha sido claramente flexibilizado por la jurisprudencia, como puso de relieve la STS de 21 de diciembre de 2016[1341]:

> "Con carácter general, con relación al requisito del ejercicio subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, esta Sala ha ido flexibilizando progresivamente el carácter subsidiario de esta acción. Fruto de esta flexibilización ha sido que la insolvencia no deba acreditarse de un modo absoluto, como total carencia de bienes del deudor, siendo suficiente la acreditación de una significativa disminución de la garantía patrimonial del deudor que impida o haga especialmente difícil el cobro del crédito, y que no resulte necesario que el acreedor venga provisto de título ejecutivo, bastando la propia existencia y legitimidad de su derecho de crédito como, en su caso, que haya ejercitado otras posibles acciones preventivas o ejecutivas que al tiempo de producirse la disposición patrimonial del deudor carezcan de utilidad para el cobro de su crédito".

10.3.3 Plazo

El art. 1299 CC afirma lacónicamente que "la acción para pedir la rescisión dura cuatro años". La STS de 5 de julio de 2010[1342] dijo que "en la actualidad la Jurisprudencia sostiene sin fisuras que los términos del artículo 1299 del Código Civil deben entenderse en el sentido de que la revocatoria por fraude está sujeta a caducidad". En relación con el *dies a quo* del plazo, esta misma Sentencia señaló que no es posible ofrecer una respuesta unívoca, dado que en ocasiones el acreedor estará en condiciones de conocer el acto fraudulento desde la fecha de su realización; en otros casos, solo tendrá conocimiento a partir de la inscripción

[1341] STS de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5526, RJ 2016\5993; ponente Francisco Javier Orduña Moreno).
[1342] STS de 5 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5403, RJ 2010\5703; ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos).

registral; y en otros, desde que el acreedor conozca el acto fraudulento que le impide cobrar su crédito:

> “La realidad demuestra que los comportamientos [de]fraudatorios, tanto ahora como en tiempos del Rey Sabio, suelen rodearse de cierta clandestinidad, por lo que de seguirse tal criterio en la revocación por fraude, como afirma la sentencia de 1 de diciembre de 1997 (recurso de Casación número 1334/1993): "(...) puede ocurrir, de seguirse dicha teoría, que el plazo para ejercer tal acción de caducidad haya transcurrido en su totalidad cuando el actor-acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del demandado-deudor, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos, que dicha situación le ocasiona".
>
> Ante ello la jurisprudencia, apegada a la necesidad de dar respuestas justas y resolver con criterios realistas los concretos problemas planteados, no ha mantenido un criterio rígido, de tal forma que, si bien como sostiene la Sentencia número 104/2002 de 13 febrero, haciendo suyas las palabras de la número 764/2000, de 17 de julio de 2000 "no es admisible que el cómputo del plazo de los cuatro años de ejercicio de la acción rescisoria (art. 1299, párrafo 1º) quede de hecho al arbitrio del acreedor, es decir, de su mayor o menor actividad en la persecución de bienes de su deudor, que exige el art. 1111", aplica un criterio flexible y adaptado al caso concreto, y así en algunas ocasiones, partiendo del inicio del cómputo en la fecha del acto fraudulento, exige que el mismo no permanezca oculto, afirmando en la sentencia número 794/1995, de 4 de septiembre que "se puede ejercitar la acción rescisoria desde el acto fraudulento, mas, si el mismo se oculta, desde el conocimiento que, como hablamos de «posibilidad legal», siempre sería desde la inscripción en el Registro, como «dies a quo» para realizar el cómputo de tal plazo de caducidad, lo que compagina con la Sentencia de 16 febrero 1993, que se refiere a dicho cómputo desde la inscripción registral, como fecha que legalmente publica el acto fraudulento y vincula a la víctima acreedora, salvo que se acredite que expresada víctima conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnable, para lo que realiza una interpretación teleológica y conforme a la realidad social (art. 3.1 del CC)".
>
> En otras, ante la constatación de que la realidad demuestra que una cosa es que una acción pueda "legalmente ejercitarse" y otra muy diferente que sea "realmente ejercitable" -lo que acontece cuando conociendo el "acto" ejecutado por el deudor se desconoce su carácter "lesivo"-, mantiene la teoría de la insatisfacción -

> nichtebefriedigunstheorie-, según la cual el cómputo del plazo de caducidad en la acción revocatoria por fraude no se inicia cuando se tiene noticia del hecho, que en sí puede ser neutro, sino cuando el derecho queda insatisfecho y se conoce la trascendencia lesiva del hecho".

Si se aplica esta doctrina a la rescisión de una donación obligacional por fraude de acreedores, hay que distinguir varios supuestos.

Si se pretende rescindir una donación obligacional de bienes muebles, salvo casos excepcionales en los que el bien conste inscrito en un registro público mobiliario, es razonable pensar que el acreedor se percatará de la defraudación, y estará en condiciones de ejercitar la acción, cuando en el curso del procedimiento de ejecución el ejecutado niegue su condición de propietario del bien, o cuando un tercero plantee una tercería de dominio. Por tanto, su conocimiento acerca de la existencia de la transmisión a través de una donación obligacional determinará el inicio del plazo de caducidad de la acción.

En cambio, en una hipotética rescisión de una donación obligacional de bienes inmuebles, la respuesta dependerá en función de si el contrato ha sido o no inscrito en el Registro de la Propiedad. Si la transmisión está inscrita, parece razonable acudir a la fecha de la inscripción registral para determinar el *dies a quo*, dado que se trata de un plazo de público conocimiento (art. 607 CC), y si el acreedor no tuvo conocimiento de la enajenación, su ignorancia será consecuencia de su propia negligencia. No obstante, en la medida en que la inscripción en el Registro de la Propiedad no es obligatoria (art. 6 LH), si la donación obligacional no fue objeto de inscripción registral, y el acreedor tiene conocimiento de la transmisión fraudulenta cuando intente embargar el bien inmueble en el curso de la ejecución judicial (bien porque el ejecutado acredite que ya no es el propietario, bien porque el tercero beneficiario de la disposición presente una tercería de dominio), parece lógico que será entonces cuando deba comenzar a computar el plazo de cuatro años, ya que hasta ese momento el acreedor no podía tener conocimiento de la existencia del acto defraudatorio.

En todo caso, parece que resultará poco frecuente en la práctica un supuesto de caducidad de una acción rescisoria interpuesta contra una donación obligacional celebrada en fraude de acreedores, pues habitualmente el acto defraudatorio se celebra poco tiempo antes o poco tiempo después del nacimiento o de la reclamación judicial o extrajudicial del crédito que se pretende defraudar, situación en la que el acreedor suele estar pendiente de los movimientos patrimoniales de su deudor.

10.3.4 Efectos

En cuanto a los efectos de la acción rescisoria, el art. 1295 CC dice que "la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos", añadiendo que "no tendrá lugar la rescisión "cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe".

Sin embargo, como ha quedado expuesto, los arts. 643.II y 1297.I CC presumen la mala fe del adquirente a título gratuito. Por ello, el art. 37 LH, tras sentar la regla general de que "las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley", exceptúa en su apartado cuarto "las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero: a) Cuando hubiese adquirido por título gratuito".

Se discute si la estimación de la acción rescisoria comporta que el bien transmitido fraudulentamente se reintegre en el patrimonio del deudor (en cuyo caso el acreedor deberá embargarlo para poder cobrar su crédito), o si permite que el acreedor pueda embargar directamente al adquirente el bien fraudulentamente transmitido para eludir el pago de las deudas. Se trata de una cuestión muy debatida en la doctrina, sobre la que no podemos extendernos. Con todo, el segundo planteamiento parece más razonable, debido a dos razones:

- En primer lugar, a diferencia de la acción rescisoria concursal, la acción rescisoria del CC es una acción individual, que está concebida en términos de protección del acreedor perjudicado que la ejercita. De optarse por la primera interpretación, se correría el riesgo de que otros acreedores se aprovechen del ejercicio de la acción, se adelanten y embarguen antes, provocando una nueva litigiosidad que se resolvería a través de las tercerías de mejor derecho[1343].
- En segundo lugar, la rescisión por fraude de acreedores no produce, en rigor, una destrucción del acto de enajenación lesivo, sino un desconocimiento de sus efectos; el éxito de la acción permite al acreedor actuar como si el acto fraudulento nunca se

[1343] GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN: "Artículos 1290 a 1314", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, p. 9225.

hubiese celebrado[1344]. Esta interpretación tiene la ventaja adicional de permitir deslindar adecuadamente la acción rescisoria de la acción resolutoria.

11. La transmisión sucesoria de la donación obligacional

En la donación obligacional ha de mediar necesariamente un lapso temporal entre la perfección del contrato y la entrega de la cosa donada. Por ello, es perfectamente posible que, tras la celebración del contrato, y antes de su consumación, fallezca el donante, fallezca el donatario o fallezcan las dos partes contratantes. Esta circunstancia obliga a determinar si es posible que la obligación de entrega que compete al donante, así como el derecho a la entrega que ostenta el donatario, sean transmitidos a sus respectivos herederos.

De alcanzarse una respuesta positiva, habrá que determinar si la entrega de la cosa donada por los herederos está sujeta a ciertas especificidades. Igualmente, resulta de interés valorar la responsabilidad en que pueden incurrir los herederos.

11.1 La transmisión de las posiciones contractuales

En el Derecho histórico castellano, la obligación de entregar la cosa donada estaba expresamente reconocida en la norma positiva. P 5.4.4 decía que "quando la donacion es fecha simplemente por carta, o por palabra, mas non es aun entregado aquel a que la fazen, tenudo es de complir la aquel que la faze, o sus herederos". Por ello, resulta sencillo encontrar alusiones a la transmisión sucesoria de la obligación de entrega en la doctrina del siglo XIX[1345].

Como la donación regulada en el CC tiene eficacia transmisiva inmediata, cualquier donación perfeccionada antes del fallecimiento del causante habrá transmitido la propiedad de las cosas donadas, por lo que no cabe hablar de deuda del causante. Si después del óbito las cosas donadas siguen en posesión de los herederos, el donatario no podrá ejercitar una acción de incumplimiento, sino una acción reivindicatoria, con la finalidad de adecuar la situación posesoria a la titularidad dominical existente.

[1344] GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN: "Artículos 1290 a 1314", *cit.*, pp. 9224-9225.

[1345] ESCRICHE Y MARTÍN, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, *cit.*, pp. 650 y 651; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, *cit.*, p. 85; SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, *cit.*, p. 680.

Quizá por esta razón, la doctrina no se ha planteado la transmisión *mortis causa* de los derechos y las obligaciones dimanantes de una donación obligacional. Solo ALBIEZ DOHRMANN dijo que, de admitirse la donación obligacional, "los herederos del donatario podrían subrogarse en la donación por mor de lo dispuesto en el art. 1257-1 CC"[1346]. Ahora bien, este autor solamente planteó la transmisión por vía de herencia del derecho a la entrega de la cosa donada (supuesto que calificó impropiamente como "subrogación"), pero nada señaló en relación con la transmisión de la obligación de entrega a cargo del donante.

A nuestro entender, tanto la obligación de entregar la cosa donada, a cargo del donante, como el derecho a recibir la cosa donada, que ostenta el donatario, son transmisibles a través del fenómeno sucesorio.

Según el art. 659 CC, "la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte". El art. 661 CC reitera dicha idea, señalando que "los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones". En la medida en que la donación obligacional es un contrato, los anteriores preceptos deben ser completados con dos preceptos adicionales: el art. 1112 CC, que dice que "todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario"; y el art. 1257.I CC, a tenor del cual "los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley".

La STS de 20 de mayo de 2015[1347] señaló que "si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico contempla el fallecimiento como única causa de extinción de la personalidad de las personas físicas también lo es, sin duda alguna, que dicha extinción no afecta a la transmisibilidad de los derechos y obligaciones que, sin tener el carácter de personalísimos, pasan a integrar la herencia conforme al fenómeno jurídico de la sucesión mortis causa (artículos 657, 659 y 661 del Código Civil)".

Todavía más enfáticamente, la STS de 7 de mayo de 2014[1348] afirmó lo siguiente:

[1346] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4717.
[1347] STS de 20 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2728, RJ 2015\2456; ponente Eduardo Baena Ruiz).
[1348] STS de 7 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1769, RJ 2014\2477; ponente José Antonio Seijas Quintana).

> "Según la doctrina más autorizada el derecho de sucesiones ha de tener en cuenta que la sociedad, fundada en el crédito, no podría subsistir si las deudas se extinguiera[n], al fallecer el deudor. De esa forma, el artículo 659 del Código Civil señala que la herencia de una persona comprende todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extingan por su muerte. Como supuestos exceptuados de transmisión por causa de muerte están, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., como dice la STS de 11 de octubre de 1943".

La regla general es la plena transmisibilidad *mortis causa* de las relaciones y derechos de contenido patrimonial y los de origen contractual[1349]. Y no hay duda de que las posiciones contractuales, así como los derechos y las obligaciones derivadas de ellas, son plenamente transmisibles a través de la herencia[1350].

Según las normas precitadas, la transmisión de los derechos y obligaciones de un contrato por causa de muerte solamente no tendrá lugar si los contratantes convinieron la no transmisión (supuesto poco habitual en la práctica), si la ley dispone lo contrario (lo cual es imposible en una donación obligacional, en la medida en que se trata de un contrato atípico, no regulado por la norma positiva), o si se trata de un derecho personalísimo. Debemos pues profundizar en este último concepto, para contextualizar debidamente su significado.

El CC no señala qué debe entenderse por derecho personalísimo, no susceptible de transmisión a través de la sucesión. La STS de 11 de octubre de 1943[1351] aludió a los derechos "personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y, a veces, exclusiva en elementos o circunstancias que sólo se dan en el titular "ossibus inhaerent"".

Desde nuestro punto de vista, parece claro que los derechos y obligaciones dimanantes de una donación obligacional no tienen carácter personalísimo. Cuando el CC toma en consideración el carácter personalísimo de los derechos y obligaciones (lo que motiva su no transmisibilidad a través de las instituciones sucesorias), está pensando fundamentalmente

[1349] MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO: "Artículos 657 a 661", *cit.*, p. 246.
[1350] RUBIO GARRIDO, TOMÁS: "Artículos 657 a 675", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 5054, 5057.
[1351] STS de 11 de octubre de 1943 (ECLI:ES:TS:1943:164, RJ 1943\1034; ponente Celestino Valledor y Suárez Otero).

en obligaciones de hacer, y no de dar[1352]. Así sucede en el contrato de obra, que se extingue cuando se ha encargado cierta obra a una persona por razón de sus cualidades personales" (art. 1595.I CC); en el contrato de sociedad, salvo pacto en contrario (arts. 1680 y 1700.3.º CC); en el contrato de mandato, que se extingue por la muerte de los contratantes (art. 1732.3.º CC); y en el contrato de depósito, por tratarse de una relación basada en la confianza personal[1353].

Ciertamente, la donación siempre es realizada por el donante tomando en consideración la identidad subjetiva del donatario, pues a fin de cuentas será la persona que recibirá algo sin contrapartida alguna. Pero dicha circunstancia es irrelevante, porque no convierte a la donación en un contrato *intuitu personae*. En la medida en que la donación obligacional es un contrato es unilateral, y solo genera obligaciones para el donante, la entrega no tiene carácter personalísimo, ya que la aptitud para transmitir el derecho real sobre la cosa donada será la misma tanto si la entrega la realiza el donante, como si la realizan sus herederos, o un representante voluntario de cualquiera de ambos.

La jurisprudencia evidencia que los herederos pueden ser compelidos a cumplir la obligación de entrega pendiente al tiempo del fallecimiento del causante. La STS de 13 de diciembre de 1982[1354] confirmó la condena impuesta a los demandados, que consistía en la entrega a los herederos de los contratantes originarios de siete mil quinientos metros de solares en una urbanización. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 1983[1355] señaló que la íntegra posición contractual, derivada de los derechos

[1352] RUBIO GARRIDO, TOMÁS: "Artículos 657 a 675", *cit.*, p. 5057.

[1353] Puntualmente, también se contempla la no transmisibilidad en algunas obligaciones de dar. Así, el art. 1742 CC dice que "las obligaciones y derechos que nacen del comodato pasan a los herederos de ambos contrayentes, a no ser que el préstamo se haya hecho en contemplación a la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho a continuar en el uso de la cosa prestada".

[1354] STS de 13 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7477; ponente Rafael Casares Córdoba). Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

[1355] STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4516; ponente José María Reyes Monterreal): "En el presente caso no es el simplemente locativo el que ostentaba tal causante, sino el de mayor trascendencia jurídica de acceso a la propiedad, también regible por las normas sucesorias de carácter general, cuya aplicabilidad no se excluye por el Ordenamiento jurídico especial, porque aquí no se discute -en contra de lo que el acto administrativo y la sentencia que lo mantuvo han considerado- el hecho de que la beneficiaria de la vivienda no podía transmitir una propiedad de ésta que no había adquirido aún, -lo que, desde luego, constituiría un argumento irrebatible-, sino que se trata de la simple transmisión genérica y en bloque, a favor del instituido sucesor, de todo un patrimonio hereditario en el estado en que el mismo se encontrase al tiempo de deferirse la herencia, dentro del cual y como uno más de los elementos objetivos que lo integran, tanto se comprenden las efectivas titularidades dominicales como las simples expectativas actuales de derechos de generación o consumación futura, posición jurídica ésta efectiva y plenamente transmisible, ya sea favorable o adversa, cual resulta del art. 659 del C. Civ. para el que la herencia comprende todos los bienes,

y de las obligaciones de una compraventa de una vivienda de protección oficial, se transmitieron al heredero del comprador. Y la STS de 26 de marzo de 1991[1356] condenó a los herederos del vendedor a entregar a los herederos del comprador unos determinados inmuebles, porque no se produjo la tradición en vida de sus respectivos causahabientes.

A mayor abundamiento, el causante puede disponer de su patrimonio, pero no de sus deudas. Por ello, como señaló la STS de 7 de mayo de 2014[1357], no pueden considerarse personalísimas (y, por tanto, se transmiten a través del fenómeno sucesorio) las obligaciones que traigan causa de la responsabilidad contractual o extracontractual en que pueda haber incurrido el finado, pues ello "privaría a los perjudicados de la indemnización procedente, derivada de la culpa contractual o extracontractual del causante". El carácter transmisible del derecho no quiebra a pesar de que la condición personal del contratante fallecido hubiese resultado fundamental para la celebración del contrato. Con esta argumentación, la referida Sentencia condenó a los herederos de un médico a pagar los daños derivados de ciertas intervenciones quirúrgicas. En parecidos términos, la STS de 19 de febrero de 2014[1358] confirmó la condena impuesta a los herederos de un abogado para responder de la mala praxis profesional del causante. Esta circunstancia reafirma que la obligación de entregar la cosa donada se transmite a los herederos del donante que fallezca sin haberla realizado.

La transmisión de las posiciones contractuales de la donación obligacional viene respaldada por la *Propuesta de Código Civil* de la ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL. El apartado 2 del art. 451-2 dice que a la donación obligacional se aplica "lo dispuesto en el art. 454-12"[1359], que se titula "Efectos del fallecimiento del donante sobre las donaciones realizadas en vida", y cuyo contenido es el siguiente: "los efectos del fallecimiento del donante sobre las donaciones que haya realizado en vida se rigen por lo dispuesto en el Título VI"[1360]. Es decir, existe una remisión en bloque al Título VI de la *Propuesta de Código Civil*, que regula el Derecho de sucesiones.

derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte". Esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ).

[1356] STS de 26 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1855, RJ 1991\2450; ponente Pedro González Poveda).

[1357] STS de 7 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1769, RJ 2014\2477; ponente José Antonio Seijas Quintana).

[1358] STS de 19 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:549, RJ 2014\1129; ponente Francisco Marín Castán).

[1359] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 534.

[1360] ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, *cit.*, p. 543.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, en algunas ocasiones el Tribunal Supremo entendió que la obligación de entrega de la cosa donada se transmite a los herederos. Así lo señaló al pronunciarse sobre donaciones *inter vivos* con efectos *post mortem*, asumiendo implícitamente que la donación regulada en el CC era un contrato obligacional[1361].

Mucho más significativa, sin duda, fue la STS de 13 de noviembre de 1962[1362], que enjuició un supuesto en el que la donante falleció sin haber entregado el dinero donado. Los donatarios demandaron a los herederos de la donante, quienes fueron condenados al pago. En palabras del Tribunal, la donante "quedó obligada al pago de lo ofrecido, que a su fallecimiento deben abonar los demandados como se dispone en los artículos 661 y 1257 del Código Civil".

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, destaca la SAP de Madrid (Sección 12ª) de 29 de junio de 2005[1363], que al analizar una donación *inter vivos* con efectos *post mortem* asumió una concepción obligacional de la donación, con transmisión de la obligación de entrega a cargo de los herederos, pues afirmó que "la plenitud de la misma, es decir la transferencia de la posesión que la donante se reserva en vida, se produce precisamente tras su fallecimiento (…) ya que sólo entonces la donación produce sus plenos efectos, de tal manera que si los herederos suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones (artículo 659 y 661 CC), entre tales obligaciones puede hallarse la de entregar la posesión del bien del donante -ya por entonces además causante de la herencia-".

11.2 Posibles situaciones en la entrega realizada por los herederos del donante

Celebrando un contrato de donación obligacional, el donante puede comprometerse a transmitir en el futuro bienes sobre los cuales no tiene poder de disposición en el momento de celebración del contrato. Esta circunstancia no es relevante al contratar, pero sí que lo es en el momento en que venza la obligación de entregar la cosa donada. En el supuesto de que el donante fallezca antes de que la entrega realizada, serán los herederos quienes deberán

[1361] STS de 28 de enero de 1898 (ECLI:ES:TS:1898:109, JC, t. 83, 44; ponente José de Garnica y Díaz); STS de 13 de junio de 1900 (ECLI:ES:TS:1900:83, JC, t. 90, 18; ponente Pedro Lavín y Olea); STS de 27 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:216, RJ 1957\1573; ponente Francisco Eyré Varela).
[1362] STS de 13 de noviembre de 1962 (ECLI:ES:TS:1962:3047, RJ 1962\4288; ponente Federico Rodríguez Solano).
[1363] SAP de Madrid (Sección 12ª) de 29 de junio de 2005 (ECLI:ES:APM:2005:8002, JUR 2005\258359; ponente Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo).

cumplir con dicha obligación, lo que plantea algunas posibilidades que merecen cierta atención, debido a su peculiaridad.

