

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
JURIDICO Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XXVIII

Mayo 1952

Núm. 288

**La donación *mortis causa* y el Código
civil**

INTERPRETACION DEL ARTICULO 620
DEL CODIGO CIVIL

Ha aparecido en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 286, marzo 1952 (vol. XXVIII, pág. 185 y ss.), un ponderado trabajo de JOSÉ PARRA JIMÉNEZ, Abogado del Ilustre Colegio de Jaén, que discute la interpretación que hicimos del art. 620 del Código civil.

Brevemente contestaremos a los argumentos en que funda la crítica que nos dedica.

1.—ELEMENTO GRAMATICAL

a) El artículo 620 habla de «las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante». De ello deducimos que, calificadas como donaciones por el legislador y tenidas por él como válidas, han de ser donaciones y no disposiciones testamentarias.

Crítica de PARRA: «El argumento sería válido de haber incompatibilidad entre uno y otro concepto o si fuere un imposible

que una disposición testamentaria fuera donación, que no lo es desde el momento en que el legado pudo definirse como *donatio quoedam a defuncto relicta*.»

Réplica: La Instituta fué redactada como un libro didáctico para principiantes, necesario por la reforma de la enseñanza consiguiente a la reorganización del Derecho. Así fué anunciado por la constitutio «Deo auctore» (Ver VON MAYR, «Historia del Derecho romano», trad. W. ROCES—Barcelona, 1926—, vol. II, pág. 341). Por eso la definición, o mejor explicación, que se da del legado es para *principiantes*, con las impropiidades a que, a veces, hace falta recurrir para explicar al que aun no tiene ni idea de determinada cosa. (Puede ponerse al lado de la definición de una vaca, como «yegua con cuernos».)

Técnicamente ambos conceptos son incompatibles. Así lo observó ANTONIO GÓMEZ («Variae Resolutiones Juris Civilis, Comunis et Regii», Editio Nova Lugdumi 1.701 -T. II -C. IV, núm. 16, página 249, y núm. 18, ap. fin., pág. 251): «Si vero fiat inter absentes, non interveniente nuntio, vel epistola, non erit donatio causa mortis: sed potius legatum et ultima voluntas». Incluso «illud procedit etiamsi donatio sit facta simpliciter et inter vivos: quid si fiat absenti, et cum solemnitatae requisita in ultima voluntate, puta coram quinque testibus, censemur legatum, et ultima voluntas». Como ya lo entendió la Glosa ordinaria y fué opinión común de los autores.

La donación por causa de muerte, respecto la forma «aequiparatur contractui», y como estos «requirit praesentiam partium, item stipulationem, vel traditionem». De no ser así, explica el jesuíta Luis de Molina («Los Seis Libros de la Justicia y el Derecho», trad. de FRAGA IRIBARNE, II-I, Madrid, 1943, Disp. CCLXXXVII, número 6, págs. 549 y s.), que «entonces tendrá el carácter de legado, y no de donación por causa de muerte, será inválida si la hace una persona que no puede testar, aunque pueda donar por causa de muerte».

La incompatibilidad entre donación y legado es, pues, evidente. Aunque el *animus donandi* expresado extracontractualmente, pero con las solemnidades de las últimas voluntades, engendre un legado que, precisamente, en esa diferencia de forma se separa de las donaciones *mortis causa*.

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

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

b) La palabra *participan*—dijimos—no quiere decir que se *identifiquen*.

Crítica de PARRA: Es cierto, pero el alcance de esta expresión es otro: «El puro contenido del art. 620 no es más que éste: que tales donaciones se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria.

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

Réplica: La formularemos al tratar del elemento lógico de la interpretación

c) Las palabras «se regirán por las *reglas* establecidas para la sucesión testamentaria»—afirmamos—se refieren al desenvolvimiento, ordenación y regulación de la donación, que presupone ya nacida. Deberán, pues, aplicarse las reglas de la sucesión testamentaria, pero no las del testamento como forma de nacimiento de la relación.