Evidentemente, si el donante se comprometió a entregar una cosa sobre la que no tenía poder de disposición (por ejemplo, porque no era suya al tiempo de la perfección de la donación obligacional, o porque pesaba sobre la misma una prohibición de disponer), pero antes de fallecer ya había obtenido el poder de disposición (por ejemplo, porque la adquirió antes de fallecer, o porque dejó de estar vigente la prohibición de disponer), los herederos deberán entregarla al donatario cuando la obligación de entrega haya vencido. Este supuesto no plantea ninguna complejidad, en la medida en que constituye un cumplimiento ordinario de la obligación de entrega, que transmitirá al donatario el derecho real sobre la cosa donada con total normalidad.

Sin embargo, la situación es muy distinta si el donante, al fallecer, todavía no había obtenido el poder de disposición sobre el bien que se comprometió a entregar. En esta tesitura, hay que tener en cuenta el matiz expresado por la STS de 23 de mayo de 2019[1364], que tras afirmar que en principio de los arts. 659 y 661 CC se desprende que las obligaciones del causante pasan a los herederos en virtud de la sucesión, incidió en que "la exigencia de su cumplimiento ha de estar en relación con las circunstancias del caso y la propia disponibilidad de los herederos de los medios necesarios para su cumplimiento".

Como es lógico, los donantes deben asumir la responsabilidad contractual derivada de la donación obligacional, y si no pueden entregar la cosa donada al donatario, porque el donante no había adquirido el poder de disposición antes de fallecer, deberán hacer frente a las consecuencias derivadas del imposible cumplimiento específico de la prestación (cumplimiento por equivalente e indemnización de daños y perjuicios, en su caso). Que el fallecimiento del donante se produzca antes de que el donatario haya reclamado el cumplimiento de la entrega, antes de que haya solicitado la indemnización correspondiente, o incluso, antes de que la indemnización haya sido determinada judicialmente, no exime a los herederos de responder por el incumplimiento de su causante[1365].

[1364] STS de 23 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1662, RJ 2019\2122; ponente Antonio Salas Carceller).

[1365] Del mismo modo, que el donatario fallezca antes de que la indemnización haya sido determinada judicialmente no constituye ningún obstáculo para que sus herederos la perciban. Tal interpretación encuentra amparo en los razonamientos de la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007\5437; ponente Antonio Salas Carceller): "El artículo 657 del Código Civil dispone que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte; el 659 establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte y el 661 que los herederos suceden

En todo caso, la imposibilidad de entregar una cosa donada específica, por pertenecer a un tercero, no permitirá que el donatario exija a los herederos del donante que adquieran la cosa para después transmitírsela. La imposibilidad del cumplimiento específico se transformará en un cumplimiento por equivalente[1366]. La situación será distinta si lo que se donó fue una cosa genérica, pues en tal caso los donatarios sí que podrán adquirirla para entregársela al donatario, y si no lo hacen, responderán por el coste equivalente, así como por los eventuales daños y perjuicios.

11.3 Alcance de la responsabilidad de los herederos del donante

Como consecuencia del carácter transmisible a los herederos del donante de la obligación de entregar la cosa donada, y a la vista de que estos pueden no estar en condiciones de entregar la obligación, resulta útil determinar el grado de responsabilidad de los herederos. Evidentemente, ello dependerá de cómo hayan aceptado la herencia.

Según el art. 998 CC, "la herencia podrá ser aceptada pura y simplemente o a beneficio de inventario".

En la hipótesis de que los herederos del donante hayan aceptado la herencia pura y simplemente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1003 CC, "quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino también con los suyos propios". En este supuesto, el heredero responderá *ultra vires*. Según el art. 999 CC, la aceptación de la herencia puede ser expresa (en documento público o privado), o tácita, que es "la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la cualidad de heredero". La aceptación pura y simple de la herencia supone que los herederos respondan frente al donatario con todos sus bienes, presentes y futuros (art. 1911 CC), incluyendo los que haya recibido de la sucesión del donante.

---

al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones. En consecuencia la cuestión litigiosa se concreta en la determinación de si, acordada la expropiación por el Ayuntamiento de Granollers en su reunión plenaria de 12 de diciembre de 1990 y entendiéndose inicialmente el proceso expropiatorio con el causante don Fermín, éste se constituyó en titular de los derechos que como tal arrendatario derivaran para él de la expropiación y, en consecuencia, tales derechos se transmitieron a sus herederos desde la fecha de su fallecimiento que tuvo lugar el día 5 de abril de 1993; cuestión que ha de ser resuelta en sentido afirmativo pues desde el momento en que se acordó la expropiación nació para el arrendatario "ex lege" el derecho a percibir una indemnización por la extinción del arriendo que la misma comportaba y tal derecho ha de ser calificado como de los comprendidos en el artículo 659 del Código Civil, sin perjuicio de que la indemnización correspondiente aún no hubiera sido cuantificada".

[1366] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 8.4.2.

Para el caso de que los herederos del donante hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario, declaración que deberá hacerse ante fedatario público (arts. 1011 y 1012 CC), los efectos son bien distintos. Solo responderá de las deudas hereditarias *intra vires*, es decir, hasta donde alcancen los bienes que se adjudique por vía sucesoria (art. 1023.1.º CC), pues "no se confunden para ningún efecto, en daño del heredero, sus bienes particulares con los que pertenezcan a la herencia" (art. 1023.3.º CC).

Si existiesen varios herederos, la cuestión se complica más, pues no solo habrá que determinar si responden de las deudas hereditarias solo con los bienes heredados (caso de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario) o con todo su patrimonio (caso de la aceptación de la herencia pura y simple), sino también cómo responden frente a los acreedores, en función de si la herencia esté o no partida, lo que repercute en si el acreedor debe dirigirse contra todos los herederos o si puede exigir toda la deuda a solo uno de ellos.

El art. 1084 CC sienta el principio de responsabilidad solidaria tras la partición, señalando que "hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio". Por tanto, en este supuesto, todos los herederos responderán solidariamente frente al acreedor, aunque la responsabilidad cuantitativa de los que hayan aceptado la herencia a beneficio de inventario quedará limitada a su participación en la herencia.

Sin embargo, el CC no aclara si antes de la partición de la herencia la responsabilidad de los herederos es solidaria o mancomunada. A pesar de que el art. 1137 CC señala que la solidaridad no se presume, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que los herederos deben responder solidariamente de las deudas antes de la partición exactamente igual como si la herencia ya hubiese sido dividida[1367]. Esta doctrina confiere mayores garantías a los

[1367] STS de 22 de junio de 1931 (ECLI:ES:TS:1931:1797, RJ 1931\2093; ponente José García Valladares): "La Sentencia no infringe los artículos 1084 y 1082 del Código Civil, pues dichos preceptos según tiene declarado esta Sala, no restringen, ni en modo alguno limitan el derecho del acreedor hereditario para ejercitar las acciones derivadas de su título, puesto que el último no hace más que establecer en favor del acreedor una facultad que puede o no utilizar a su libre arbitrio y el primero no subordina el ejercicio de la acción al hecho de que la herencia se haya dividido, sino que consagrando el principio de que cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, faculta al acreedor para reclamar la deuda por entero de cualquiera de aquéllos y concede al demandado el derecho de que sus coherederos sean citados y emplazados"; STS de 17 de marzo de 1966 (ECLI:ES:TS:1966:2373, RJ 1996\1227; ponente Federico Rodríguez Solano y Espín): "Si bien es cierto que conforme a la doctrina legal sustentada por esta Sala con referencia a dicho precepto, el heredero no puede disponer de bienes singulares de la herencia mientras no se lleve a efecto su partición -SS. de 26 enero 1906, 11 abril 1953 y 6 mayo 1958-, por no disfrutar hasta entonces más que de un derecho impreciso e inalienable sobre las cosas de que se componga, no menos exacto es, que para que el mencionado

acreedores del causante, quienes podrán limitarse a reclamar el pago de la deuda a cualquiera de los herederos, sin necesidad de demandarlos a todos; y ello, sin perjuicio de que el heredero demandado pueda provocar la intervención en el procedimiento judicial de los demás herederos (art. 1084.II CC), y ejercitar la acción de regreso por el exceso pagado (art. 1085.I CC). En todo caso, la responsabilidad del heredero que haya aceptado la herencia a

art. 1068 entre en juego, es imprescindible que, de forma clara y evidente, se acredite la previa existencia y subsistencia de la comunidad hereditaria a la que la partición deba poner fin, es decir, la de una verdadera «universitas» en la que respecto a una pluralidad de sujetos, se agrupen diversas relaciones patrimoniales activas y pasivas que integren no sólo la totalidad de los bienes, derechos y acciones que procedan de «cuius», sino también las deudas y obligaciones que éste tuviere o hubiere impuesto en su testamento (art. 659) de las que solidariamente responderán sus componentes (art. 1084)"; STS de 24 de enero de 1978 (ECLI:ES:TS:1978:4112, RJ 1978\13; ponente Jaime de Castro García): "La retribución del albacea han de sufragarla los herederos, que responden de tal carga como de las demás de la herencia y de las deudas del causante (arts. 260 y 263 de la Compilación y 1003 y 1023 del CC), con responsabilidad solidaria en el Derecho común (art. 1084 del CC) y mancomunada, en proporción a sus cuotas en el ordenamiento catalán (art. 100 de la Compilación)"; STS de 14 de julio de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1493, RJ 1984\3809; ponente Jaime de Castro García): "Se trata de una deuda o carga del «de cujus» que como tal obligación pasa a los herederos como consecuencia del fenómeno sucesorio y con responsabilidad solidaria, incluso «ultra vires»"; STS de 22 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2710, RJ 1990\1719; ponente Francisco Morales Morales): "Siendo la realización de las referidas obras de urbanización una obligación contraída por la causante doña Josefina G. S., dicha obligación se transmite a sus herederos (artículos 659 y 661 del Código Civil), los cuales la reciben con el carácter de deudores solidarios, por disposición expresa del párrafo primero del artículo 1084 del Código Civil con arreglo al cual los acreedores pueden exigir el cumplimiento de las obligaciones del causante a cualquiera de los herederos del mismo, sin límite cuantitativo alguno (responsabilidad «ultra vires») para los que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario (como es el caso que aquí nos ocupa) o hasta donde alcance su porción hereditaria para los que la hubieren aceptado con dicho beneficio. 3.º El expresado vínculo de solidaridad, impuesto por imperativo legal, entre todos los herederos del causante respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas por éste, excluye toda posibilidad de surgimiento del litisconsorcio pasivo necesario, cuando el acreedor demande a alguno o algunos de los herederos y no a todos, y sin que, por otra parte, lo preceptuado en el párrafo segundo del citado artículo 1084 del Código Civil afecte en modo alguno a la expresada solidaridad, ni a las consecuencias jurídicas propias de la misma, pues dicho precepto lo único que concede al heredero que se ve demandado por las deudas u obligaciones de su causante es un derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, por lo que si no hace uso del mismo, la relación jurídico-procesal queda bien constituida con los que hayan sido demandados"; STS de 25 de junio de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:4915, RJ 1990\4891; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade): "Es principio reconocido, tanto en el ámbito del Derecho Foral Navarro, como en el Derecho Común, el crédito prioritario que ostentan los acreedores para cobrar las deudas hereditarias, así como la solidaridad de los herederos para satisfacerlas, por derivarse la preferencia y la solidaridad de la propia naturaleza de la obligación (Ley 319 del Fuero y arts. 661, 1082 y 1084 del C. Civil)"; STS de 30 de diciembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:9276, RJ 1993\9906; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo): "Reconocida por los recurrentes la obligación del pago de cantidad y su cuantía, quedan como únicas cuestiones las de decidir si la condena debe ser solidaria y si las cantidades devengan intereses desde que debieron ser pagadas hasta su completo pago, como impone la sentencia de la Audiencia. Para combatir la condena solidaria dedica el recurso el motivo primero, al amparo del núm. 5.º del art. 1692, en el que se denuncia la infracción de los arts. 1137 y 1138 según los cuales la norma general es la mancomunidad simple salvo que de la naturaleza de la obligación o de la ley se desprenda la solidaridad. El motivo decae porque siendo cierta la norma general, también lo es que aquí los actores demandan a los herederos de un hermano, don Juan José B. M., de quien heredaron la deuda surgida de la adquisición de participaciones en una sociedad colectiva familiar, y los herederos deben satisfacer las deudas del causante con carácter solidario por expreso mandato del art. 1084 del Código Civil"; STS de 1 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1405, RJ 1999\2245; ponente Francisco Morales Morales): "El principio de solidaridad respecto al pago de las deudas hereditarias solamente rige cuando el acreedor sea un tercero ajeno a la herencia (artículo 1084 del Código Civil), pero no cuando el acreedor del difunto (causante de la herencia) sea uno de los herederos, pues en este último caso, cada heredero sólo estará obligado a pagar la parte que proporcionalmente le corresponda, deducida la parte proporcional del propio heredero acreedor".

beneficio de inventario, aunque sigue siendo solidaria, está limitada cuantitativamente a su porción hereditaria (art. 1084.I CC).

11.4 Facultades de los herederos del donatario

De diversas normas del CC se desprende que los herederos deben pagar las deudas de la herencia antes de adjudicarse los bienes hereditarios. Es el denominado principio "antes pagar que heredar", cuyo fundamento explicó con detalle la SAP de Castellón de 31 de enero de 2014[1368]:

> "El principal argumento para defender la prioridad de los acreedores hereditarios frente a los legatarios, lo encontramos en el principio general que rige todo el Derecho de sucesiones y que se expresa bajo el brocardo de "antes pagar que heredar". Entendido en sentido amplio, tal principio encuentra cabal y plena aplicación en relación con los legados. Establece el art. 1027 CC "el administrador no podrá pagar los legados sino después de haber pagado a todos los acreedores". Claro es que se ha de distinguir al efecto entre los legados de eficacia real y los de alcance meramente obligatorio, pero, con todo, la preferencia de la deuda hereditaria respecto de la liberalidad operada mediante el legado se evidencia a la hora de su efectividad. Los legados, aún de cosa cierta, están subordinados al pago de las deudas.
>
> Esta preferencia puede ser afirmada en virtud del art. 1911 CC, que establece que el deudor responderá del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, responsabilidad que no es sino la principal garantía para el acreedor que quedaría muy disminuida si los bienes del causante sirviesen de garantía también para los legatarios sin previa preferencia de acreedores de la herencia.
>
> Asimismo, pueden citarse los arts. 1025 y 1029 del mismo cuerpo legal. Establece el primero de ellos que: "durante la formación del inventario y el término para deliberar no podrán los legatarios demandar el pago de sus legados". Por su parte, el segundo de ellos sanciona: "si después de pagados los legados aparecieren otros acreedores, éstos solo podrán reclamar contra los legatarios en el caso de no quedaren la herencia bienes suficientes para pagarles".

[1368] SAP de Castellón de 31 de enero de 2014 (ECLI:ES:APCS:2014:92, JUR 2014\110114; ponente Pedro Luis Garrido Sancho).

> Luego, en cualquiera de los supuestos, los acreedores del caudal preceden a los legatarios y éstos a los acreedores del heredero. Es imperativo resultante del citado art. 1911, como ya se ha dicho, y ello hace que los arts. mencionados (arts. 1027 y 1029 CC) sean también aplicables a los supuestos de responsabilidad ilimitada del heredero.
>
> Además, como señala la doctrina, la preferencia de los acreedores de la herencia sobre los legatarios puede ser también argumentada sobre la base de los preceptos de nuestro Código que ponen a cubierto de perjuicio a los acreedores de una persona por las donaciones que ésta haga, y de la consideración de que los acreedores de cualquiera prevalecen sobre sus legitimarios, y éstos sobre las disposiciones testamentarias; luego, como el legado es una de ellas, sobre él prevalecen las deudas del causante"[1369].

Con la finalidad de salvaguardar el cobro de las deudas, el ordenamiento jurídico confiere a los acreedores del donante diversos recursos.

En primer lugar, pasados nueve días desde la muerte del causante (art. 1004 CC), el donatario acreedor podrá ejercitar la *interpellatio in iure*, a la que se refiere el art. 1005 CC en los siguientes términos:

> "Cualquier interesado que acredite su interés en que el heredero acepte o repudie la herencia podrá acudir al Notario para que éste comunique al llamado que tiene un plazo de treinta días naturales para aceptar pura o simplemente, o a beneficio de inventario, o repudiar la herencia. El Notario le indicará, además, que si no manifestare su voluntad en dicho plazo se entenderá aceptada la herencia pura y simplemente".

Por lo que se refiere al procedimiento judicial de división de herencia, según el art. 782.3 LEC "los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las

[1369] Mencionan la expresión "antes pagar que heredar", entre otras, las siguientes resoluciones judiciales: SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 2 de julio de 1998 (ECLI:ES:APSA:1998:467, AC 1998\1660; ponente Fernando Nieto Nafría); SAP de Alicante/Alacant (Sección 6ª) de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:APA:2016:817, JUR 2016\147647; ponente José María Rives Seva); SAP de Illes Balears (Sección 5ª) de 12 de abril de 2016 (ECLI:ES:APIB:2016:603, JUR 2016\105526; ponente Mateo Lorenzo Ramón Homar); SAP de Madrid (Sección 14ª) de 30 de julio de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:14530, JUR 2018\331121; ponente Pablo Quecedo Aracil); y SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APLO:2019:612, JUR 2020\37072; ponente María del Mar Puyuelo Omeñaca).

actuaciones de división de la herencia". Sin embargo, sí que podrán pedir la intervención del caudal hereditario los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo (art. 792.2 LEC).

Una vez aceptada la herencia, y antes de la partición, el donatario acreedor ya podrá dirigirse contra los herederos, teniendo en cuenta en todo caso su distinta responsabilidad en función de que hayan aceptado pura y simplemente o a beneficio de inventario. En virtud de la interpretación jurisprudencial sobre el art. 1084 CC, ya expuesta, el donatario acreedor podrá reclamar la entrega de la cosa donada a cualquier heredero.

Otra facultad muy importante del donatario acreedor es la prevista en el art. 1082 CC, que reconoce a los acreedores reconocidos como tales la oposición a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Este derecho puede ser ejercitado dentro del procedimiento judicial de división de herencia, pues el art. 782.4 LEC señala que "los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos. Esta petición podrá deducirse en cualquier momento, antes de que se produzca la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero".

En el eventual supuesto de que se haya partido la herencia sin que se haya entregado la cosa donada por el causante, los herederos responderán solidariamente frente al donatario de la obligación de la entrega, sin perjuicio de la acción de regreso que corresponda entre ellos, teniendo en cuenta en todo caso la responsabilidad limitada *intra vires* de los que aceptaron la herencia a beneficio de inventario.

12. Reducción de la donación obligacional

12.1 Planteamiento

Los arts. 654 a 656 CC están dedicados a la reducción de las donaciones dispositivas. De su lectura se desprende que toda la regulación de la reducción está pensando en la limitación impuesta por el art. 636 CC en interés de los derechos de los legitimarios del donante.

Sin embargo, el art. 634 CC también impone una limitación objetiva a las donaciones dispositivas, en interés del propio donante, a quien obliga a reservar bienes en cuantía suficiente para vivir dignamente. Teniendo en cuenta que se trata de una norma imperativa que limita objetivamente la capacidad de disposición del donante, no resulta irrazonable concluir, a la vista de lo dispuesto en el art. 6.3 CC, que su vulneración pudiese provocar la invalidez parcial de la donación en lo que se refiere al exceso[1370], lo que nos situaría en el ámbito de la nulidad, y no en el de la reducción.

Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado que la vulneración de los límites cuantitativos del art. 634 CC no constituye un supuesto de nulidad, sino de reducción[1371]. Además, tal y como se desprende literalmente de los arts. 636 y 654 CC, las donaciones que lesionen la legítima de los herederos forzosos no son nulas, sino reducibles en la parte afectada por el exceso[1372]. Esta doctrina jurisprudencial justifica que analicemos la aplicación práctica de los arts. 634 y 636 CC en este mismo apartado.

Iniciaremos la exposición con la reducción por vulneración de los derechos de los legitimarios, por ser la que está regulada en el CC, para analizar a continuación las especialidades de la reducción motivada por no haberse reservado el donante lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias.

12.2 Reducción de la donación obligacional por lesión de la legítima

[1370] ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 314-316.

[1371] La STS de 29 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2771, RJ 1991\3943; ponente Teófilo Ortega Torres) señaló que "la norma del art. 636 del C. C., sobre inoficiosidad de la donación en lo que exceda de lo que se pueda dar o recibir por testamento, y lo dispuesto en el art. 654 sobre reducción de estas donaciones, excluye la nulidad radical de la donación y sólo la hace anulable en cuanto traspase el límite legal, criterio aplicable al supuesto del art. 634, como ya declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado en resolución de 17 de abril de 1907, de donde se sigue que, establecido tal efecto específico, no opera la sanción de nulidad de pleno derecho". En el mismo sentido, la STS de 26 de abril de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:2345, RJ 1995\3256; ponente Teófilo Ortega Torres) dijo que "la superación del límite de la donación establecido en el artículo 634 no podría, aunque se hubiera probado suficientemente -que no la ha sido-, dar lugar a la nulidad solicitada, sino únicamente a su reducción, a más de que la acción para obtener ésta sólo puede ejercitarse durante la vida del donante y no por sus herederos, que se hallan protegidos por lo dispuesto en el artículo 636".

[1372] La STS de 2 de octubre de 1918 (ECLI:ES:TS:1918:732, JC, t. 144, 81; ponente Antonio Gullón del Río): afirmó que el art. 636 CC "sólo declara inoficiosas las donaciones hechas por los padres en lo que excedan de la legítima debida a los hijos, pero no nulas, pues esta nulidad, cuando lo ha querido el Código lo ha declarado". Cuestión distinta es que la jurisprudencia haya admitido que los legitimarios puedan instar la nulidad de las donaciones disimuladas realizadas con la intención de defraudar sus derechos. La STS de 20 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4501, RJ 2007\5574; ponente Encarnación Roca i Trias) dijo que "deben distinguirse, además, las donaciones que lesionan la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas y aquellas que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita. Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del Código civil si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del Código civil".

Dispone el art. 654 CC que "las donaciones que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 636, sean inoficiosas computado el valor líquido de los bienes del donante al tiempo de su muerte, deberán ser reducidas en cuanto al exceso".

En la medida en que la finalidad del art. 636 CC es proteger los derechos de los legitimarios, es imposible instar la reducción de las donaciones realizadas por un donante que no tiene herederos forzosos[1373]. Tampoco es posible ejercitar la acción de manera preventiva, ya que solo tras la muerte del causante será posible instar la reducción de las donaciones inoficiosas. La STS de 30 de marzo de 1993[1374] señaló que "los hijos no tienen interés en vida de sus padres para accionar solicitando declaraciones judiciales acerca de la naturaleza de los negocios jurídicos que concluyen, a fin de proteger sus expectativas sucesorias. Sólo cuando efectivamente sean legitimarios (lo que supone la muerte del progenitor, y capacidad para sucederle) pueden acudir a la acción de reducción de las donaciones que en vida hayan hecho, si merman sus derechos legitimarios. Pero en vida de los padres carecen de todo interés protegible mediante el acceso a la jurisdicción para controlar el uso y disposición del patrimonio de éstos a tales efectos".

Según reiterada jurisprudencia, las donaciones que se hubiesen hecho con carácter no colacionable al amparo del art. 1036 CC pueden ser igualmente reducidas, ya que la dispensa de colacionar no impide que puedan ser reducidas por inoficiosas[1375]. Igualmente, pueden

[1373] STS de 19 de octubre de 1931 (ECLI:ES:TS:1931:1583, RJ 1931\2192; ponente Miguel Hernández Fernández): "Invocándose y señalando como infringido el artículo 636 del Código civil, es manifiesta su inaplicación por cuanto dicho precepto no tiene el alcance que el recurrente pretende ni puede limitar ni condicionar la libre disposición del que carece de herederos forzosos, ya que principalmente va encaminado a impedir, como el mismo expresa, las donaciones inoficiosas, concepto que no es conciliable con la absoluta libertad de disposición de que goza quien no viene obligado a respetar derechos legitimarios por carecer de descendientes y ascendientes"; STS de 23 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8903, RJ 2012\301; ponente Encarnación Roca i Trias): "Una persona que no tiene herederos forzosos, no está limitada por la regla del art. 636 CC, puesto que cuando dice que "ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por vía de testamento", a lo que se está refiriendo es a la legítima de los mal denominados "herederos forzosos". El heredero voluntario recibe solo el caudal relicto del causante, sin que pueda reclamar nada más de lo que se encuentra en la herencia en el momento de la apertura de la sucesión".

[1374] STS de 30 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:2153, RJ 1993\2541; ponente Antonio Gullón Ballesteros).

[1375] STS de 13 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:1837, RJ 1989\2036; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández): "Las diferencias que el Código Civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación radica en realidad, en que mientras las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (artículo 1035 del Código Civil), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1036 en relación con los 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado Código Civil". En parecidos términos, la STS de 21 de abril de 1990 (RJ 1990\2762; ponente José Luis Albácar López; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-) dijo: "En la [Sentencia] de 16 de junio de 1902, al referirse a la admisión por el artículo 1036 de la dispensa de colación concedida por el causante, entendió que lo que se ha querido decir es que entonces no se computarán las donaciones a la legítima, pero no que se

ser reducidas las donaciones que el donante hizo cuando todavía no tenía legitimarios, lo cual es lógico, dado que lo relevante es constatar el carácter inoficioso de las donaciones tras la muerte del donante[1376].

La lesión a la legítima constituye el requisito esencial sobre el cual gira la reducción de las donaciones por inoficiosidad. El art. 654 CC dice que "se estará a lo dispuesto en este capítulo y en los artículos 820 y 821 del presente Código". Sin embargo, también hay que tomar en consideración el contenido de los arts. 818 y 819 CC.

- Conforme al art. 818 CC, "para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables".
- El art. 819 CC añade que "las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima"; añadiendo que "en cuanto fueren inoficiosas o excedieren de la cuota disponible, se reducirán según las reglas de los artículos siguientes".

prescinda de ellas en el inventario para imputarlas donde corresponda, para saber si el testador se ha extralimitado en sus facultades; (…) de acuerdo con tal cuerpo de doctrina, habremos de concluir que las resoluciones de instancia, al computar las donaciones hechas a los hijos por el causante para calcular el montante total de la herencia, y de ahí llegar al de los tercios de legítima, mejora y libre disposición, interpretó correctamente el artículo 818 del Código Civil, entendiendo el término «colacionables» en un sentido amplio que permite incluir en el mismo todas las donaciones hechas, sin perjuicio de que pudiesen o no resultar inoficiosas, para cuya declaración es preciso, como paso previo, el cálculo del montante total hereditario". La STS de 18 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6402, RJ 2007\8625; ponente Román García Varela) afirmó que "no se dan en el presente supuesto los límites a la práctica de la colación, previstos en el artículo 1036 del Código Civil, y que se concretan en la manifestación expresa del propio causante-donante, o en la repudiación de la herencia por parte del heredero donatario, quedando siempre a salvo la reducción de la donación si se considerara inoficiosa".

[1376] STS de 3 de abril de 1936 (RJ 1936\1000; ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas; esta Sentencia no consta en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial -CENDOJ-): "Don José Manuel Cuadrillero en estado de casado con la recurrente, doña Francisca Martínez Lera, ésta, con arreglo a los arts. 806 y 807 del Código, era heredera legitimaria en la forma debida que establece el art. 834, y como tal, con derecho a percibir la cuota que le correspondiera en la herencia de su marido, y que de no poder esto tener efecto, por haber dispuesto éste en forma de donaciones de bienes en cantidad superior a la que podía disponer sin perjuicio de la legítima, a pedir la reducción, por inoficiosas, de las aludidas donaciones, en la forma y cuantía determinadas en la ley, sin que obste a este derecho el que su relación familiar no fuera anterior a la fecha de la donación, no sólo por no haber ningún precepto en el capítulo de las donaciones que limite su derecho en tal sentido, como sucede en relación con los acreedores del donante en el art. 643 del Código, sino también por deducirse lo contrario, en primer término, de los arts. 638, 654 y 655, que se refieren, indiscutiblemente, al momento de la muerte del donante para la declaración de la inoficiosidad de las donaciones, para la computación de su valor con el valor líquido de los bienes del donante y para determinar las personas que por esa causa pueden pedir la reducción, y en segundo término, por el contenido de los arts. 1035, 1036, 819 y 820 del Código".

- Determinado así el importe de la legítima, el art. 820.1.º CC señala que "se respetarán las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo o anulando, si necesario fuere, las mandas hechas en testamento". Si no fuese posible respetar las donaciones, porque la reducción o anulación de las mandas o legados no bastasen, no se procederá a la reducción de las donaciones a prorrata (que es lo que dispone el art. 820.2.º CC para la reducción de mandas o legados), pues el art. 656 CC contiene una regla especial, a tenor de la cual "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".

Como es lógico, a pesar de que exista saldo activo en la herencia, es posible que se haya vulnerado la legítima de alguno de los herederos forzosos, pues para computar la legítima hay que añadir el *donatum* al *relictum*.

En cuanto a la legitimación para solicitar la reducción de las donaciones inoficiosas, el art. 655.I CC dice que "sólo podrán pedir reducción de las donaciones aquellos que tengan derecho a legítima". La acción es irrenunciable, pues el art. 655.II CC dispone que "no podrán renunciar su derecho durante la vida del donante, ni por declaración expresa, ni prestando su consentimiento a la donación". Sin embargo, la acción es transmisible a los herederos, ya que el art. 655.I CC también señala que pueden ejercitarla los "herederos o causahabientes" de los legitimarios[1377]. Por el contrario, no están legitimados los acreedores del donante (quienes podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana en el supuesto de que la donación haya lesionado sus derechos de crédito[1378]). La demanda deberá dirigirse no solo contra el donante y contra los demás herederos, sino también contra los donatarios, en el

[1377] La STS de 11 de octubre de 1943 (ECLI:ES:TS:1943:164, RJ 1943\1034; ponente Celestino Valledor y Suárez Otero) reconoció expresamente el carácter transmisible de la acción de reducción de las donaciones: "Los artículos 806, 815, 817 y 655 del Código Civil en que la Sala sentenciadora funda su tesis no autorizan por su texto ni por el espíritu que los informa la estimación de que es intransmisible la acción defensiva del derecho de legítima, pues concebida ésta como porción de bienes que necesariamente ha de pasar por muerte del causante a sus herederos forzosos, no hay razón determinante o justificativa para excluir esa porción de bienes del principio de transmisibilidad, a base errónea de que el derecho de legítima es personal e intransmisible, ni menos se puede apreciar que si el problema realmente planteado en el pleito fuese el de una simulación relativa, por tratarse de agravio a la legítima mediante contrato de compraventa que encubre una donación inoficiosa, la facultad de pedir la reducción de ésta sea atribuida por la ley, exclusivamente, al heredero forzoso, pues claramente el citado artículo 655 concede acción también a los herederos o causahabientes del legitimario; por lo que, tanto por lo expuesto, como por el espíritu que fluye del artículo 1006 del Código Civil, procede concluir que el demandante, heredero voluntario de un heredero forzoso, está activamente legitimado en este discutido aspecto para ejercitar con interés jurídico y económico la acción que ha planteado, y al no entenderlo así la Sala de instancia ha incurrido en las infracciones legales que denuncia el segundo motivo del recurso".

[1378] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 10.3.

supuesto de que no sean legitimarios, ya que en caso contrario sus derechos se verían afectados sin haber sido parte en el procedimiento judicial[1379].

La doctrina ha discutido mucho el plazo de la acción de reducción, así como si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad[1380]. La STS de 4 de marzo de 1999[1381] consideró que la acción de reducción tiene un plazo de caducidad de cinco años. El plazo de ejercicio de la acción de reducción comenzará a computar desde el fallecimiento del donante.

[1379] STS de 16 de septiembre de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:386, RJ 1985\4263; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño): "La donataria en esta última operación, no figuró entre los demandados, siendo así que su presencia en el proceso era necesaria, justo porque se impugnaba la validez de su título adquisitivo, que acreditaba el legítimo interés para defenderlo y ser oída al respecto, sin lo que, obviamente, no podía ser condenada; evidenciándose que la relación jurídica procesal estuvo mal constituida, al faltar el «litis consorcio pasivo necesario», de ineludible observancia de acuerdo con la constante y reiterada doctrina jurisprudencial".

[1380] DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, *cit.*, pp. 416-418; ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, *cit.*, pp. 864-871; ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, pp. 5001-5003.

[1381] STS de 4 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1499, RJ 1999\1401; ponente Antonio Gullón Ballesteros): "El problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción tiene solución dentro de la regulación legal de las donaciones, atendiendo a la letra del párrafo 2º del art. 654, según la cual «para la reducción de las donaciones se estará a lo dispuesto en este Capítulo...». Por tanto, es en las normas contenidas en los arts. 644 a 656 donde se deben remediar las lagunas e insuficiencias de la acción de reducción, y para ello ha de utilizarse necesariamente el procedimiento analógico (art. 4.1 Código Civil). El supuesto de hecho del art. 654 no guarda afinidad obviamente ni con la revocación de las donaciones por ingratitud ni por incumplimiento de cargas impuestas al donatario, sino con la revocación por supervivencia o superveniencia de hijos. En éste, el art. 644 faculta al donante para revocar la donación para favorecer al hijo o descendientes. En aquél, se favorece al legitimario que por causas que puedan perfectamente sobrevenir a la donación, la misma le perjudica. La Sentencia de esta Sala de 12 de julio de 1984 abordó el problema del plazo de ejercicio de la acción de reducción de donaciones inoficiosas, pero sus consideraciones no pasan de ser «obiter dicta» al rechazar el recurso de casación contra una sentencia que había desestimado aquélla por haber transcurrido el plazo de quince años (art. 1964). La Sala desestimó el recurso porque alegaba únicamente como motivo la infracción del art. 1965 CC. Argumentó para ello una serie de razonamientos que, a la vista del planteamiento del recurso, pueden ser algunos meros «obiter dicta». Entre ellos se encuentra indudablemente su opinión sobre el plazo de ejercicio de la acción, sobre el que dijo: «B) el plazo para la prescripción de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo según los términos del artículo 1964 ("las personales que no tengan señalado término especial de prescripción"), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del 1929 y más próximamente aún el de cinco años del 646 que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón por lo que procedería su aplicación analógica (número uno del artículo cuarto del Código Civil); tesis esta última que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable a todas luces el efecto de la prescripción». En suma, se mostró entonces una predilección por el de cinco años, que ahora se confirma como «ratio decidendi» de esta sentencia". (…) La acción debe regirse por su analogía con la de revocación de donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio, que es de caducidad. La doctrina de esta Sala es la de que la misma es predicable de «los llamados derechos potestativos, y más que a ellos propiamente hablando a las facultades o poderes jurídicos cuyo fin es promover un cambio de situación jurídica», incluyendo a la revocación de las donaciones en los supuestos ejemplificativos que enumera (Sentencias de 11 de mayo de 1966, 25 de mayo de 1979, 28 de enero de 1983 y 10 de noviembre de 1994). Con la reducción se pretende dejar sin efecto desde la muerte del causante, en todo o en parte, una donación que ha devenido inoficiosa, en otros términos, una alteración de una situación jurídica actual, que por motivos de seguridad del tráfico no interesa dejarla en una provisionalidad larga, sino en que aquélla, o la nueva situación, queda consolidada e inatacable. No lo consigue la prescripción, susceptible de interrupciones ilimitadas temporalmente".

La reducción sopone reducir el montante de lo transmitido gratuitamente, por lo que es perfectamente posible una reducción parcial, y no total, hasta donde se satisfaga el derecho a la legítima de los herederos forzosos.

12.2.1 Práctica de la reducción de la donación obligacional consumada

Si el donante entregó la cosa donada antes de morir, y transmitió la propiedad al donatario, la donación obligacional se habrá consumado, y la reducción de la donación no planteará ninguna diferencia con la reducción de una donación dispositiva.

Dado que el art. 654 CC dice que la reducción de la donación "no obstará para que tengan efecto durante la vida del donante y para que el donatario haga suyos los frutos", el donatario no deberá devolver más que los percibidos desde la interposición de la demanda (art. 651.I CC).

12.2.2 Práctica de la reducción de la donación obligacional no consumada

Sin embargo, cabe la posibilidad de que cuando el donante fallezca todavía no hubiese entregado la cosa donada. En tal supuesto, el contrato de donación obligacional, plenamente perfeccionado y vinculante, todavía no se habrá consumado, pues ello solo sucederá cuando los herederos del donante hagan entrega de la cosa donada al donatario (arts. 659, 651, 1112 y 1257.I CC). Así las cosas, procede determinar la funcionalidad de la reducción de la donación obligacional inoficiosa pendiente de cumplimiento al tiempo de la muerte del donante.

Más allá de afirmar genéricamente que las donaciones obligacionales deben ser reducidas en caso de que sean inoficiosas por vulnerar las legítimas, la doctrina no se ha preocupado de abordar este problema. A modo de ejemplo, ALBIEZ DOHRMANN señaló que "la donación obligacional no tendría ninguna especial consecuencia en el orden sucesorio (computación, colación, imputación, reducción)"[1382].

Desde nuestro punto de vista, la donación obligacional debe ser reducida si es inoficiosa, porque existe una manifiesta identidad de razón con el fundamento que justifica la reducción al amparo del art. 636 CC.

En una donación dispositiva, la reducción de la donación consiste en dejar sin efecto parte de la disposición gratuita ya realizada, restituyendo un bien (parcial o totalmente, según

[1382] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 4717.

el caso) a la herencia yacente del causante, con el fin de poder satisfacer el derecho a la legítima de los herederos forzosos. Sin embargo, en una donación obligacional no consumada, no resultará posible la restitución, pues el donatario no habrá llegado a ser propietario de la cosa donada. En esta tesitura, la reducción de la donación obligacional pendiente de cumplimiento debe consistir en la reducción del porcentaje del derecho real que el donante se comprometió a transmitir, justamente en aquello que resulte excesivo. A modo de ejemplo: si el donante se comprometió a transmitir el pleno dominio de un inmueble, la reducción puede consistir en la reconfiguración de la obligación de transmitir a un porcentaje proindiviso del dominio del inmueble donado.

Para determinar el montante excesivo transmitido a título gratuito que justifica el montante de la reducción por inoficiosidad (un veinte por ciento, o un cincuenta por ciento, etcétera), será necesario dar cumplimiento a los cálculos que se desprenden de los arts. 818, 819, 820.1.º y 656 CC. La donación obligacional no escapa a la obligación de colacionar impuesta por el art. 1035 CC, que dice que "el heredero forzoso que concurra, con otros que también lo sean, a una sucesión deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición".

Como en una donación obligacional todavía no consumada al tiempo del fallecimiento de donante no se habrá producido la transmisión del derecho real, sino que existirá una obligación de entregar pendiente de ser realizada, para calcular el *donatum* deberá tomarse como referencia el valor de la cosa pendiente de entrega al tiempo del fallecimiento del donante, pues solo así podrá determinarse si ha existido lesión de la legítima de cada heredero forzoso, y en qué importe.

Esta solución es coherente con el fundamento de la acción de reducción: se disminuye la donación en lo que resulte excesivo el derecho de crédito del donatario; lo cual supone la limitación del derecho real objeto de transmisión gratuita, con la consiguiente reducción de la obligación de entrega y del derecho de crédito, hasta donde resulte excesivo y provoque la inoficiosidad por lesión de las legítimas.

Cabría argumentar en contra de este razonamiento que si el donante fallece antes de entregar la cosa donada, el donatario ostentará un derecho de crédito que se integra en el pasivo de la herencia, y al no existir una transmisión pendiente de consumación, no procede

la reducción, que está concebida para disposiciones ya realizadas. Esta fue la objeción que planteó CASTAÑOS CASTRO, quien hizo notar que "se suscitan importantes dudas acerca de si las normas que regulan el pago de las deudas hereditarias, contenidas en los arts. 1082 a 1087 C.c., son aplicables a este caso, habida cuenta de que el cumplimiento de la obligación de «transmitir a título gratuito», asumida en su día por el causante, podría perjudicar las legítimas. En definitiva, el fallecimiento del donante antes de cumplir la obligación de «donar» origina una problemática compleja y peculiar, que posee numerosas implicaciones"[1383], que no concretó; para concluir, un tanto dubitativamente, que "la acción de reducción de donaciones, al estar referida a una transmisión ya efectuada, no es la respuesta adecuada al problema de la inoficiosidad de esta liberalidad, que en el momento del fallecimiento es por el contrario una deuda del causante. Lo que no significa necesariamente que deban despreciarse absolutamente las normas sobre reducción de donaciones"[1384].

Esta aproximación a la lesión de los derechos legitimarios por parte de la donación obligacional pendiente de cumplimiento tras el fallecimiento del donante no resulta satisfactoria, pues no aporta ninguna solución al problema. En efecto, si se enfoca la cuestión valorando estrictamente que la obligación de entrega forma parte del pasivo hereditario, sin recurrir a la acción de reducción, resultará imposible salvaguardar los derechos del legitimario que no han sido respetados.

Si se han lesionado las legítimas y no se reduce el porcentaje del derecho real pendiente de entrega, la consecuencia práctica sería que, en una donación obligacional, el donatario se encontraría en una situación privilegiada respecto al donatario de una donación dispositiva. El donatario obligacional escaparía a la acción de reducción, en una posición de total inmunidad frente a una lesión de los derechos hereditarios de los legitimarios, mientras que el donatario dispositivo no, pues la transmisión gratuita a su favor realizada antes de fallecer el donante sí que podría ser reducida. Semejante diferencia de trato no está justificada, pues ambas modalidades de la donación tienen la misma finalidad, que es transmitir gratuitamente una cosa sin recibir ninguna contraprestación a cambio, y ambas pueden lesionar los derechos legitimarios de los herederos forzosos de la misma forma.

[1383] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, pp. 236-237.
[1384] CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, *cit.*, p. 237.

En cualquier caso, y a modo de cierre de esta cuestión, en una donación obligacional todavía no consumada no se suscita el derecho del donatario a hacer suyos los frutos (art. 654.I CC), pues solo tiene derecho a percibirlos desde el momento en que deba producirse la entrega de la cosa donada (art. 1095 CC) y hasta la fecha de interposición de la demanda (art. 651.1 CC), lo que en este supuesto no habrá acontecido.

12.3 Reducción de la donación obligacional por incumplimiento de la reserva de bienes

Si la donación obligacional debe ser reducida porque el donante no se ha reservado en plena propiedad o en usufructo lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias (art. 634 CC), ante la falta de regulación expresa, y de conformidad con la interpretación jurisprudencial anteriormente reseñada[1385], procede aplicar analógicamente el régimen jurídico previsto en los arts. 654 a 656 CC.

Ello plantea un problema, pues el presupuesto del art. 634 CC (garantizar la digna subsistencia del donante) es completamente distinto al presupuesto de los arts. 654 a 656 CC (la vulneración de la legítima de los herederos forzosos). Por ello, nos limitaremos a apuntar las principales singularidades de la reducción cuando el donante haya incumplido la obligación de reservar bienes suficientes.

A diferencia de la reducción por lesión de las legítimas, que solo puede ser ejercitada cuando el donante ha fallecido, la acción de reducción por incumplimiento de la reserva solo puede ser ejercitada mientras el donante todavía está vivo. Evidentemente, el donante está legitimado para solicitar la reducción. Sin embargo, no se puede compeler al donante a ejercitar la acción, dado que solo a él corresponderá decidir si quiere vivir desahuciado de la sociedad[1386]. La acción de reducción es personalísima, por lo que no se transmite a los herederos del donante. No obstante, como la reserva no solo debe garantizar la digna subsistencia del donante, sino también la de quienes de él dependan legalmente, como familiares directos o alimentistas, estos también están legitimados para ejercitar la acción de reducción.

Si la demanda de reducción es formulada por el donante, deberá ser dirigida contra el donatario. Sin embargo, si la demanda es interpuesta por las personas legalmente dependientes del donante, deberán ser demandados tanto el donante como el donatario. En

[1385] *Vide supra*, Capítulo Sexto, apartado 12.1.
[1386] ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", *cit.*, p. 634.

caso de haber fallecido el donatario al tiempo de ejercicio de la acción de reducción, deberán ser demandados sus herederos.

12.3.1 Práctica de la reducción de la donación obligacional consumada

Si cuando se ejercita la acción de reducción por haberse incumplido la obligación de reserva de bienes ya se ha entregado la cosa donada, la reducción no plantea ninguna diferencia con la reducción de la donación dispositiva.

En materia de frutos, parece lógico aplicar analógicamente el criterio del art. 654 CC, por lo que el donatario hará suyos los que haya obtenido hasta la fecha de interposición de la demanda en la que se interese la reducción de la donación (art. 651.1 CC).

12.3.2 Práctica de la reducción de la donación obligacional no consumada

Más interrogantes plantea el ejercicio de la reducción si la donación obligacional todavía no ha sido consumada. Si la cosa donada todavía no ha sido entregada al donatario, ¿cabría instar la reducción de la donación?

A nuestro juicio, la respuesta debe ser afirmativa, sin lugar a duda. Con independencia de que la entrega de la cosa todavía no se haya producido, la obligación ya ha sido asumida por el donante. En consecuencia, su patrimonio ya ha sufrido una merma, pues el pasivo se ha incrementado. El empobrecimiento del donante ya es un hecho consumado; lo que se dilatará más o menos en el tiempo será el desprendimiento físico de la cosa donada.

A mayor abundamiento, si la finalidad de la acción de reducción por incumplimiento de la reserva es evitar que el donante y sus allegados terminen en situación de necesidad, parece de todo punto lógico que se pueda ejercitar la acción de reducción desde el mismo momento en que se ha asumido la obligación de entregar a título de donación, a modo ‘preventivo’, sin tener que esperar a la futura entrega posesoria, que provocará la definitiva pérdida de la titularidad del bien donado. El riesgo de pobreza existe desde el mismo momento en que el donante se ha comprometido a entregar algo a cambio de nada. En tal contexto, no parece razonable exigir que la situación de necesidad haya llegado a hacerse completamente efectiva para solicitar la reducción de la donación.

Entendemos que la situación es perfectamente asimilable a la reducción de una donación dispositiva sometida a término o a condición por incumplimiento de la reserva impuesta por el art. 634 CC. La donación existe desde la conjunción de la oferta y de la

aceptación; lo único que queda en suspenso es la transmisión automática del derecho real sobre la cosa donada. En tal situación, el donante y las personas de él dependientes podrán solicitar la reducción desde el mismo instante de la celebración del negocio, por más que la pérdida de la titularidad de la cosa donada todavía no se haya producido.

En la hipótesis de reducción de una donación obligacional todavía no consumada, el donatario no habrá percibido frutos (art. 1095 CC), por lo que resulta improcedente plantear la aplicación de la regla contenida en el art. 654.I CC.

CONCLUSIONES

1) Los contratos gratuitos desempeñan un papel muy relevante en la sociedad actual. El Derecho debe facilitar su celebración, pero garantizando al mismo tiempo la protección de los intereses de los contratantes y de terceras personas que puedan verse afectadas por las atribuciones gratuitas de bienes.

2) El Título II del Libro III del CC no regula ni expresa ni implícitamente la donación obligacional. La donación regulada en el Título II de Libro III del CC tiene carácter dispositivo o inmediatamente transmisivo, de tal suerte que su perfección produce la transmisión de un derecho real a favor del donatario. La interpretación de la normativa reguladora de la donación a la vista de los antecedentes históricos y legislativos resulta concluyente, pues complementa de manera muy significativa a los demás criterios hermenéuticos que permiten alcanzar la conclusión enunciada.

3) En el Derecho castellano anterior a la entrada en vigor del CC, la donación tenía una eficacia obligacional. La evolución del proceso codificador demuestra que el proyecto de CC de 1851 pretendió que todos los contratos, incluida la donación, transmitiesen los derechos reales de manera consensual, a imitación del modelo francés. El CC recuperó la tradicional teoría del título y el modo para los contratos transmisivos de dominio, pero la donación fue regulada como un modo de adquirir autónomo, con una regulación presidida por la transmisión consensual de los derechos reales. La particular mecánica transmisiva de la donación fue una decisión deliberada de los miembros de la Comisión redactora del CC, que influyó en el proyecto de la Ley de bases de 1885, en la Ley de Bases de 1888, y finalmente, en el CC de 1889.

4) A la vista de la sistemática del CC y de los antecedentes históricos, la donación es un modo de adquirir. Sin embargo, tiene perfecto encaje contractual. La calificación de la donación regulada en el CC como modo de adquirir, como contrato o como ambas cosas a la vez ("título y modo") resulta indiferente, siempre que se tenga en cuenta su especial eficacia transmisiva.

5) Las formas de la donación dispositiva regulada en el CC no tienen carácter transmisivo. En consecuencia, la eficacia directamente transmisiva de la donación dispositiva es una consecuencia anudada a su caracterización como modo de adquirir.

6) La donación obligacional es un contrato atípico, en virtud del cual una persona se obliga gratuitamente a entregar una cosa a otra, con la finalidad de transmitirle el derecho de propiedad o cualquier otro derecho real sobre la cosa entregada. Su eficacia transmisiva se produce con arreglo a la teoría del título y el modo.

7) La perfección de la donación obligacional comporta el nacimiento de un derecho de crédito, que ingresa directamente en el patrimonio del donatario, y que consistente en poder exigir la entrega de la cosa donada. Tal derecho de crédito no es preexistente a la donación obligacional, sino que nace con la perfección del contrato. Esta característica permite distinguir a la donación obligacional de la donación dispositiva de un crédito.

8) La donación obligacional es un contrato bilateral, circunstancia que la distingue de la promesa unilateral de donación. Tampoco debe ser confundida con el precontrato o promesa de donación, ni con la oferta de donación dispositiva todavía no aceptada, en la medida en que se trata de un contrato plenamente perfeccionado.

9) A pesar de su carácter gratuito, la donación obligacional es un contrato vinculante y coercible, circunstancia que la diferencia nítidamente de las obligaciones naturales y de las liberalidades de uso. La dotación dineraria sucesiva de fundaciones tampoco debe ser identificada con la donación obligacional.

10) La jurisprudencia del Tribunal Supremo admitió implícitamente el carácter obligacional de la donación regulada en el CC hasta 1982. Desde entonces, la jurisprudencia afirma que a la luz de la regulación del CC la donación es un negocio de carácter dispositivo. Sin embargo, desde que se produjo el cambio de orientación jurisprudencial, el Tribunal Supremo no se ha pronunciado claramente sobre la validez y eficacia de la donación obligacional. En las Sentencias en las que pareció pronunciarse en contra de la figura, lo hizo condicionado por las particulares circunstancias concurrentes (defectos formales o contravención con las disposiciones testamentarias). A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha admitido implícitamente en varias ocasiones la validez de las donaciones obligacionales.

11) La jurisprudencia más reciente de las Audiencias Provinciales admite la validez y eficacia de la donación obligacional.

12) Las críticas doctrinales dirigidas contra la donación obligacional son poco convincentes. Por lo general, se fundamentan en una defectuosa comprensión de la figura y de sus características, o en apreciaciones subjetivas. Ni la etimología ni el principio *donner et retenir ne vaut*, inexistente en el Derecho español, constituyen obstáculos fundados. Que la donación obligacional sea un contrato vinculante no resulta contradictorio con su carácter gratuito, ya que una objeción de tal naturaleza pondría en cuestión la validez y la eficacia de todos los contratos gratuitos no reales regulados en el CC. La alteración de la mecánica transmisiva elegida por el legislador tampoco constituye un obstáculo convincente, ya que la donación obligacional se rige por la doctrina del título y el modo, expresamente prevista en el art. 609 CC.

13) No es de esencia que la donación tenga carácter dispositivo o inmediatamente traslativo. Buena prueba de ello es que el art. 621 CC permite celebrar donaciones dispositivas sometidas a término o a condición suspensiva. Desde el Derecho justinianeo y hasta la entrada en vigor del CC la donación era un título obligacional en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos españoles; los ordenamientos italiano y portugués reconocen expresamente que la donación puede tener carácter dispositivo u obligacional; y diversas propuestas normativas a nivel europeo y español reconocen expresamente la donación con eficacia obligacional.

14) Los argumentos favorables a la donación obligacional tienen mucho más peso. El principio de la autonomía de la voluntad, cuya importancia es decisiva en el ámbito patrimonial, constituye un apoyo fundamental. Las normas generales reguladoras de los contratos del Libro IV del CC adveran la posibilidad de celebrar un contrato unilateral, gratuito y atípico de donación obligacional, que no contraviene ninguno de los límites impuestos por el art. 1255 CC, siempre que se cumplan ciertos requisitos formales, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica.

15) Los arts. 1340 y 1363 CC constituyen un apoyo decisivo a la donación obligacional, pues ponen de manifiesto que el CC reconoce incidentalmente su existencia. Además, todas las donaciones de bienes determinables o genéricos deben tener necesariamente carácter obligacional. La renta vitalicia gratuita constituida *inter vivos*, a la que se refiere el art. 1807 CC, es una donación obligacional. Y el legislador reconoció a la donación obligacional en la legislación fiscal relativa a adquisición de obras de arte para oferta de donación.

16) La justificación de la donación obligacional como contrato atípico se fundamenta en que complace los legítimos intereses particulares que el carácter inmediatamente traslativo de la donación dispositiva no les permite satisfacer.

17) El carácter atípico de la donación obligacional justifica la aplicación analógica de las reglas previstas en el Título II del Libro III del CC, siempre que resulten compatibles con el carácter obligacional del contrato. Ni la aplicación directa ni la aplicación extensiva de las normas reguladoras de la donación dispositiva son técnicas jurídicas adecuadas para determinar el régimen jurídico de la donación obligacional.

18) Los requisitos subjetivos de la donación obligacional son los mismos que los de la donación dispositiva, con la salvedad de que no resulta aplicable analógicamente la capacidad para disponer exigida por el art. 624 CC. En consecuencia, el donante debe tener capacidad para contratar, mientras que basta con que el donatario tenga capacidad natural de entender y querer, salvo que la donación suponga una carga para el donatario, en cuyo caso se exige que el donatario tenga capacidad para contractar.

19) El art. 635 CC no es aplicable analógicamente a la donación obligacional, pues resulta incompatible con el carácter obligacional del contrato. La donación obligacional puede tener por objeto bienes propios, ajenos, presentes, futuros, determinables o genéricos. Dicha circunstancia solo será relevante en el momento de vencimiento de la obligación de entrega, pero no en el momento de celebración del contrato.

20) Los límites objetivos que los arts. 634 y 636 CC imponen al donante (reserva suficiente de bienes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias, y no poder dar o recibir más de lo que se pueda recibir por testamento) son aplicables analógicamente a las donaciones obligacionales, en la medida en que existe una clara identidad de razón.

21) La causa de la donación obligacional se fundamenta en el art. 1274 CC, y es exactamente la misma que la causa de la donación dispositiva. La donación obligacional es causa de atribución de bienes y derechos (art. 1901 CC). Es muy dudoso que el *animus donandi* signifique algo distinto de la voluntad de donar y de recibir por donación manifestada por el donante y por el donatario al perfeccionar el contrato, pero si fuese un requisito exigible a toda donación, también existiría en las donaciones obligacionales.

22) Históricamente, la validez de las donaciones siempre se ha supeditado al cumplimiento de requisitos formales especiales. Tales formas se enmarcan en una tradición histórica arraigada, según la cual los contratos gratuitos transmisivos tienen carácter formal o real. Las funciones que cumple la forma en las donaciones dispositivas (protección de los intereses del donante, del donatario, y de terceros como familiares, acreedores y legitimarios) son igualmente extrapolables a las donaciones obligacionales, incluso con mayor motivo, debido a que el donante asume una obligación de presente, pero no se desprende del derecho real de manera instantánea. Además, la forma deslinda las meras declaraciones de intenciones u obligaciones de cortesía (no coercibles) del compromiso firme y decidido de obligarse a transmitir algo sin recibir ninguna contraprestación (donación obligacional coercible). Todas estas razones justifican que los arts. 632 y 633 CC se apliquen analógicamente a las donaciones obligacionales. El incumplimiento de los requisitos formales provoca la nulidad o inexistencia del contrato.

23) El objeto de la donación obligacional no es el derecho de crédito que ostenta el donatario, sino los bienes que el donante se compromete a entregar sin recibir a cambio ninguna contraprestación. En consecuencia, las donaciones obligacionales de bienes muebles deben constar por escrito (art. 632 CC), siendo suficiente el documento privado. En cambio, las donaciones obligacionales de bienes inmuebles deben constar en escritura pública (art. 633 CC).

24) Si la donación obligacional constituye una estipulación a favor de tercero, no resulta exigible ninguna formalidad especial, debido a su carácter accesorio en relación con el contrato principal en el que se inserta. No obstante, el supuesto más frecuente de donación obligacional insertada en un contrato a favor de tercero viene constituido por atribuciones gratuitas de bienes a favor de los hijos pactadas en el convenio regulador de la separación o el divorcio, por lo que incluso entendiendo que esa estipulación gratuita a favor de tercero debiese estar documentada, la homologación del acuerdo por parte de la autoridad judicial llenaría las formas exigidas por el art. 633 CC.

25) La perfección de la donación obligacional no puede suponer la transmisión instantánea a favor del donatario de un derecho real sobre la cosa donada, por lo que la escritura pública no puede surtir efectos traslativos, ya que de la misma siempre deberá resultar o deducirse claramente lo contrario (art. 1462.II *in fine* CC). De no ser así, la donación

obligacional produciría los mismos efectos que una donación dispositiva, lo cual sería absurdo e incompatible con su carácter de contrato atípico, destinado a satisfacer necesidades no cubiertas por la donación dispositiva. En la práctica, ello supone que la obligación de entregar la cosa donada (no el entero contrato de donación obligacional) siempre estará sometida a término o a condición suspensiva.

26) La perfección de la donación obligacional se rige por lo dispuesto en el art. 1262 CC. No resulta adecuado recurrir a la aplicación analógica de los arts. 623 y 629 CC, cuya interpretación coordinada resulta compleja y discutible. En todo caso, aun cuando ambos preceptos se entendiesen aplicables analógicamente, las consecuencias serían las mismas que resultan del art. 1262 CC: la donación se perfecciona por la conjunción de la oferta y de la aceptación, pero hasta que el donante no conozca (o no pueda desconocer sin faltar a la buena fe) la aceptación del donatario, podrá revocar la oferta de donación.

27) La aceptación del donatario es absolutamente esencial. No es adecuado minusvalorar la importancia de la aceptación del donatario, debido al carácter bilateral del contrato. La aceptación tácita de la donación obligacional no resulta admisible, debido a las exigencias formales esenciales. En todo caso, una donación obligacional de cosa mueble que no conste por escrito podría transformarse, por la vía de los hechos, en una donación dispositiva de cosa mueble desde el momento en que el donante le entregue la cosa donada en mano al donatario.

28) El cumplimiento de la donación obligacional se produce con la entrega de la cosa donada. El donante debe tener capacidad de disposición en el momento en que realice la entrega (art. 1160 CC), pues de lo contrario incurrirá en incumplimiento contractual, y como mucho podrá transmitir al donatario el poder y posesión que tuviese sobre la cosa donada, pudiendo el donatario obtener el dominio mediante la usucapión ordinaria si cumple todos los requisitos legalmente previstos. La entrega de la cosa donada puede producirse de cualquiera de las formas previstas en los arts. 1462 a 1464 CC, así como aquellas formas de entrega alternativas y atípicas que puedan pactar las partes, pero teniendo siempre en cuenta que nunca pueden suponer la transmisión del derecho real de manera concomitante con la celebración del contrato, pues en tal caso nos encontraríamos ante una donación dispositiva.

29) Además de la entrega de la cosa donada, el donante debe cumplir ciertas obligaciones adicionales: conservar la cosa donada, entregar los accesorios de la cosa donada y entregar los frutos de la cosa donada. El donatario solo tendrá derecho a exigir los frutos desde el vencimiento de la obligación de entrega, y no desde la perfección del contrato (art. 1095 CC).

30) La donación obligacional es un título válido que permite al donatario inscribir su derecho real en el Registro de la Propiedad. En todo caso, la inscripción registral solo podrá practicarse tras la entrega, cuando el donatario ya haya adquirido el derecho real. Si la obligación de entrega está sometida a condición suspensiva, tampoco podrá ser inscrita la donación hasta que se haya transmitido el derecho real, debido a que la condición suspensiva no afecta a todo el contrato, sino solamente a la obligación de entrega a cargo del donante. La entrega de la cosa donada deberá ser acreditada al Registrador de la Propiedad a través de un acta notarial.

31) Los supuestos de incumplimiento de la donación obligacional son los previstos con carácter general en el CC: mora, cumplimiento defectuoso e incumplimiento definitivo. El donatario podrá exigir el cumplimiento forzoso de la obligación, y en caso de que no resulte posible, el cumplimiento por equivalente, en ambos casos con la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente causados.

32) La responsabilidad del donante puede ser moderada, atendiendo al carácter gratuito del contrato. Sin embargo, la moderación no puede significar la exención de la obligación de entrega de la cosa donada, que constituye la obligación principal del contrato. Así las cosas, utilizando como criterio interpretativo la solución del Código Civil italiano, la aplicación práctica de la moderación de la responsabilidad se traducirá en la exención de la indemnización de daños y perjuicios (no del cumplimiento por equivalente) cuando el donante haya incumplido actuando con culpa leve. Si el donante ha incumplido actuando con dolo o de manera gravemente negligente, responderá en todo caso, sin que proceda ninguna atenuación de su responsabilidad.

33) Aunque en el Derecho histórico el donante respondía del saneamiento por evicción en las donaciones obligacionales, el art. 1340 CC obliga a concluir que en el Derecho vigente el donante solo responderá del saneamiento por evicción y por vicios ocultos cuando haya actuado dolosamente (ocultando al donatario que el bien donado es ajeno

o que tiene vicios o defectos ocultos), o cuando haya pactado responder por saneamiento. Fuera de estos dos supuestos, el donatario se subrogará en todos los derechos y acciones que en caso de evicción corresponderían al donante, a no ser que la donación tenga carácter remuneratorio, en cuyo caso el donante sí que responderá hasta la concurrencia del gravamen (art. 638 CC, aplicable por analogía).

34) El donante quedará eximido de cumplir sus obligaciones por las causas generales previstas en el CC: caso fortuito, fuerza mayor y pérdida o destrucción de la cosa, siempre que no haya incurrido en mora y que tampoco sea culpable de la pérdida o destrucción. El donante no puede justificar su incumplimiento en lo que tradicionalmente se denominó beneficio de competencia, debido a que el ordenamiento jurídico ofrece medidas preventivas y correctivas para el supuesto de que el cumplimiento de las obligaciones contractuales le conduzca a una situación de insolvencia o de pobreza.

35) Si un donante celebra varias donaciones obligacionales del mismo bien con dos o más personas, el propietario se determinará aplicando analógicamente las reglas previstas en el art. 1473 CC. Las mismas reglas deberán ser aplicadas cuando entren en conflicto una donación obligacional con un contrato transmisivo oneroso, con la especialidad de que el adquirente de un bien inmueble a título oneroso que inscriba antes en el Registro de la Propiedad prevalecerá sobre el donatario que haya entrado antes en posesión de la cosa, en virtud de la actual interpretación jurisprudencial conciliadora del arts. 1473 CC y del art. 34 LH.

36) La donación obligacional puede ser revocada aplicando analógicamente las causas previstas en los arts. 644, 647 y 648 CC. Si la cosa donada ya ha sido entregada, la revocación no presentará ninguna especialidad. En cambio, si la cosa donada todavía no ha sido entregada, en puridad no cabrá hablar de revocación en el sentido estricto del término, pues no habrá existido transmisión de la propiedad; pero el donante estará en condiciones de retractarse o de desistir unilateralmente de manera justificada, de tal forma que el contrato se extinga y la obligación de entrega deje de ser exigible.

37) La donación obligacional puede ser rescindida si se realiza en fraude de acreedores. Al ser un contrato gratuito, el fraude se presume *iuris et de iure*.

38) Las posiciones contractuales del contrato de donación obligacional se transmiten a los herederos del donante y/o a los herederos del donatario tras el fallecimiento de ambas partes contratantes, debido a que el contrato no tiene carácter *intuitu personae*. En todo caso, si al tiempo del fallecimiento el donante no había obtenido la capacidad de disposición sobre la cosa donada, los herederos del donante responderán del cumplimiento por equivalente, y en su caso, de la indemnización de daños y perjuicios, pero no se les podrá obligar a adquirir la cosa donada para entregársela al donatario o a sus respectivos herederos.

39) La donación obligacional debe ser colacionada, por lo que podrá ser total o parcialmente reducida en el supuesto de que sea inoficiosa y lesione a la legítima de los herederos forzosos, en aplicación analógica del art. 636 CC. Dado que las posiciones contractuales del contrato se transmiten sucesoriamente, si al tiempo del fallecimiento del donante la cosa donada todavía no había sido entregada al donatario, no será posible la restitución de los bienes donados a la herencia yacente del donante, por lo que la reducción consistirá en la limitación del derecho real objeto de transmisión gratuita, con la consiguiente reducción de la obligación de entrega y del derecho de crédito del donatario, hasta donde resulte excesivo y lesione a las legítimas. Para calcular el *donatum* deberá tomarse como referencia el valor de la cosa pendiente de entrega al tiempo del fallecimiento del donante, pues solo así podrá determinarse si ha existido lesión de la legítima de cada heredero forzoso, y en qué importe.

40) Las donaciones obligacionales también pueden ser reducidas por no haberse reservado el donante lo suficiente para vivir de acuerdo con sus circunstancias (art. 634 CC). El donante y las personas de él dependientes podrán instar la reducción, aunque la cosa donada todavía no haya sido entregada al donatario, debido a la inminencia de la situación de necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE DE LA PEÑA, JOAQUÍN, y GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo. Tomo III*, I. Boix, Madrid, 1841.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: "Donación *mortis causa*, tercero hipotecario y alcance y utilidad del artículo 1473 del Código civil. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 25 de julio de 1996", *Revista de Derecho Privado*, núm. 81, 1997, pp. 486-510.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: "Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, 1997, pp. 483-499.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *La donación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2006, pp. 82-90.

ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: "Pluralidad de actos de disposición de una misma cosa, alguno o varios de los cuales sean donaciones", *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006, pp. 3-8.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: *Negocios atributivos post mortem*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

ALBIEZ DOHRMANN, KLAUS JOCHEN: "Artículos 618 a 656", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 4711-5050.

ALONSO PÉREZ, MARÍA TERESA: "Sentencia de 18 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2548). Donación de cosa futura. Impugnación de la validez de una donación de acciones suscritas en aumento de capital no inscrito en el Registro Mercantil", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, 2006, pp. 765-785.

ALONSO PÉREZ, MARIANO: "Reflexiones críticas en torno al artículo 609 del Código Civil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo I* (BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA, CLEMENTE MEORO, MARIO ENRIQUE, ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, PRATS ALBENTOSA, LORENZO, y VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO, coordinadores), Tirant lo Blanch, València, 2011, pp. 91-108.

ALONSO RUIZ DE CONEJARES, JOSÉ: *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra que han quedado vigentes despues de la modificacion hecha por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841. Tomo II*, Establecimiento Literario-Tipográfico de D. Saavedra y Compañía, Madrid, 1849.

ÁLVAREZ CORA, ENRIQUE: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ Y ESTRADA, JOSÉ MARÍA: *Instituciones de Derecho Real de España. Tomo I*, Imprenta de Repullés, Madrid, 1829.

ÁLVAREZ SUÁREZ, URSICINO: *El problema de la causa en la tradición*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1945.

ÁLVAREZ VIGARAY, RAFAEL: "Los contratos aleatorios", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 21, 1968, pp. 608-642.

ANDERSON, MIRIAM: "Artículos 618 a 623", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 109-110.

ANTEQUERA BOBADILLA, JOSÉ MARÍA: *La codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886.

APALATEGUI OCEJO, PEDRO, y OYUELOS PÉREZ, RICARDO: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

ARCHI, GIAN GUALBERTO: "L'evoluzione della donazione nell'epoca postclassica", *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, tomo 5, 1958, pp. 391-426.

ARIJA SOUTULLO, CARMEN: "La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad", *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, 2018, pp. 281-331.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: *Promesas unilaterales y donaciones. La promesa unilateral y su aplicación a las atribuciones gratuitas en el Derecho Español*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "¿Traslativa u obligacional? El problema de la operatividad del negocio de donación en el Código civil español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 2019, pp. 569-625.

ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS: "El precontrato de donación: consideraciones sobre su posibilidad o imposibilidad en el Derecho civil español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 75, 2022, pp. 839-922.

ARVIZU Y AGUADO, FERNANDO: *Las donaciones inter-vivos en el Derecho Civil de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1964.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil*, Tecnos, Madrid, 2018.

ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sentencia de 23 de mayo de 1987. Renta vitalicia. Donación remuneratoria. Forma de la aceptación. Doctrina de los actos propios", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14, 1987, pp. 4649-4662.

ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de las donaciones", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Vol. 1*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 111-144.

ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "La promesa de donación", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 155-191.

ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN: "Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización", en AA.VV.: *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (ATAZ LÓPEZ, JOAQUÍN, y GARCÍA PÉREZ, CARMEN LEONOR, coordinadores), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 57-118.

AA.VV.: *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)* (JEREZ DELGADO, CARMEN, coordinadora), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2015.

AA.VV.: *Comentarios a la Ley Hipotecaria* (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, director), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

BALBI, GIOVANNI PAOLO: *La donazione*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milán, 1964.

BARÓ PAZOS, JUAN: *La codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

BATLLE VÁZQUEZ, MANUEL: "Artículo 3", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo I. Artículos 1 a 41 del Código Civil* (ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL, coordinador), Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pp. 77-87.

BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, y COLIN, MAURICE: *Traité théorique et pratique de Droit Civil. Des donations entre vifs et des testaments. Tome Premier*, L. Larose, París, 1893.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ: *La renta vitalicia*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, PABLO: "La tradición como modo de adquirir la propiedad", *Revista de Derecho Privado*, núm. 51, 1967, pp. 103-116.

BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL: "La revocación de las donaciones", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 720, 2010, pp. 1864-1902.

BIONDI, BIONDO: *Sucesión testamentaria y donación,* 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1960.

BIONDI, BIONDO: *Le donazioni,* Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1961.

BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE PAULA: *Instituciones de Derecho Civil. Contratos en particular*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2022.

BONEL Y SÁNCHEZ, LEÓN, *Código Civil español. Comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los Códigos Civiles de la mayor parte de los países de Europa y América. Tomo III. Libro III*, A. López Robert Impresor, Barcelona, 1890.

BONET RAMÓN, FRANCISCO: "La ley de bases del Código Civil", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19 (especial dedicado el centenario del Código Civil español), 1988, pp. 321-346.

BONFANTE, PIETRO: *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile di G. Baudry-Lacantinerie. Delle donazioni fra vivi e dei testamenti. Vol. II*, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milán, 1931.

BORRELL I SOLER, ANTONI MARIA: *Derecho Civil vigente en Cataluña. Tomo Tercero. Obligaciones*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1944.

BORSARI, LUIGI: *Commentario del Codice Civile italiano. Volume terzo. Parte seconda*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1877.

BUCHHALTER MONTERO, BRIAN: "Notas sobre nomofilaxis a la luz de la casación civil histórica: de la constitución de Cádiz a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855", *Justicia: Revista de Derecho procesal*, núm. 1, 2022, pp. 243-306.

CADARSO PALAU, JUAN: "Contrato y donación en la renta vitalicia constituida a título gratuito. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 23 mayo 1987", *Diario La Ley*, 1988, pp. 223-238.

CALVO SORIANO, ÁLVARO: "Donación y tradición", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 3, 1946, pp. 399-472.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: *La obligación natural*, Bosch, Barcelona, 1990.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO: "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, pp. 71-99.

CANTERO NÚÑEZ, FEDERICO JOSÉ: "Algunas reflexiones acerca de la capacidad de los menores para aceptar donaciones", *Revista de Derecho Notarial*, núm. 140, 1988, pp. 315-327.

CAÑIZARES LASO, ANA: "El contrato de donación. Donaciones por razón de matrimonio", en AA.VV.: *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo II. Contratos de finalidad traslativa de dominio (II). Compraventa de empresa. Transmisión de acciones, de participaciones sociales y de cuotas de sociedades. Compraventa de derecho hereditario. Permuta. Donación. Cesión de créditos. Contratos de factoring y de confirming* (YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, director), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 331-528.

CARDÓS ELENA, JOSÉ MARÍA: "Atribuciones gratuitas de bienes en el marco de las separaciones matrimoniales", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 17 bis, 2022, pp. 1546-1572.

CARDÓS ELENA, JOSÉ MARÍA: "La eficacia traslativa de la donación en el Código Civil a la luz de los antecedentes históricos y legislativos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 77, 2024, pp. 1181-1284.

CARRIÓN OLMOS, SALVADOR: "Algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación (con especial referencia a la mecánica traslativa de aquélla)", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente. Vol. 1* (PRATS ALBENTOSA, LORENZO, coordinador), Servicio de Publicaciones de la Universitat de València, València, 1996, pp. 199-219.

CASANOVAS I MUSSONS, ANNA: "La dualidad de funciones de la aceptación de la donación: los artículos 623 y 629 del Código Civil", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo II. Derecho Civil. Derecho de obligaciones* (CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, coordinador), Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 1611-1628.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho Civil Español, Común y Foral. Obra ajustada al programa para las oposiciones a Notarías determinadas. Tomo III. Derecho de obligaciones (Doctrina especial de contratos). Derecho de familia*, 6ª ed., Reus, Madrid, 1944.

CASTAÑOS CASTRO, PAULA: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

CASTAÑOS CASTRO, PAULA: "Donaciones no traslativas", *Revista de Derecho Privado*, núm. 105, 2021, pp. 3-24.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, 2012, pp. 1001-1073.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO: "El (relativo) valor interpretativo de los materiales prelegislativos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 72, 2019, pp. 749-794.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1998.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: "Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos", en *Contratos gratuitos* (PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B., coordinador), Reus, Madrid, 2020, pp. 15-31.

CLEMENTE MEORO, MARIO ERNESTO: *El acreedor de dominio*, Tirant lo Blanch, València, 2000.

COBACHO GÓMEZ, JOSÉ ANTONIO: "Las liberalidades de uso", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1105-1125.

COLLANTES DE TERÁN DE LA HERA, MARÍA JOSÉ: "Donaciones matrimoniales en la codificación civil española", *Revista de Derecho Privado*, núm. 83, 1999, pp. 774-791.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN - SECCIÓN DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2023.

COSTAS RODAL, LUCÍA: "El contrato de donación", en *Tratado de contratos. Tomo II* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director; MORALEJO IMBERNÓN, NIEVES I., y QUICIOS MOLINA, MARÍA SUSANA, coordinadoras), 3ª ed., Tirant lo Blanch, València, 2020, pp. 2828-2909.

CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL: "El principio de irrevocabilidad de las donaciones", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 226, 1969, pp. 699-738.

CRISTÓBAL MONTES, ÁNGEL: "La regla «donner et retenir ne vaut» y los Códigos Civiles de Francia, Italia y España", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 230, 1971, pp. 485-557.

CUADRADO PÉREZ, CARLOS: *La cesión de créditos*, Dykinson, Madrid, 2014.

DE BROCÀ I MONTAGUT, GUILLEM MARIA, Y AMELL I LLOPIS, JOAN: *Instituciones del Derecho Civil Catalán vigente, ó sea, exposición metódica y razonada de las leyes, costumbres y jurisprudencia de los autores y de la antigua Audiencia del Principado; completada con las doctrinas del Tribunal Supremo y precedida de una introducción histórica. Tomo Segundo,* 2ª ed., Imprenta Barcelonesa, Barcelona, 1886, p. 239.

DE BUEN LOZANO, DEMÓFILO: *Curso elemental de Derecho Civil por Ambrosio Colin y H. Capitant. Con notas sobre el Derecho Civil español. Tomo Octavo y último. Derecho Sucesorio. Donaciones. Ausencia*, Reus, Madrid, 1928.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: "La promesa de contrato (algunas notas para su estudio)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 3, 1950, pp. 1133-1186.

DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DE COSSÍO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de Derecho Civil, 1. Parte General. Derecho de Obligaciones,* Alianza, Madrid, 1975.

DE DIEGO GUTIÉRREZ, FELIPE CLEMENTE: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo I*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.

DE DIEGO GUTIÉRREZ, FELIPE CLEMENTE: *Instituciones de Derecho Civil Español. Tomo II*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1930.

DE FUENMAYOR CHAMPÍN, AMADEO: *La revocación de la propiedad*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas – Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, 1941.

DE GUZMÁN GENZOR, ALFONSO: *Tractatus de evictionibus, in quo quaestionum practicarum utriusque fori ecclesiastici et secularis,* Joannis-Antonii Huguetan, Lyon, 1576.

DE LLEÓ I GUIMERÀ, FRANCESC JERONI: *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae. Tomus Secundus,* Apud Agustinum Martinez Typographum, Orihuela, 1625.

DE LLEÓ I GUIMERÀ, FRANCESC JERONI: *Decisiones Sacrae Regiae Audientiae Valentinae. Tomus Tertius*, Ex Praelo Syluestri Sparsaff, València, 1646.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica", *Revista de Derecho Privado*, núm. 55, 1971, pp. 803-821.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: "¿Es posible la donación obligatoria o promisoria en Derecho español?", en *À l'Europe du troisième millénaire. Mélanges offerts à*

Giuseppe Gandolfi à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie, vol. 1, 2004, pp. 71-104.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS: *Estudios sobre derecho de contratos, integración europea y codificación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

DE MOLINA, Luis: *De Iustitia, Tomus Primus. Complectens Tractatum Primum, et ex Secundo Disputationes 251 usque*, Ex Officina Ioannis Masselini Typographi, Cuenca, 1593.

DE MOLINA, LUIS: *De Iustitia, Tomus Secundus De Contractibus*, Ex officina Michaëlis Serrano de Vargas, Cuenca, 1597.

DEMOLOMBE, CHARLES: *Traité des donations entre-vifs et des testaments. Tome premier*, Imprimerie de Ch. Lahure, 2ª ed., París, 1863.

DE PABLO CONTRERAS, PEDRO: "Artículos 624 a 625", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 114-117.

DE PABLO CONTRERAS, PEDRO: "Artículos 628 a 633", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 121-130.

DE POU, FRANCISCO: "De la insinuación de las donaciones", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 16, 1860, pp. 27-32.

DE PRADA GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968, pp. 255-393.

DE TORRES PEREA, JOSÉ MANUEL: "El "promissory estoppel" y su posible incidencia en el Derecho Español (en especial respecto a la hipótesis de admisión de las donaciones obligacionales)", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 31, 2013, pp. 161-185.

DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: "Donación "inter vivos", "mortis causa" y donación "inter vivos" con entrega "post mortem". Comentario a la STSJ Navarra de 26 octubre 2002", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 13, 2004, pp. 131-151.

DEL VISO Y AÑÓ, SALVADOR: *Lecciones elementales de Historia, y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España. Parte Segunda del Derecho Civil. Tratado Tercero. Del*

derecho de las personas para exigir de otro lo que debe, ó sea: de las obligaciones, 2ª ed., Imprenta de D. José Mateu Garín, València, 1857.

DIAS FERREIRA, JOSÉ: *Codigo Civil portuguez annotado. Volume II*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1871.

DIAS FERREIRA, JOSÉ: *Codigo Civil portuguez annotado. Volume III*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1872.

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, MARÍA DOLORES: "La promesa de donación en el Código Civil y la jurisprudencia", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 258, 1985, pp. 703-755.

DÍAZ BRITO, FRANCISCO JAVIER: "La aportación de bienes a las fundaciones", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1051-1071.

DIESTE Y JIMÉNEZ, MANUEL: *Diccionario del Derecho Civil aragonés (precedido de una introducción histórica)*, Imprenta de Manuel Minuesa, Madrid, 1869.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El concepto de causa en el negocio jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 16, 1963, pp. 3-32.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 19, 1966, pp. 555-573.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Estudios sobre la jurisprudencia civil. II*, Tecnos, Madrid, 1969.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "De las donaciones por razón de matrimonio", en *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia. Volumen II*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 1570-1581.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: "El *animus donandi*", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 35, 1996, pp. 305-331.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen Primero. Introducción. Teoría del Contrato*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

DOMINGO DE MORATÓ, DOMINGO RAMÓN: *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles, de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, Imprenta de D. M. Aparicio, Valladolid, 1856.

DOMINGO DE MORATÓ, DOMINGO RAMÓN: *El Derecho Civil Español con las correspondencias del Romano, tomadas de los Codigos de Justiniano y de las doctrinas de sus intérpretes, en especial de las Instituciones y del Digesto romano hispano de D. Juan Sala. Tomo Segundo*, Imprenta Librería Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez, Valladolid, 1868.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS: "Artículos 634 a 636", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 745-747.

DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS: "Artículos 654 a 656", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 766-769.

DOMÍNGUEZ DE MOLINA, JOAQUÍN: "Sobre la subsistencia de la insinuación romana en Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 71, 1954, pp. 503-517.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, JOSÉ ANTONIO, y DEL ARCO TORRES, MIGUEL ÁNGEL, *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.

D'ORS PÉREZ-PEIX, ÁLVARO: "Sobre la causa de los actos jurídicos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 9, 1956, pp. 578-586.

D'ORS PÉREZ PEIX, ÁLVARO: *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, 2004.

DUALDE GÓMEZ, JOAQUÍN: *Una Revolución en la Lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Bosch, Barcelona, 1933.

DURÁN RIVACOBA, RAMÓN: *Donación de inmuebles. Forma y simulación*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

DUPEYROUX, JEAN-JACQUES: *Contribution a la théorie générale de l'acte a titre gratuit*, Librairie général de droit et de jurisprudence, París, 1955.

EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES: "Perfección de la donación: acto, negocio dispositivo o contrato", en AA.VV., *Tratado de las liberalidades. Homenaje al Profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 293-324.

ESCRICHE Y MARTÍN, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia. Tomo Primero*, 3ª ed., Librería de la Señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847.

ESPÍN CÁNOVAS, DIEGO: *Manual de Derecho Civil Español. Vol. III. Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.

ESTRUCH ESTRUCH, JESÚS, y VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO: *Las relaciones contractuales*, Oberta UOC Publishing, Barcelona, 2019.

FALCÓN Y OZCOIDI, MODESTO: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral, según las leyes escritas, la jurisprudencia de los Tribunales y la opinion de los escritores. Tomo II*, Establecimiento Tipográfico de D. Vicente Oliva, Salamanca, 1878.

FEBRERO, JOSÉ: *Librería de Escribanos, e instrucción jurídica teórico practica de principiantes. Primera parte dividida en tres Tomos. Tomo Primero*, Imprenta de Antonio Pérez de Soto, Madrid, 1769.

FENET, PIERRE-ANTOINE: *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, comprenant sans morcellement; 1º Le texte des divers projets; 2º Celui des observations du Tribunal de Cassation et des Tribunaux d'Appel; 3º Toutes les discussions puisées littéralment tant dans les procès-verbaux de Conseil-d'État que dans ceux su Tribunat, et 4º Les exposés de motifs, rapports, opinions et discours tels qu'ils ont été prononcés au Corps Législatif et au Tribunat. Tome Douzième*, Imprimerie d'Hyppolite Tilliard, París, 1836.

FERNÁNDEZ OTERO, JOSÉ RAMÓN: "La donación según el Código Civil", *Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho de Sucesiones. Donación*, núm. 3, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 411-430.

FERRANDIS VILELLA, JOSÉ: "Donación traslativa y contrato de donación", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, núm. 8, 1960, pp. 329-365, y núm. 9, 1960, pp. 579-609.

FERRANDO VILLALBA, MARÍA DE LOURDES: "Artículo 12. Dotación", en AA.VV.: *Comentarios a la Ley de Fundaciones (Ley 50/2002, de 26 de diciembre)* (OLAVARRÍA IGLESIA, JESÚS, coordinador), Tirant lo Blanch, València, 2008, pp. 295-335.

FRANCO Y LÓPEZ, LUIS, y GUILLÉN Y CARABANTES, FELIPE: *Instituciones de Derecho Civil aragonés*, Imprenta de M. Peiró, Zaragoza, 1841.

GALICIA AIZPURUA, GORKA HORACIO: "Causa de la obligación frente a causa del contrato en el Código Civil Español: una exposición crítica (a propósito de la propuesta de modernización del derecho de obligaciones formulada por la Comisión General de Codificación)", *Revista de Derecho Privado*, núm. 94, 2010, pp. 29-61.

GARCÍA DE ALBIZU GÁRATE, NATALIA: "Problemática en torno al objeto de la donación", *Derecho y Opinión*, núm. 2, 1994, pp. 51-57.

GARCÍA-GALLO DE DIEGO, ALFONSO: "Las fuentes legales vigentes a comienzos del siglo XIX", *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 19 (especial dedicado el centenario del Código Civil español), 1988, pp. 9-34.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: "Breves notas en defensa de la donación como negocio jurídico adquisitivo del dominio", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 1998, pp. 893-900.

GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL: *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria del registro mercantil*, 5ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006.

GARCÍA GARRIDO, MANUEL: *Derecho Privado Romano. I. Instituciones*, 2ª ed., Madrid, 1982.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo II*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA GOYENA, FLORENCIO: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Tomo III*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852.

GARCÍA PÉREZ, ROSA: *La acción de reducción de donaciones inoficiosas*, Tirant lo Blanch, València, 2004.

GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN: "Artículos 1290 a 1314", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 9199-9283.

GARCÍA VICENTE, JOSÉ RAMÓN: "La invalidez de las donaciones disimuladas: cambio de paradigma en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (EGUSQUIZA BALMASEDA, MARÍA ÁNGELES, y PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, MARÍA CARMEN, directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 357-381.

GETE-ALONSO Y CALERA, MARÍA DEL CARMEN: *Estructura y función del tipo contractual*, Bosch, Barcelona, 1979.

GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *Curso de Derecho Civil*, Anubar, València, 1968.

GOMÁ SALCEDO, JOSÉ ENRIQUE: *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral. Tomo II. Obligaciones y contratos*, Bosch, Barcelona, 2005.

GÓMEZ, ANTONIO: *Commentariorum variarúmque resolutionum Iuris Ciuilis, communis & Regii. Tomus Secundus de Contractibus*, Andreae Portinariis, Salamanca, 1613.

GÓMEZ DE LA SERNA, PEDRO, y MONTALBÁN HERNANZ, JUAN MANUEL: *Elementos del derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la legislación española. Tomo segundo*, 10ª ed., Imp. de G. Alhambra, Madrid, 1872.

GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO: "La tradición de fincas en los instrumentos públicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 1, 1945, pp. 7-43.

GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL: "La donación", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º* (GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M. director; SAPENA DAVÓ, JOAQUÍN, y SAPENA DAVÓ, FRANCISCO, coordinadores), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 489-870.

GORLA, GINO: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, Bosch, Barcelona, 1959.

GRAULLERA SANZ, VICENTE: *Historia del Derecho Foral Valenciano*, Tyris, València, 1994.

GUILLOT ALIAGA, DOLORES: "La insinuación de las donaciones como garantía", *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 72, 2002, pp. 473-501.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1968.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, BENITO: *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. Tratado de las obligaciones. Tomo Quinto*, 3ª ed., Impr. de la V. é hijas de Á. Peñuelas, Madrid, 1869.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO: "La estructura de la donación entre vivos y su emplazamiento sistemático en la jurisprudencia medieval y moderna y en la codificación", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 25, 2004, pp. 199-267.

HERNÁNDEZ DE LA RÚA, VICENTE: *Lecciones de derecho español. Tomo Segundo*, Imprenta de Don Salvador Albert, Madrid, 1838.

IACOVINO, CELESTE, TAVASSI, VINCENZO, y CASSANDRO, TANIA: *La donazione* (CATAUDELLA, ANTONINO, coordinador), Giuffrè, Milán, 1996.

IGLESIAS SANTOS, JUAN: *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, 6ª ed., Ariel, Barcelona, 1979.

IRURZUN GOICOA, DOMINGO: *La donación con reserva de la facultad de disponer (algunos problemas que plantea el artículo 639 del Código Civil)*, Sucesor de Vives Mora, València, 1967.

ISÁBAL Y BADA, MARCELIANO: "La insinuación de las donaciones en Aragón", *Revista de Derecho Privado*, núm. 10, 1923, pp.

JORDANO BAREA, JUAN B.: "Los contratos atípicos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 195, 1953, pp. 51-95.

JORDANO BAREA, JUAN B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.

JORDANO BAREA, JUAN B.: "La causa en el sistema del Código civil español", en AA.VV.: *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo. Vol. 1*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 457-476.

JORDANO FRAGA, FRANCISCO: "El pago, por el prestatario, de intereses no pactados (art. 1756 CC)", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, 2002, pp. 1541-1608.

KAMPHUISEN, PIETER WILHELMUS: "La garantie en cas d'éviction en droit romain hors du contrat de vente", *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 6, 1927, pp. 607-650.

KASER, MAX: *Derecho Romano Privado*, Reus, Madrid, 1968.

KUNKEL, WOLFGANG: *Derecho Privado Romano*, Labor, Barcelona, 1937.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "Inscripción y tradición", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 344-345, 1957, pp. 1-16.

LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: "La donación", en *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1986, pp. 121-170.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil y la naturaleza de la donación", *Revista de Derecho Privado*, núm. 48, 1964, pp. 275-299.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: "Los modos de adquirir la propiedad y los contratos de finalidad traslativa en el Derecho español", *Revista de Derecho Privado*, núm. 57, 1973, pp. 383-419.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Derecho Civil. Programa y bibliografía*, Servicio de fotocopias de la Facultad de Derecho, València, 1986.

LAMARCA MARQUÈS, ALBERT: *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001.

LAMBERTINI, RENZO: "I. 2.7.2. Un problematico raccordo tra effetti della donazione e della compravendita in diritto giustinianeo", *Labeo: rassegna di diritto romano*, vol. 49, 2003, pp. 60-75.

LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código). Volumen I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978.

LASSO GAITE, JUAN FRANCISCO: *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código) Volumen II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1979.

LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de obligaciones. Volumen III. Contratos en particular*, Tecnos, Madrid, 1990.

LEVY, ERNST: *West Roman Vulgar Law*, American Philosophical Society Library, Filadelfia, 1951.

LOPES, MANUEL BAPTISTA: *Das doações*, Livraria Almedina, Coímbra, 1970.

LÓPEZ, GREGORIO: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL: "Artículo 1255", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV. Arts. 1156 a 1582* (CAÑIZARES LASO, ANA, directora), Tirant lo Blanch, València, 2013.

LÓPEZ RICHART, JULIÁN: *Los contratos a favor de tercero*, Dykinson, Madrid, 2001.

LÓPEZ VILAS, RAMÓN: *Estudios de jurisprudencia civil. V.1*, Montecorvo, Madrid, 1989.

MACÍA MORILLO, ANDREA: "El contrato o estipulación a favor de tercero a la luz del Derecho comparado y del moderno Derecho de contratos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 73, 2020, pp. 559-633.

MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLES JOAN: "Donación y revocación", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García. Vol. 2* (GONZÁLEZ PORRAS, JOSÉ MANUEL, y MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO P., coordinadores), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 2955-2970.

MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896.

MARÍN CASTÁN, FRANCISCO: *Comentario del Código Civil. Libro III. De los diferentes modos de adquirir la propiedad. Títulos I al III. Arts. 609 al 857. Tomo 4* (SIERRA GIL DE LA CUESTA, IGNACIO, coordinador), 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2006.

MARÍN LÁZARO, RAFAEL: "La partición de la herencia hecha por actos "inter vivos"", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 176, 1944, pp. 213-238.

MARTÍN PÉREZ, JOSÉ ANTONIO: "Artículos 657 a 661", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad. (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 239-257.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Derecho Civil. Volumen II. Derechos reales y derecho inmobiliario registral*, Tecnos, Madrid, 1984.

MARTÍN LEÓN, ANTONIO: *Las Donaciones por Razón de Matrimonio en el Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

MARTÍN BERNAL, JOSÉ MANUEL: *La estipulación a favor de tercero*, Montecorvo, Madrid, 1985.

MARTÍNEZ LAFUENTE, ANTONIO: *Fundaciones y mecenazgo. Análisis Jurídico-Tributario de la Ley 30/1994, de 24 de octubre*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1999.

MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA: "Los principales sistemas de transmisión de la propiedad de los bienes inmuebles en el Derecho europeo", en *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el Derecho europeo* (ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER, y DE LA FUENTE ALFARO, FERNANDO, codirectores; MARTÍNEZ VELENCOSO, LUZ MARÍA, coordinadora), Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 73-102.

MATEO SANZ, JACOBO BERNARDO: "Artículos 630 a 633", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 740-745.

MILLÁN SALAS, FRANCISCO: "La mora del acreedor: consecuencias y cese", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 792, 2022, pp. 2352-2393.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1999, pp. 565-596.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Artículo 609", en *Comentario del Código Civil. Tomo I* (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, CÁNDIDO, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, Y SALVADOR CODERCH, PABLO, directores), Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, JOSÉ MARÍA: "Donaciones en convenio regulador", en AA.VV.: *Derecho de Familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías. La jurista que se adelantó a su tiempo* (ABAD TEJERINA, PALOMA, coordinadora), Sepín, Las Rozas, 2021, pp. 317-330.

MOLINA GARCÍA, ANTONIO: *La doble venta a través de la jurisprudencia civil*, Montecorvo, Madrid, 1975.

MONOSI, STEFANIA: "Titolo V – Delle donazioni", en *Codice Civile a cura di Pietro Rescigno. Tomo I (artt. 1-1702)* (CIRILLO, GIANPIERO PAOLO, director), 11ª ed., Giuffrè, Milán, 2022, pp. 1438-1492.

MONTERO LEÓN, JUAN: "Adquisición de inmuebles por donación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, 1992, pp. 2107-2141.

MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS: "La dinámica de los derechos reales (I). La adquisición", en AA.VV., *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral* (LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, y MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, coordinadores), Tirant lo Blanch, València, 1994, pp. 91-113.

MORCILLO ORTIZ, JUAN: *Novísima ilustración del derecho español, metodizada escrupulosamente, para la mejor comprension de las doctrinas jurídicas y distincion de sus diversas materias, redactada bajo los principios y axiomas generales del Derecho Comun. Tomo II*, Imprenta de José María Ducazcal, Madrid, 1848.

NART FERNÁNDEZ, Ignacio: "Donación y reversión a personas futuras", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 5, 1952, pp. 579-606.

NAVARRO AMANDI, MARIO: *Código Civil de España. Compilacion metódica de la doctrina contenida en nuestras leyes civiles vigentes con expresion de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales Códigos de otros pueblos y comentarios. Tomo Primero*, Imprenta de Enrique Rubinos, Madrid, 1880.

NAVARRO AMANDI, MARIO: *Cuestionario del Código Civil reformado en virtud de la Ley de 26 de mayo de 1889 por Real Decreto de 24 de julio del mismo año. Tomo* Tercero, Imprenta de Infantería de Marina, Madrid, 1890.

NIETO ALONSO, ANTONIA: "Artículos 618 a 629", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil* (DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, director), Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 725-740.

NIETO ALONSO, ANTONIA: "Artículos 634 a 637", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 130-153.

NÚÑEZ-LAGOS MORENO, RAFAEL: "Pago de lo indebido sin error", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 179, 1946, pp. 129-157.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Compendio de Derecho Civil. Tomo II. Obligaciones y contratos. Volumen 2º*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2001.

OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo I*, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1876.

OLIVER Y ESTELLER, BIENVENIDO: *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo III*, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1879.

ORDUÑA MORENO, FRANCISCO JAVIER: *La responsabilidad por evicción y la partición de herencia (con el tratamiento de la jurisprudencia del T.S.*, Bosch, Barcelona, 1990.

OSSORIO SERRANO, JUAN MIGUEL: "El contrato de donación", en *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (SÁNCHEZ CALERO, FRANCISCO JAVIER, coordinador) Tirant lo Blanch, València, 2021, pp. 281-307.

PACIFICI-MAZZONI, EMIDIO: *Istituzioni di Diritto Civile italiano. IV. Libro III. Dei modi de acquistare e di trasmettere la propietà e gli altri diritti sulle cose. Parte Prima. Delle Successioni, dei Legati e delle Donazioni*, 2ª ed., Eugenio e Filippo Cammelli, Florencia, 1872.

PALÁ MEDIANO, FRANCISCO: "La insinuación de donaciones en Aragón", en *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Puyol*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Zaragoza, 1954, pp. 413-478.

PALAZZO, ANTONIO: *Il Codice Civile. Commentario. Le donazione. Artt. 769-809* (SCHLESINGER, PIERO, director), 2ª ed., Giuffrè, 2000.

PANTALEÓN PRIETO, ÁNGEL FERNANDO: "Cesión de créditos", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 41, 1988, pp. 1033-1132.

PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "Artículo 609", en *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 4647-4661.

PARRA LUCÁN, MARÍA DE LOS ÁNGELES: "La donación", en *Curso de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones. Volumen II. Contratos y responsabilidad civil*, 5ª ed., Edisofer, Madrid, 2020, pp. 81-106.

PASCUAL Y GONZÁLEZ, LUIS: *Derecho Civil de Mallorca. Herencias y otras Especialidades forales*, Imprenta Mossén Alcover, Palma de Mallorca, 1951.

PELLA I FORGAS, JOSEP: *Derecho Civil de Cataluña. Exposición del Derecho Catalán comparado con el Código Civil Español. Tomo III*, 2ª ed., Editorial Vela, Barcelona, 1943, p. 11.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Derechos Reales. Derecho Hipotecario. Tomo I. Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*, 4ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2ª ed., Consejo General del Notariado, Madrid, 2006.

PÉREZ ALGAR, FÉLIX: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del art. 3.1 del Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1995.

PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

PÉREZ CONESA, CARMEN: *El contrato a favor de tercero*, Comares, Granada, 1999.

PÉREZ Y LÓPEZ, ANTONIO XAVIER: *Teatro de la Legislación Universal de España e Indias, por orden cronológico de sus Cuerpos, y Decisiones no recopiladas: y alfabético de sus Títulos y principales Materias. Tomo XI*, Imprenta de Ramón Ruiz, Madrid, 1796.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO: "Fuentes romanas en las Partidas", *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 4, 1992, pp. 215-246.

PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS, y ALGUER MICÓ, JOSÉ: *Derecho de obligaciones por Ludwig Enneccerus. Volumen segundo. Doctrina especial*, Bosch, Barcelona, 1935.

PESET REIG, MARIANO: *Lecciones de Historia del Derecho*, Artes Gráficas Soler, València, 2000.

PETIT SEGURA, MIGUEL ÁNGEL: *La doble venta y la misma disposición de una misma cosa (la teoría del "iter" pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición "a non domino")*, Signo, Barcelona, 1990.

PLANIOL, MARCEL: *Traité élémentaire de Droit Civil conforme au programme des Facultés de Droit. Tome Troisième. Les régimes matrimoniaux. Les successions. Les donations et les testaments*, 11ª ed., Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, París, 1932.

POVEDA BERNAL, MARGARITA ISABEL: *Relajación formal de la donación*, Dykinson, Madrid, 2004.

PRADO RODRÍGUEZ, JUAN CARLOS: "Incumplimiento de la donación promisoria y *beneficium competentiae*: Bases romanistas de su recepción en el Código civil de Bello", *GLOSSAE. European Journal of Legal History*, núm. 17, 2020, pp. 628-672.

PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de Derecho Civil. Tomo II. Volumen II. Contratos en particular. Enriquecimiento injusto. Responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1956.

PUIG PEÑA, FEDERICO: *Tratado de Derecho Civil español. Tomo IV. Obligaciones y contratos. Vol II. De los contratos en particular y demás fuentes de la obligación*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1946.

QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE: *La situación jurídica de renta gratuita*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1979.

QUIÑONERO CERVANTES, ENRIQUE: *La protección del interés del donante (Estudio de los artículos 634 y 648-3º del Código Civil*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1990.

REALES ESPINA, JUAN IGNACIO: *La obligación natural en el Código Civil*, Comares, Granada, 2000.

RICCI, FRANCESCO: *Corso teorico-pratico di Diritto Civile. Volume Quarto. Acquisto dell'Eredità - Donazioni*, Unione Tipografico-Editrice, Turín, 1878.

ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "Contrato traslativo del dominio a título gratuito: la donación", en *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos* (LÓPEZ Y LÓPEZ, ÁNGEL MANUEL, MONTÉS PENADÉS, VICENTE LUIS, ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN; VALPUESTA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO, y VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO, coordinadores), Tirant lo Blanch, València, 2001, pp. 411-424.

ROCA I TRIAS, ENCARNACIÓN: "La donació", en AA.VV.: *Institucions del Dret Civil de Catalunya. Volum IV. Drets reals*, Tirant lo Blanch, València, 2007, pp. 173-216.

ROCA SASTRE, RAMÓN MARÍA: "Contrato de promesa", en *Estudios de Derecho privado. I Obligaciones y contratos*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, pp. 323-350.

RODRÍGUEZ ADRADOS, ANTONIO: "Donación con reserva de facultad de disponer", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968, pp. 419-481.

RODRÍGUEZ GIL, MAGDALENA: *La donación en la Alta Edad Media en los reinos de León y Castilla*, Tesis doctoral, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1981.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, ALMA MARÍA: "Incidencia de la muerte del oferente sobre la oferta antes de la perfección del contrato", *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2012, pp. 1-44.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, MARÍA EUGENIA: "Artículos 654 a 656", en AA.VV.: *Código Civil comentado. Volumen II. Libro III – De los diferentes modos de adquirir la propiedad (Arts. 609 a 1087)* (CAÑIZARES LASO, ANA, DE PABLO CONTRERAS, PEDRO, ORDUÑA MORENO, JAVIER, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, ROSARIO, directores), 2ª ed., Civitas - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 222-238.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO: "Efectos de la partición "inter vivos" que regula el artículo 1056 del Código Civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 191, 1952, pp. 307-347.

RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, MIGUEL ÁNGEL: "El criterio histórico en la interpretación jurídica", *Dereito: revista xurídica da Universidad de Santiago de Compostela*, núm. extraordinario 1, 2013, pp. 599-632.

RODRÍGUEZ RAMOS, ANTONIO MANUEL: *La renta vitalicia gratuita*, Comares, Granada, 2006.

ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid, 2011.

RUBIO GARRIDO, TOMÁS: *La doble venta y la doble disposición*, Bosch, Barcelona, 1994.

RUBIO GARRIDO, TOMÁS: "Artículo 657 a 675", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil. Tomo IV* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, director), Tirant lo Blanch, València, 2013, pp. 5015-5226.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "Los artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra explicación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 543, 1981, pp. 351-373.

RUBIO TORRANO, ENRIQUE: "¿Es la donación un contrato?", *Aranzadi Civil*, núm. 2, 2003, pp. 1889-1892.

SAHAGÚN DE MARFÁ Y DE QUINTANA, JUAN: *Curso de ampliación del Derecho Civil Español*, Imprenta Hispana de Vicente Castaños, Barcelona, 1857.

SALAS CARCELLER, ANTONIO: "La ineficacia obligacional de la promesa de donación (Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, núm. 8/2008, de 24 de enero), *Repertorio de jurisprudencia Aranzadi*, núm. 17, 2008, pp. 285-287.

SALAS CARCELLER, ANTONIO: "La promesa de donación y su eficacia: Comentario sobre la sentencia de la Sala Primera del TS núm. 265/2019, de 10 mayo (Recurso de Casación núm. 3029/2016)", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, 2019 (recurso digital).

SALVADOR CODERCH, PABLO: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *Revista de Derecho Privado*, núm. 62, 1978, pp. 661-697.

SALVADOR CODERCH, PABLO: "Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, 1983, pp. 1657-1684.

SÁNCHEZ-BLANCO Y SÁNCHEZ-BLANCO, JAIME: "Sobre la naturaleza y la forma de la donación", *Información Jurídica*, núm. 112, 1952, pp. 795-817.

SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo III. Derechos de obligaciones*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1888-1889.

SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *Estudios de Derecho Civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y el Código Civil é historia de la legislación española. Tomo Tercero. Derechos Reales. Derecho de la propiedad y sus modificaciones*, 2ª ed., Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1900.

SÁNCHEZ ROMÁN, FELIPE: *La codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y consumación*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890.

SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS: "Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 231, 1971, pp. 663-681.

SANTAMARÍA ANSA, JUAN, y SANTAMARÍA CRISTÓBAL, JOSÉ LUIS: *Comentarios al Código Civil. Texto vigente, comentarios, concordancias y referencias, recensión de la doctrina de los autores, recensión y tablas cronológicas de la jurisprudencia, claves sinópticas, bibliografía e índices. I. Arts. 1 a 1.087*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

SANTOS BRIZ, JAIME: "Contratos fácticos y atípicos: el contrato como objeto de otro contrato", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 20, 1976, pp. 299-300.

SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho Civil. Teoría y práctica. Tomo IV. Derecho de obligaciones. Los contratos en particular*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.

SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ: *La forma de los contratos en el Código Civil*, Universidad Carlos III de Madrid e Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996.

SIMÓ SANTONJA, VICENTE LUIS: "Contrato de donación y persona jurídica", *Revista de Derecho Privado*, núm. 47, 1963, pp. 978-991.

SIMÓ SEVILLA, DIEGO: "El contrato de cesión", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado. Tomo III. Obligaciones y contratos. Volumen 2º* (GARRIDO DE PALMA, VÍCTOR M., director; SAPENA DAVÓ, JOAQUÍN, y SAPENA DAVÓ, FRANCISCO, coordinadores), 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 399-435.

SIRVENT GARCÍA, JORGE: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Tirant lo Blanch, València, 2003.

TAMAYO CARMONA, JUAN ANTONIO: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo II*, València, 2011, pp. 2535-2556.

TORRENTE, ANDREA: *La donazione*, Giuffrè, Milán, 1956.

TRINGALI, FABIO: *La donazione*, G. Giappichelli Editore, Turín, 2004.

TORAL LARA, ESTRELLA: *El contrato de renta vitalicia*, La Ley, Las Rozas, 2009.

TROPLONG, RAYMOND THEODORE: *Droit Civil expliqué. Des donations entre-vifs et des testaments, ou Commentaire du titre II du livre III du Code Napoléon. Tome Premier*, Typographie de Henri Plon, 3ª ed., París, 1872.

VALVERDE Y VALVERDE, CALIXTO: *Tratado de Derecho Civil Español. Tomo III. Parte especial. Derechos personales o de obligaciones*, 2ª ed., Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1920.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "La donación «mortis causa» en el Código civil español", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 5, 1950, pp. 625-829.

VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B.: "Donación, condición y conversión jurídica material", *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4, 1952, pp. 1205-1328.

VAQUER ALOY, ANTONI: "El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones?", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, 2011, pp. 5-39.

VAQUER ALOY, ANTONI: *La donación en España y en Europa*, Reus, Madrid, 2012.

VATTIER FUENZALIDA, CARLOS: "Las nuevas liberalidades de mecenazgo", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 49, 1994, pp. 1057-1072.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS: *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil*, 4ª ed., Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1992.

VERDERA SERVER, RAFAEL ANTONIO: *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1995.

VIVAS TESÓN, INMACULADA: "La invalidez de la promesa de donación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 141-153.

VOCI, PASQUALE: "Tradizione, donazione, vendita da Costantino e Giustiniano", *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, núm. 38, 1987, pp. 72-147.

XIRAU PALAU, JOSEP RAMON: "Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 143, 1923, pp. 297-335.

ZURITA MARTÍN, ISABEL: *Contratos vitalicios*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

FUENTES LEGALES

A) Derecho Romano

Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por Ildefonso L. García del Corral, Barcelona-València, 1889-1898.

B) Aragón

Observancias del Reino de Aragon. Vertidas del latín al castellano por los autores del Derecho y jurisprudencia de Aragon en sus relaciones con la legislacion de Castilla, Imprenta y librería de Vicente Andrés, Zaragoza, 1865.

C) Castilla

Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

Novisima Recopilacion de las leyes de España. Tomo V. Libros X, XI y XII, Madrid, 1805.

D) Mallorca

Ordinacions, y Sumari dels Privilegis, Consuetuds, i Bons Usos del Regne de Mallorca, por Antoni Moll, Casa de Pera Guasp, Palma, 1663.

E) Tortosa

Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa. Tomo IV, por Bienvenido Oliver y Esteller, Imprenta de Miguel Ginesta, Madrid, 1881.

F) València

Fori Regni Valentiae, València, 1547.

G) España

Ley Hipotecaria, Reglamento general para su ejecucion é Instruccion sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a registro, Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1861.

Código Civil. Edición oficial reformada, Madrid, 1889.

Para las posteriores redacciones del CC, así como para la redacción actualmente vigente del CC, se ha tomado como referencia la información obrante en la página web de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, disponible en la siguiente dirección de internet: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763.

Real Orden de 29 de julio de 1889, por la que se significa el Real Agrado a los miembros de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación que redactaron las enmiendas y adiciones de la edición reformada del Código Civil, y por la que se dispone la publicación en la Gaceta de Madrid de la "Exposición" en la que se expresan los fundamentos de las mismas.

H) Francia

Code Civile des Français, Imprimerie de la République, París, 1804.

Para las redacciones sucesivas y la actualmente vigente del Código Civil francés, se ha tomado como referencia la información obrante en *Légifrance. Le service publique de la diffusion du droit*, disponible en la siguiente dirección de internet: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/.

I) Italia

Codice Civile del Regno d'Italia, Stamperia Reale, Turín, 1865.

Para la redacción original del Código Civil italiano de 1942, así como para las redacciones sucesivas y la actualmente vigente, se ha tomado como referencia la información obrante en la *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*, disponible en la siguiente dirección de internet: https://www.gazzettaufficiale.it/anteprima/codici/codiceCivile.

J) Portugal

Codigo Civil portuguez approvado por Carta de Lei de 1 de julho de 1867, 2ª ed., Imprensa Nacional, Lisboa, 1868.

Para la redacción original del Código Civil portugués de 1966, así como para las redacciones sucesivas y la actualmente vigente, se ha tomado como referencia la información obrante en el *Diario da República*, disponible en la siguiente dirección de internet: https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

A) Tribunal Supremo

STS de 21 de mayo de 1845 (JC, t. 1, 16; ponente Manuel Antonio Caballero del Pozo)

STS de 21 de noviembre de 1846 (JC, t. 1, 32; ponente Nicolás María Garelly Battifora)

STS de 27 de enero de 1858 (ECLI:ES:TS:1858:162, JC, t. 3, 6; ponente Manuel Ortiz de Zúñiga y Montemayor)

STS de 26 de marzo de 1858 (ECLI:ES:TS:1858:126, JC, t. 3, 24; ponente Juan Martín Carramolino)

STS de 28 de marzo de 1859 (ECLI:ES:TS:1859:92, JC, t. 4, 90; ponente Antero de Echarri Ciga)

STS de 27 de marzo de 1860 (ECLI:ES:TS:1860:22, JC, t. 5, 147; ponente Miguel Osca Guerau de Arellano)

STS de 31 de enero de 1861 (ECLI:ES:TS:1861:207, JC, t. 6, 33; ponente Antero de Echarri Ciga)

STS de 11 de junio de 1862 (ECLI:ES:TS:1862:222, JC, t., 7, 154; ponente Pedro Gómez de Hermosa)

STS de 3 de febrero de 1863 (ECLI:ES:TS:1863:324, JC, t. 8, 30; ponente Sebastián González-Nandín Ágreda)

STS de 21 de marzo de 1863 (ECLI:ES:TS:1863:361, JC, t. 8, 74; ponente Pablo Jiménez de Palacio)

STS de 29 de septiembre de 1865 (ECLI:ES:TS:1865:32, JC, t. 12, 327; ponente José María Herreros de Tejada)

STS de 26 de enero de 1866 (JC, t. 13, 35; ponente Pedro Gómez de Hermosa

STS de 6 de noviembre de 1866 (JC, t. 14, 399; ponente Eusebio Morales Puidebán)

STS de 21 de noviembre de 1867 (ECLI:ES:TS:1867:24, JC, t. 16, 325; ponente Buenaventura Alvarado y Sotomayor)

STS de 13 de marzo de 1869 (JC, t. 19, 69; ponente Laureano de Arrieta Barcina)

STS de 5 de marzo de 1870 (ECLI:ES:TS:1870:179, JC, t. 21, 84; ponente Laureano de Arrieta Barcina)

STS de 29 de diciembre de 1870 (ECLI:ES:TS:1870:44, JC, t. 23, 56; ponente Laureano de Arrieta Barcina)

STS de 31 de marzo de 1875 (ECLI:ES:TS:1875:76, JC, t. 31, 145; ponente José María de Cáceres y Robles)

STS de 30 de abril de 1875 (JC, t. 32, 192; ponente José Fermín de Muro)

STS de 14 de diciembre de 1877 (ECLI:ES:TS:1877:35, JC, t. 38, 453; ponente Federico Guzmán y Magadán)

STS de 31 de mayo de 1879 (ECLI:ES:TS:1879:434, JC, t. 41, 171ponente Pedro Borrajo de la Bandera)

STS de 19 de mayo de 1881 (ECLI:ES:TS:1881:200, JC, t. 46, 238; ponente Benito de Ulloa y Rey).

STS de 5 de noviembre de 1881 (ECLI:ES:TS:1881:200, JC, t. 46, 238; ponente Benito de Ulloa y Rey)

STS de 22 de enero de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:118, JC, t. 54, 30; ponente Juan Fernández Palma)

STS de 15 de febrero de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:144, JC, t. 54, 60; ponente Ricardo Díaz de Rueda)

STS de 20 de marzo de 1884 (ECLI:ES:TS:1884:200, JC, t. 54, 122; ponente Felipe Viñas y Vitoria):

STS de 30 de abril de 1885 (ECLI:ES:TS:1885:526, JC, t. 57, 190; ponente Ricardo Díaz de Rueda)

STS de 29 de enero de 1886 (ECLI:ES:TS:1886:278, JC, t. 59, 32; ponente Raimundo Fernández Cuesta)

STS de 1 de octubre de 1888 (ECLI:ES:TS:1888:1155, JC, t. 64, 85; ponente Francisco Soler Vázquez)

STS de 8 de octubre de 1889 (ECLI:ES:TS:1889:118, JC, t. 66, 63; ponente José Balbino Maestre)

STS de 9 de diciembre de 1891 (ECLI:ES:TS:1891:50, JC, t. 70, 129; ponente Joaquín González de la Peña)

STS de 6 de octubre de 1893 (ECLI:ES:TS:1893:11; JC, t. 74, 40; ponente Mateo Alcocer y Arza)

STS de 24 de abril de 1894 (ECLI:ES:TS:1894:147, JC, t. 75, 124; ponente Diego Montero de Espinosa)

STS de 16 de abril de 1895 (ECLI:ES:TS:1895:840, JC, t. 77, 124; ponente Enrique Lassús y Font)

STS de 5 de mayo de 1896 (ECLI:ES:TS:1896:304, JC, t. 79, 58; ponente Joaquín González de la Peña)

STS de 12 de junio de 1896 (ECLI:ES:TS:1896:315, JC, t. 79, 121; ponente Ricardo Gullón Iglesias)

STS de 26 de diciembre de 1896 (ECLI:ES:TS:1896:215, JC, t. 80, 91; ponente Pedro Lavín y Olea)

STS de 28 de enero de 1898 (ECLI:ES:TS:1898:109, JC, t. 83, 44; ponente José de Garnica y Díaz)

STS de 13 de junio de 1900 (ECLI:ES:TS:1900:83, JC, t. 90, 18; ponente Pedro Lavín y Olea)

STS de 19 de mayo de 1903 (ECLI:ES:TS:1903:30, JC, t. 95, 151; ponente Pedro Lavín y Olea)

STS de 6 de junio de 1908 (ECLI:ES:TS:1908:131, JC, t. 111, 84; ponente Ramón Barroeta y Jiménez)

STS de 31 de diciembre de 1909 (ECLI:ES:TS:1909:445, JC, t. 116, 130; ponente Tomás Domínguez Abarrategui)

STS de 13 de julio de 1910 (ECLI:ES:TS:1910:410, JC, t. 118, 106; ponente Ramón Barroeta y Jiménez)

STS de 14 de diciembre de 1910 (ECLI:ES:TS:1910:4, JC, t. 119, 114, ponente Luciano Obaya Pedregal)

STS de 7 de diciembre de 1911 (ECLI:ES:TS:1911:650, JC, t. 122, 157; ponente Luciano Obaya Pedregal)

STS de 27 de junio de 1914 (ECLI:ES:TS:1914:227, JC, t. 130, 133; ponente Miguel María Rives y Sabater)

STS de 7 de abril de 1916 (ECLI:ES:TS:1916:192, JC, t. 136, 19; ponente Luciano Obaya Pedregal)

STS de 10 de mayo de 1916 (ECLI:ES:TS:1916:136, JC, t. 136, 65; ponente Mariano Luján Tejada)

STS de 2 de octubre de 1918 (ECLI:ES:TS:1918:732, JC, t. 144, 81; ponente Antonio Gullón)

STS de 26 de junio de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:579; JC, t. 163, 60; ponente Diego Medina García)

STS de 15 de octubre de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:78, JC, t. 164, 27; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane)

STS de 15 de diciembre de 1924 (ECLI:ES:TS:1924:380, JC, t. 164, 143; ponente Mariano Avellón Quemada)

STS de 7 de marzo de 1925 (ECLI:ES:TS:1925:1057, JC, t. 165, 138; ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas)

STS de 20 de octubre de 1925 (ECLI:ES:TS:1925:1010, JC, t. 168, 50; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane)

STS de 8 de abril de 1926 (ECLI:ES:TS:1926:1247, JC, t. 170, 95; ponente Diego Medina García)

STS de 21 de diciembre de 1927 (ECLI:ES:TS:1927:777, JC, t. 179, 92; ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas)

STS de 4 de junio de 1928 (ECLI:ES:TS:1928:136, JC, t. 184, 5; ponente Mariano Avellón Quemada)

STS de 29 de noviembre de 1928 (ECLI:ES:TS:1928:1335, JC, t. 186, 70; ponente Diego María Crehuet del Amo)

STS de 15 de junio de 1929 (ECLI:ES:TS:1929:385, JC, t. 189, 142; ponente Fulgencio de la Vega y Zayas)

STS de 22 de enero de 1930 (ECLI:ES:TS:1930:1519, RJ 1930\599; ponente Saturnino Bajo de Manjíbar)

STS de 22 de junio de 1931 (ECLI:ES:TS:1931:1797, RJ 1931\2093; ponente José García Valladares)

STS de 19 de octubre de 1931 (ECLI:ES:TS:1931:1583, RJ 1931\2192; ponente Miguel Hernández Fernández)

STS de 3 de marzo de 1932 (ECLI:ES:TS:1932:273, RJ 1932\941; ponente Aurelio Ballesteros Torrecilla)

STS de 7 de marzo de 1932 (ECLI:ES:TS:1932:1772, RJ 1932\947; ponente Luis Ibargüen y Pérez Seoane)

STS de 18 de mayo de 1932 (ECLI:ES:TS:1932:505, RJ 1932\1052; ponente Aurelio Ballesteros Torrecilla)

STS de 23 de octubre de 1934 (ECLI:ES:TS:1934:521, RJ 1934\1486; ponente José Castán Tobeñas)

STS de 21 de noviembre de 1935 (ECLI:ES:TS:2004:1255, RJ 1935\2078; ponente José Fernández Orbeta)

STS de 27 de diciembre de 1935 (ECLI:ES:TS:1935:919, RJ 1935\2478; ponente José Manuel Puebla y Aguirre)

STS de 10 de febrero de 1936 (ECLI:ES:TS:1936:126, RJ 1936\331; ponente José Castán Tobeñas)

STS de 3 de abril de 1936 (RJ 1936\1000; ponente Manuel Moreno y Fernández de Rodas)

STS de 9 de julio de 1940 (RJ 1940\693, ponente desconocido)

STS de 11 de octubre de 1943 (ECLI:ES:TS:1943:164, RJ 1943\1034; ponente Celestino Valledor y Suárez Otero)

STS de 6 marzo de 1945 (ECLI:ES:TS:1945:87, RJ 1945\272; ponente José Castán Tobeñas)

STS de 1 de julio de 1949 (ECLI:ES:TS:1949:114, RJ 1949\947; ponente Celestino Valledor y Suárez del Otero)

STS de 7 de diciembre de 1948 (RJ 1948\1433, ponente Felipe Gil Casares)

STS de 19 de enero de 1950 (ECLI:ES:TS:1950:911, RJ 1950\29; ponente Luis Vacas Andino)

STS de 27 de febrero de 1950 (ECLI:ES:TS:1950:986; RJ 1950\366; ponente Mariano Ruiz Gómez)

STS de 13 de mayo de 1952 (RJ 1952\1501, ponente Mariano Miguel y Rodríguez)

STS de 6 de febrero de 1954 (ECLI:ES:TS:1954:976, RJ 1954\689; ponente Acacio Charrín y Martín Veña)

STS de 27 de mayo de 1955 (ECLI:ES:TS:1955:21, RJ 1955\1712; ponente Saturnino López Peces)

STS de 30 de junio de 1955 (ECLI:ES:TS:1955:176, RJ 1955\2482; ponente Francisco Eyré Varela)

STS de 11 de febrero de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:80, RJ 1956\1102; ponente Cayetano Oca Arabellos)

STS de 24 de marzo de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:183, RJ 1956\1538; ponente Saturnino López Peces)

STS de 5 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:343, RJ 1956\3430; ponente Joaquín Domínguez de Molina)

STS de 13 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:356, RJ 1956\3442; ponente Obdulio Siboni Cuenca)

STS de 16 de noviembre de 1956 (ECLI:ES:TS:1956:371, RJ 1956\4115; ponente Saturnino López Peces)

STS de 8 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:66, RJ 1957\1546; ponente Celestino Valledor y Suárez del Otero)

STS de 27 de marzo de 1957 (ECLI:ES:TS:1957:216, RJ 1957\1573; ponente Francisco Eyré Varela)

STS de 11 de febrero de 1959 (ECLI:ES:TS:1959:883, RJ 1959\473; ponente Juan Serrada Hernández)

STS de 23 de junio de 1960 (ECLI:ES:TS:1960:1091, RJ 1960\2106; ponente Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu)

STS de 10 de octubre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:243, RJ 1961\3293; ponente Tomás Ogayar y Ayllón)

STS de 20 de octubre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:326, RJ 1961\3607; ponente Joaquín Domínguez de Molina)

STS de 21 de octubre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:372, RJ 1961\3316; ponente Eduardo Ruiz García Carrillo)

STS de 30 de diciembre de 1961 (ECLI:ES:TS:1961:445, RJ 1962\263; ponente Joaquín Domínguez de Molina)

STS de 13 de noviembre de 1962 (ECLI:ES:TS:1962:3047, RJ 1962\4288; ponente Federico Rodríguez Solano)

STS de 13 de mayo de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:150, RJ 1963\2515; ponente Emilio Aguado González)

STS de 21 de diciembre de 1963 (ECLI:ES:TS:1963:1806, RJ 1963\5363; ponente Manuel Lojo Tato)

STS de 12 de noviembre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:1255, RJ 1964\5080; ponente Manuel Taboada Roca)

STS de 1 de diciembre de 1964 (ECLI:ES:TS:1964:68, RJ 1964\5572; ponente Tomás Ogayar y Ayllón)

STS de 7 de abril de 1965 (ECLI:ES:TS:1965:3190, RJ 1965\2118; ponente Federico Rodríguez Solano y Espín)

STS de 17 de marzo de 1966 (ECLI:ES:TS:1966:2373, RJ 1996\1227; ponente Federico Rodríguez Solano y Espín)

STS de 23 de marzo de 1966 (ECLI:ES:TS:1966:2379, RJ 1966\1540; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño)

STS de 25 de junio de 1966 (RJ 1966\3550; ponente Francisco Bonet Ramón)

STS de 12 de junio de 1969 (ECLI:ES:TS:1969:67, RJ 1969\3425; ponente Emilio Aguado González)

STS de 27 de noviembre de 1970 (ECLI:ES:TS:1970:161, RJ 1970\4912; ponente Manuel González-Alegre Bernardo)

STS de 13 de mayo de 1971 (ECLI:ES:TS:1971:1123; RJ 1971\2853; ponente Julio Calvillo Martínez de Arenaza)

STS de 27 de abril de 1972 (ECLI:ES:TS:1972:3018, RJ 1972\1862; ponente Antonio Peral García)

STS de 7 de enero de 1975 (ECLI:ES:TS:1975:31, RJ 1975\12; ponente Francisco Bonet Ramón)

STS de 24 de enero de 1978 (ECLI:ES:TS:1978:4112, RJ 1978\13; ponente Jaime de Castro García)

STS de 7 de julio de 1978 (ECLI:ES:TS:1978:232, RJ 1978\2756; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño)

STS de 6 de abril de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:126, RJ 1979\1273; ponente Carlos de la Vega Benayas)

STS de 10 de noviembre de 1979 (ECLI:ES:TS:1979:4813, *Colección Legislativa de España*, noviembre-diciembre 1979, 369; ponente Antonio Fernández Rodríguez)

STS de 7 de enero de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:54, RJ 1981\33; ponente Carlos de la Vega Benayas)

STS de 29 de enero de 1982 (RJ 1982\333; ponente Andrés Gallardo Ros)

STS de 19 de mayo de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:77, RJ 1982\2581; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño)

STS de 22 de junio de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:70, RJ 1982\3437; ponente Cecilio Serena Velloso)

STS de 19 de octubre de 1982 (ECLI:ES:TS:1982:1166, RJ 1982\5563; ponente Jaime Santos Briz)

STS de 13 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7477; ponente Rafael Casares Córdoba)

STS de 21 de diciembre de 1982 (RJ 1982\7703; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño)

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 19 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4516; ponente José María Reyes Monterreal)

STS de 30 de septiembre de 1983 (RJ 1983\4688; ponente José María Gómez de la Bárcena y López)

STS de 31 de octubre de 1983 (RJ 1983\5852; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández)

STS de 27 de abril de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:237, RJ 1984\1973; ponente Antonio Sánchez Jáuregui)

STS de 21 de mayo de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1214, RJ 1984\2499; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández)

STS de 14 de julio de 1984 (ECLI:ES:TS:1984:1493, RJ 1984\3809; ponente Jaime de Castro García)

STS de 14 de marzo de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:568, RJ 1985\1165; ponente Rafael Casares Córdoba)

STS de 6 de julio de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:493, RJ 1985\4132; ponente Rafael Casares Córdoba)

STS de 16 de septiembre de 1985 (ECLI:ES:TS:1985:386, RJ 1985\4263; ponente José Beltrán de Heredia y Castaño)

STS de 15 de octubre de 1985 (RJ 1985\4846; ponente Cecilio Serena Velloso)

STS de 21 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7723, RJ 1986\934; ponente Matías Malpica González-Elipe)

STS de 24 de febrero de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:879, RJ 1986\935; ponente Antonio Fernández Rodríguez)

STS de 30 de mayo de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:2913, RJ 1986\2835; ponente José Luis Albácar López)

STS de 22 de diciembre de 1986 (ECLI:ES:TS:1986:7269, RJ 1986\7795; ponente Cecilio Serena Velloso)

STS de 26 de febrero de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:9227, RJ 1987\740; ponente Ramón López Vilas)

STS de 14 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:3348, RJ 1987\3442; ponente Rafael Pérez Gimeno)

STS de 23 de mayo de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:3573, RJ 1987\3557; ponente Ramón López Vilas)

STS de 5 de octubre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:6109, RJ 1987\6717; ponente José Luis Albácar López)

STS de 10 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:7927, RJ 1987\9285; ponente Rafael Pérez Gimeno)

STS de 11 de diciembre de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:7974, RJ 1987\9422; ponente Jaime Santos Briz)

STS de 11 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:1746, RJ 1988\1960; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade)

STS de 23 de marzo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:2133, RJ 1988\2422; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes)

STS de 9 de mayo de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:3409; RJ 1988\4048; ponente Manuel González-Alegre y Bernardo)

STS de 26 de enero de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:330, RJ 1988\146; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa)

STS de 9 de diciembre de 1988 (ECLI:ES:TS:1988:8651, RJ 1988\9331; ponente Manuel González-Alegre Bernardo)

STS de 13 de marzo de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:1837, RJ 1989\2036; ponente Mariano Martín-Granizo Fernández)

STS de 20 de octubre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:5593, RJ 1989\6945; ponente Francisco Morales Morales)

STS de 29 de noviembre de 1989 (ECLI:ES:TS:1989:9739, RJ 1989\ RJ 1989\7921; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez)

STS de 5 de febrero de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:861, RJ 1990\660; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez)

STS de 22 de marzo de 1990 (ECLI:ES:TS:1990:2710, RJ 1990\1719; ponente Francisco Morales Morales)

STS de 21 de abril de 1990 (RJ 1990\2762; ponente José Luis Albácar López)

STS de 7 de febrero de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:665, RJ 1991\1153; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez)

STS de 26 de marzo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:1855, RJ 1991\2450; ponente Pedro González Poveda)

STS de 29 de mayo de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2771, RJ 1991\3943; ponente Teófilo Ortega Torres

STS de 24 de septiembre de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:4812, RJ 1991\6061; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa)

STS de 29 de junio de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:5208, RJ 1992\5566; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo)

STS de 3 de noviembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:8181, RJ 1992\9186; ponente José Almagro Nosete)

STS de 16 de noviembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:8483, RJ 1992\9409; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez)

STS de 16 de diciembre de 1992 (ECLI:ES:TS:1992:9134, RJ 1992\10499; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 27 de febrero de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:1066, RJ 1993\1303; ponente Pedro González Poveda)

STS de 12 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:18998, RJ 1993\1794; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes)

STS de 22 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:19218, RJ 1993\2029; ponente Luis Martínez-Calcerrada y Gómez)

STS de 30 de marzo de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:2153, RJ 1993\2541; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 25 de septiembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:6232; RJ 1993\7654; ponente Pedro González Poveda)

STS de 30 de diciembre de 1993 (ECLI:ES:TS:1993:9276, RJ 1993\9906; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo)

STS de 11 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:784, RJ 1994\850; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 7 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:648, RJ 1994\916; ponente Matías Malpica González-Elipe)

STS de 13 de julio de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:5402, RJ 1994\6392; ponente Matías Malpica González-Elipe)

STS de 10 de noviembre de 1994 (ECLI:ES:TS:1994:19337, RJ 1994\8465; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 3 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:1240, RJ 1995\1775; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes)

STS de 3 de marzo de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:1220, RJ 1995\1776; ponente Matías Malpica González-Elipe)

STS de 26 de abril de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:2345, RJ 1995\3256; ponente Teófilo Ortega Torres)

STS de 8 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3297, RJ 1995\4909; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa)

STS de 9 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3342, RJ 1995\4912; ponente Jaime Santos Briz)

STS de 28 de junio de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:3807, RJ 1995\5312; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 24 de octubre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:5255, RJ 1995\7846; ponente José Almagro Nosete)

STS de 23 de diciembre de 1995 (ECLI:ES:TS:1995:6648, RJ 1995\9396; ponente Gumersindo Burgos Pérez de Andrade)

STS de 16 de febrero de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:1000, RJ 1996\1257; ponente Jesús Marina Martínez-Pardo)

STS de 25 de julio de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:4640, RJ 1996\5572; ponente Francisco Morales Morales)

STS de 26 de julio de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:4680, RJ 1996\6404; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes)

STS de 29 de octubre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:5928, RJ 1996\7484; ponente Francisco Morales Morales)

STS de 6 de febrero de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:718, RJ 1997\682; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 5 de mayo de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3096, RJ 1997\3671; ponente Eduardo Fernández-Cid de Temes)

23 de junio de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:4436, RJ 1997\5201; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 9 de octubre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:5993, RJ 1997\7065; ponente Francisco Hernández Gil)

STS de 11 de noviembre de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:6733, RJ 1997\7872; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 9 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:825, RJ 1998\705; ponente Román García Varela)

STS de 17 de abril de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:2474, RJ 1998\2983; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 14 de julio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:4728, RJ 1998\5548; ponente José Almagro Nosete)

STS de 24 de julio de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:4997, RJ 1998\6446, ponente Francisco Morales Morales)

STS de 13 de diciembre de 1998 (ECLI:ES:TS:1998:7746, RJ 1998\9643; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa)

STS de 1 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1405, RJ 1999\2245; ponente Francisco Morales Morales)

STS de 4 de marzo de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:1499, RJ 1999\1401; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 6 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2332, RJ 1999\2656; ponente José Almagro Nosete)

STS de 14 de abril de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:2468, RJ 1999\2584; ponente José Menéndez Hernández)

STS de 19 de junio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:4345, RJ 1999\4613; ponente Francisco Morales Morales)

STS de 29 de julio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5477, RJ 1999\5909; ponente José Almagro Nosete)

STS de 31 de julio de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:5504, RJ 1999\6221; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

STS de 13 de noviembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:7187, RJ 1999\8289; ponente Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa)

STS de 24 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:TS:1999:8451, RJ 1999\9364; ponente José Ramón Vázquez Sandes)

STS de 1 de febrero de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:639, RJ 2000\229; ponente José Almagro Nosete)

STS de 21 de marzo de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:1963, RJ 2003\2761; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

STS de 26 de abril de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3489, RJ 2000\3230; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 10 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3810; RJ 2000\3406; ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez)

STS de 13 de mayo de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:3918, RJ 2000\3410; ponente José de Asís Garrote)

STS de 13 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:5814, RJ 2000\6691; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 20 de julio de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:6105, RJ 2000\6754; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 22 de diciembre de 2000 (ECLI:ES:TS:2000:9587, RJ 2000\10137; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández)

STS de 7 de febrero de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:807, RJ 2001\1162; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 2 de marzo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:1635, RJ 2001\3971; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 31 de mayo de 2001 (ECLI:ES:TS:2001:4566, RJ 2001\3875; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 15 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1888, RJ 2002\1894; ponente Clemente Auger Liñán)

STS de 15 de marzo de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1905, RJ 2002\2841; ponente Pedro González Poveda)

STS de 30 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3107, RJ 2002\4041; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández)

STS de 30 de abril de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:3108, RJ 2002\4038; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 26 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6222, RJ 2002\7873; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 14 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6701, RJ 2002\10171; ponente Pedro González Poveda)

STS de 14 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:6713, RJ 2003\255; ponente José de Asís Garrote)

STS de 23 de octubre de 2002 (ECLI:ES:TS:2002:1941, RJ 2002\2848; ponente Román García Varela)

STS de 17 de noviembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7202, RJ 2003\8322; ponente José Almagro Nosete)

STS de 30 de enero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:471, RJ 2004\440; ponente Jesus Eugenio Corbal Fernández)

STS de 19 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1096, RJ 2004\821; ponente Clemente Auger Liñán)

STS de 25 de febrero de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:1255, RJ 2004\1646; ponente José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez)

STS de 24 de junio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4431, RJ 2004\4432; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares)

STS de 20 de julio de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5382, RJ 2004\4351; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández)

STS de 4 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:6148, RJ 2004\6066; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 23 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7603, RJ 2004\7386; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 25 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:7675, RJ 2004\7251; ponente Alfonso Villagómez Rodil)

STS de 18 de marzo de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:1728, RJ 2005\2548; ponente Román García Varela)

STS de 1 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:1361, RJ 2006\5682; ponente Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)

STS de 4 de mayo de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:2595, RJ 2006\2209, ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 22 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5676, RJ 2006\6520; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández)

STS de 27 de septiembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5497, RJ 2006\8631; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 21 de noviembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:6935, RJ 2006\8077; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 18 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:7792, RJ 2006\9171; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández)

STS de 26 de diciembre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:8264, RJ 2007\400; ponente Vicente Luis Montés Penadés)

STS de 11 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:822, RJ 2007\1502; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 23 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:177, RJ 2007\594; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 25 de enero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:167, RJ 2007\593; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 5 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:431, RJ 2007\730; ponente José Almagro Nosete)

STS de 9 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:692, RJ 2007\3556; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares)

STS de 26 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1185, RJ 2007\1769; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 5 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1192, RJ 2007\723; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 23 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1786, RJ 2007\2353; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández).

STS de 26 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1796, RJ 2007\2343; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 27 de marzo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:1970, RJ 2007\1616; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 11 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4833, RJ 2007\4666; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares)

STS de 25 de mayo de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:3595, RJ 2007\3127; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz

STS de 20 de junio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:4501, RJ 2007\5574; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 20 de julio de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5413, RJ 2007\4696; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 7 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5823, RJ 2007\5303; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 10 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5826, RJ 2007\4980; ponente Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares)

STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:5918, RJ 2007\5074; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 18 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6402, RJ 2007\8625; ponente Román García Varela)

STS de 24 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:145, RJ 2008,218; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 25 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:211, RJ 2008\225; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 26 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3132, RJ 2008\3301; ponente Román García Varela)

STS de 7 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:4618, RJ 2008\4474; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 6 de octubre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7238, RJ 2009\522; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 4 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:5809, RJ 2008\5890; ponente Antonio Gullón Ballesteros)

STS de 29 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:73, RJ 2009\1278; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 4 febrero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:165, RJ 2009\1363; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 3 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:1638, RJ 2009\1755; ponente Vicente Luis Montés Penadés)

STS de 27 de abril de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:2392, RJ 2009\4732; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 28 de mayo de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3497, RJ 2009\3049; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 6 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4459, RJ 2009\4453; ponente Román García Varela)

STS de 15 de julio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:4880, RJ 2004\1646; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 13 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7119, RJ 2010\104; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 17 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:7110, RJ 2009\7291; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 25 de febrero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:775, RJ 2010\1406; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 13 de mayo de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:2168, RJ 2010\3693; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 25 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3284, RJ 2010\5413; ponente Jesús Eugenio Corbal Fernández)

STS de 5 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5403, RJ 2010\5703; ponente Rafael Gimeno-Bayón Cobos)

STS de 16 de septiembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:5145, RJ 2010\8004; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 11 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6017, RJ 2010\8044; ponente José Antonio Seijas Quintana)

STS de 15 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:6254, RJ 2010\8874; ponente Juan Antonio Xiol Ríos)

STS de 14 de abril de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2688; RJ 2011\3591, ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 17 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4259, RJ 2011\4640; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 12 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5090, RJ 2011\7376; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 15 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5371, RJ 2011\6118; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 19 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4878, RJ 2011\5223; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 28 de septiembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6046, RJ 2011\6586; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 11 de octubre de 2011 (ECLI ECLI:ES:TS:2011:6844, RJ 2011\7407; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 23 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8903, RJ 2012\301; ponente Encarnación Roca i Trias)

STS de 18 de enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2013:679, RJ 2013\1604; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 11 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6698, RJ 2012\10117; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS de 27 de junio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:5044, RJ 2012\7419; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 10 de julio de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6338, RJ 2012\9328; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS de 8 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9188, RJ 2013\240; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS de 11 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:9198; RJ 2013\4350; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS 20 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:2470, RJ 2013\4594; ponente Juan Antonio Xiol Ríos)

STS de 25 de marzo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4910, RJ 2013\6694; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS de 1 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1831, RJ 2013\3155; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 24 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2014:3558; RJ 2014\4762; ponente Sebastián Sastre Papiol)

STS de 17 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4812, RJ 2013\6826; ponente Rafael Sarazá Jimena)

STS de 19 de septiembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4673, RJ 2013\7604; ponente Rafael Sarazá Jimena)

STS de 6 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5875, RJ 2013\7863; ponente Ignacio Sancho Gargallo)

STS de 7 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:5473, RJ 2013\7864; ponente Rafael Saraza Jimena)

STS de 19 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:549, RJ 2014\1129; ponente Francisco Marín Castán)

STS de 25 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2653, RJ 2014\4205; ponente José Ramón Ferrándiz Gabriel)

STS de 7 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1769, RJ 2014\2477; ponente José Antonio Seijas Quintana)

STS de 18 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3175; RJ 2014\4540; ponente José Antonio Seijas Quintana)

STS de 11 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:3867, RJ 2014\4881; ponente Xavier O'Callaghan Muñoz)

STS de 30 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4254, RJ 2014\5189; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas)

STS de 6 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2059, RJ 2015\2410; ponente Eduardo Baena Ruiz)

STS de 28 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4001, RJ 2015\4368; ponente Eduardo Baena Ruiz)

STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2576, RJ 2016\2320; ponente Ángel Fernando Pantaleón Prieto)

STS de 21 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5526, RJ 2016\5993; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS de 20 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4159, RJ 2017\5099; ponente María de los Ángeles Parra Lucán)

STS de 26 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:508, RJ 2018\578; ponente Francisco Javier Orduña Moreno)

STS de 11 de julio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2551, RJ 2018\2793; ponente María de los Ángeles Parra Lucán

STS de 10 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1452, RJ 2019\1910; ponente, Francisco Javier Arroyo Fiestas)

STS de 23 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1662, RJ 2019\2122; ponente Antonio Salas Carceller)

STS de 29 de mayo de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1722, RJ 2019\2179; ponente María de los Ángeles Parra Lucán)

STS de 5 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3523, RJ 2019\4530; ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas)

STS de 23 de marzo de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1083, RJ 2021\1299; ponente Juan María Díaz Fraile)

STS de 3 noviembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3999, RJ 2021\4961; ponente Juan María Díaz Fraile)

STS de 7 de abril de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1386, RJ 2022\1974; ponente Juan María Díaz Fraile)

STS de 30 de mayo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:2176, RJ 2022\2830; ponente José Luis Seoane Spiegelberg)

STS de 18 de enero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:287; RJ 2023\983; ponente María de los Ángeles Parra Lucán)

STS de 24 de marzo de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:1176, RJ 2023\2130; ponente Juan María Díaz Fraile)

STS de 12 de diciembre de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:5389, JUR 2023\445839; ponente José Luis Seoane Spiegelberg)

B) Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Aragón (Sala de lo Civil y Penal) de 18 de diciembre de 1990 (RJ 1992\5227; ponente Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat)

STSJ de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal) de 30 de enero de 1992 (RJ 1992\10631; ponente José Antonio Somalo Giménez)

STSJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal) de 25 de marzo de 1993 (RJ 1993\2561; ponente Francisco Javier Fernández Urzainqui)

STSJ de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal) de 4 de octubre de 1999 (ECLI:ES:TSJCAT:1999:8984, RJ 2000\8039; ponente Ponç Feliu i Llansa)

STSJ de Catalunya (Sala de lo Civil y Penal) de 7 de enero de 2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:101, RJ 2010\4869; ponente Carlos Ramos Rubio)

C) Audiencias Provinciales

SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 16 de marzo de 1977 (CR 318; ponente Antonio Hernández Díaz; *Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales. En materia civil y penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1978, p. 200)

AAP Navarra de 22 de diciembre de 1994 (AC 1994\2548; ponente José Julián Huarte Lázaro)

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 2 de julio de 1998 (ECLI:ES:APSA:1998:467, AC 1998\1660; ponente Fernando Nieto Nafría)

SAP de Barcelona (Sección 12ª) de 5 de octubre de 1998 (ECLI:ES:APB:1998:8430, AC 1998\1941; ponente José Pascual Ortuño Muñoz)

SAP de Segovia (Sección 1ª) de 31 de diciembre de 1999 (ECLI:ES:APSG:1999:574; ponente Luis Brualla Santos-Funcia)

SAP de Teruel (Sección 1ª) de 5 de febrero de 2000 (ECLI:ES:APTE:2000:37, AC 2000\167; ponente José Antonio Ochoa Fernández)

SAP de Pontevedra (Sección 5ª) de 3 de abril de 2000 (ECLI:ES:APPO:2000:1099, JUR 2000\195677; ponente Juan Manuel Lojo Aller)

SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 27 de junio de 2000 (ECLI:ES:APB:2000:8476, JUR 2000\284349; ponente José Francisco Valls Gombau)

SAP de Asturias (Sección 4ª) de 10 de julio de 2000 (ECLI:ES:APO:2000:2885, AC 2000\1627; ponente Arturo Merino Gutiérrez)

SAP de Huelva (Sección 2ª) de 25 de abril de 2002 (ECLI:ES:APH:2002:443, JUR 2002\167837; ponente Andrés Bodega de Val)

SAP de Madrid (Sección 10ª) de 13 de julio de 2002 (ECLI:ES:APM:2002:9324, JUR 2002\270845; ponente Ángel Vicente Illescas Rus)

SAP de Asturias (Sección 5ª) de 17 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:APO:2002:3322, AC 2002\1996; ponente María José Pueyo Mateo)

SAP de Alicante/Alacant (Sección 6ª) de 19 de febrero de 2004 (ECLI:ES:APA:2004:446, JUR 2004\83269; ponente José María Rives Seva)

SAP de Madrid (Sección 12ª) de 29 de junio de 2005 (ECLI:ES:APM:2005:8002, JUR 2005\258359; ponente Fernando Herrero de Egaña Octavio de Toledo)

SAP de Alicante/Alacant (Sección 7ª) de 19 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:APA:2005:4065, JUR 2008\141097; ponente José Manuel Valero Díez)

SAP de Illes Balears (Sección 4ª) de 27 de junio de 2006 (ECLI:ES:APIB:2006:1743, JUR 2006\279817; ponente Miguel Álvaro Artola Fernández)

SAP de Girona (Sección 1ª) de 11 de junio de 2007 (ECLI:ES:APGI:2007:1033, JUR 2007\301501; ponente Fernando Lacaba Sánchez)

SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª) de 25 de julio de 2007 (ECLI:ES:APTF:2007:1657, AC 2007\1979; ponente Pilar Aragón Ramírez)

SAP de València (Sección 10ª) de 29 de octubre de 2008 (ECLI:ES:APV:2008:4620, JUR 2009\63967; ponente María Amparo Ivars Marín)

SAP de Asturias (Sección 4ª) de 10 de marzo de 2009 (ECLI:ES:APO:2009:1700, JUR 2009\332934; ponente Francisco Tuero Aller)

SAP de Salamanca (Sección 1ª) de 3 de noviembre de 2009 (ECLI:ES:APSA:2009:627, AC 2009\2381; ponente Longinos Gómez Herrero)

SAP de Jaén (Sección 1ª) de 13 de abril de 2010 (ECLI:ES:APJ:2010:1526, JUR 2012\335645; ponente Elena Arias-Salgado Robsy)

SAP de Granada (sección 3ª) de 11 de junio de 2010 (ECLI:ES:APGR:2010:663, JUR 2010\356374; ponente José Requena Paredes)

SAP de Toledo (Sección 2ª) de 30 de julio de 2010 (ECLI:ES:APTO:2010:663, JUR 2010\344308; ponente Rafael Cáncer Loma)

SAP de Lleida (Sección 1ª) de 19 de abril de 2011 (ECLI:ES:APL:2011:291, JUR 2011\260012; ponente Albert Montell García)

SAP de Zamora (Sección 1ª) de 19 de julio de 2011 (ECLI:ES:APZA:2011:346, JUR 2011\348790; ponente Andrés Manuel Encinas Bernardo)

SAP de Murcia (Sección 1ª) de 10 de enero de 2012 (ECLI:ES:APMU:2012:50, JUR 2012\38655; ponente Cayetano Ramón Blasco Ramón)

SAP de València (Sección 10ª) de 30 de mayo de 2012 (ECLI:ES:APV:2012:2519; JUR 2012\287773; ponente José Enrique de Motta García-España)

SAP de Castellón de 31 de enero de 2014 (ECLI:ES:APCS:2014:92, JUR 2014\110114; ponente Pedro Luis Garrido Sancho)

SAP de Toledo (Sección 2ª) de 23 de abril de 2014 (ECLI:ES:APTO:2014:278, JUR 2014\136973; ponente Gema Adoración Ocáriz Azaustre)

SAP de València (Sección 7ª) de 3 de noviembre de 2010 (ECLI:ES:APV:2010:6364, AC 2011\198; ponente María del Carmen Escrig Orenga)

SAP de Almería (Sección 1ª) de 16 de julio de 2013 (ECLI:ES:APAL:2013:1240, JUR 2014\203582; ponente Juan Antonio Lozano López)

SAP de Madrid (Sección 21ª) de 27 de mayo de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:10283, AC 2014\1611; ponente Ramón Belo González)

SAP de Pontevedra (Sección 3ª) de 9 de junio de 2014 (ECLI:ES:APPO:2014:1812, JUR 2014\221199; ponente Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes)

SAP de Barcelona (Sección 17ª) de 28 de julio de 2014 (ECLI:ES:APB:2014:10729, JUR 2014\295498; ponente Ana María Ninot Martínez)

SAP Madrid (Sección 21ª) de 21 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:16695, AC 2014\2065; ponente Ramón Belo González)

SAP de Madrid (Sección 19ª) de 27 de octubre de 2014 (ECLI:ES:APM:2014:17122, JUR 2015\39247; ponente Epifanio Legido López)

SAP de València (Sección 7ª) de 13 noviembre de 2014 (ECLI:ES:APV:2014:5366, JUR 2015\77638; ponente Pilar Cerdán Villalba)

SAP de Valladolid (Sección 3ª) de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:APVA:2015:774, AC 2015\1127; ponente Ángel Muñiz Delgado)

SAP de Alicante/Alacant (Sección 6ª) de 9 de marzo de 2016 (ECLI:ES:APA:2016:817, JUR 2016\147647; ponente José María Rives Seva)

SAP de Illes Balears (Sección 5ª) de 12 de abril de 2016 (ECLI:ES:APIB:2016:603, JUR 2016\105526; ponente Mateo Lorenzo Ramón Homar)

SAP de València (Sección 9ª) de 27 de abril de 2016 (ECLI:ES:APV:2016:2104, JUR 2016\155264; ponente Beatriz Ballesteros Palazón)

SAP de València (Sección 11ª) de 30 de enero de 2017 (ECLI:ES:APV:2017:416, JUR 2017\112318; ponente José Alfonso Arolas Romero)

SAP de Ciudad Real (Sección 1ª) de 19 de enero de 2018 (ECLI:ES:APCR:2018:22, JUR 2018\62545; ponente María Pilar Astray Chacón)

SAP de Lleida (Sección 2ª) de 8 de marzo de 2018 (ECLI:ES:APL:2018:98, JUR 2018\91677; ponente Alberto Guilaña Foix)

SAP de León (Sección 2ª) de 30 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APLE:2018:717, JUR 2018\205978; ponente Alberto Francisco Álvarez Rodríguez)

SAP de Málaga (Sección 6ª) de 12 de julio de 2018 (ECLI:ES:APMA:2018:2472; JUR 2019\167314; ponente Nuria Auxiliadora Orellana Cano)

SAP de Madrid (Sección 14ª) de 30 de julio de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:14530, JUR 2018\331121; ponente Pablo Quecedo Aracil)

SAP de La Rioja (Sección 1ª) de 10 de octubre de 2019 (ECLI:ES:APLO:2019:612, JUR 2020\37072; ponente María del Mar Puyuelo Omeñaca)

SAP de Murcia (Sección 1ª) de 28 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:APMU:2020:1693, JUR 2020\317800; ponente Cayetano Ramón Blasco Ramón)

SAP de Málaga (Sección 5ª) de 30 de abril de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:723, JUR 2021\269006; ponente José Javier Díez Núñez)

D) Dirección General de los Registros y del Notariado y Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

RDGRN de 2 de febrero de 1966 (RJ 1966\1398)

RDGRN de 3 de marzo de 1989 (RJ 1989\2380)

RDGRN de 22 de noviembre de 1991 (RJ 1991\8637)

RDGRN de 1 de julio de 2003 (RJ 2003\6082)

RDGRN de 5 de diciembre de 2014 (RJ 2014\6726)

RDGRN de 20 de enero de 2015 (JUR 2015\59988)

RDGRN de 28 de abril de 2016 (RJ 2016\4590)

RDGRN de 12 de diciembre de 2016 (RJ 2016\6627)

RDGRN de 20 de febrero de 2017 (RJ 2017\3391)

RDGRN de 27 de marzo de 2019 (RJ 2019\1455)

RDGSJFP de 29 de octubre de 2020 (RJ 2020\5477)

RDGSJFP de 29 de octubre de 2020 (RJ 2020\5484)

RDGSJFP de 25 de abril de 2022 (RJ 2022\2502)