Crítica de PARRA: Como figura jurídica, la donación *mortis causa* consta idealmente antes que el ordenamiento jurídico que la

recoge. Pero el art. 620 «no contempla una donación *mortis causa* válidamente nacida a la vida del Derecho, como el artículo 1.655 no contempla un foro u otro cualquier gravamen análogo también válidamente nacido a la misma vida. Uno y otro precepto contemplan idealmente la donación, y el foro, para empezar a disciplinarlos jurídicamente, esto es, para darles nacimiento a la vida del derecho positivo».

«De donde no es exacto que la locución «se regirán», aplicada a las donaciones a que se refiere el artículo 620, comprenda solamente su desenvolvimiento, ordenación y regulación, con independencia de la forma: abarca su vida entera. Y lo mismo que la remisión del artículo 1.655 impone al foro y demás gravámenes constituidos por tiempo indefinido la forma que preceptúa el artículo 1.628, primero de la sección a que la remisión nos lleva; también la remisión del artículo 620 obliga a dar a esta especie de donaciones la forma del testamento, como comprendidas entre las reglas legales a las que el precepto se remite.»

Réplica: Existe una diferencia sustancial entre la remisión, por el artículo 620, de la donación *mortis causa* a las reglas de la sucesión testamentaria, y la que el artículo 1.655 hace del foro al régimen de la enfitesis. Por esencia, por naturaleza, el foro no depende de su forma, aunque en Derecho positivo pueda imponérsela *ad substantiam*. Conceptualmente, el foro no está unido a su forma; aunque la ley puede exigirla haciendo depender de su adopción la propia existencia de aquél. En cambio, la donación «*mortis causa*» sólo es si se otorga *por acto inter vivos*.

Por lo tanto, puede perfectamente decirse que un foro, desde su gestación, en su vida entera, se regirá por las reglas de la enfitesis. Pero no es posible afirmar que una donación por causa de muerte se regirá en su vida entera, incluida su forma de nacer, por las reglas de la sucesión testamentaria. Pueden suprimirse las donaciones *mortis causa*, pero lo que no es posible es que se rijan en su forma matriz por las reglas de la sucesión testamentaria.

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

concepto las dispuestas *mortis causa*. Esto último hizo el Código italiano de 1865 (art. 1.050). Lo primero, muchos años antes, se proclamó en el art. 893 del Código de Napoleón—«no se podrá disponer de los bienes a título gratuito más que por donación entre vivos o por testamento». Y en nuestro proyecto de 1861 (art. 942), con relación a la disposición de cosas fungibles o de todo o una parte alícuota de los bienes del donante, se propuso que: «No podrán otorgarse sino en testamento y se gobernarán por las reglas de las últimas voluntades.»

Modelos no faltaban, pues, a nuestro legislador. De falta de claridad tampoco puede acusársele. Lo cierto es que, en lugar de proclamar la abolición de las donaciones *mortis causa*, o de declararla implícitamente, certificó su existencia precisamente al señalarles un régimen aplicable. Cosa no imposible si como institución hubiesen dejado de ser. Cosa imposible si su forma fuese la de las últimas voluntades, porque entonces ya no serían donaciones. Notemos, a mayor abundamiento, que el artículo 942 del Proyecto distingüía la *forma de otorgarse* y el *régimen de reglamentación* y que el vigente artículo 620 omite la referencia al testamento como «forma de otorgarse».

Por otra parte el artículo 1.655 a que alude nuestro contradictor, ha sido interpretado por el Tribunal Supremo, con magnífico espíritu jurídico. Sin estrecheces de leguleyo. Proclamando la Sentencia de 3 de julio de 1941, que la llamada de este artículo, que en su párrafo segundo hace a las reglas del arrendamiento, aunque comprende el derecho de superficie, sólo debe entenderse «en cuanto aquéllas sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano». Hay más: ese párrafo segundo del 1.655, no sólo dice que «se regirán por las disposiciones relativas...», sino que antes afirma que «se estimarán como arrendamientos»; y, no obstante, la repetida Sentencia, afirma que, pese a ello, «no se podía pensar que el legislador quiso sujetarlo a reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia anulando las características y el influjo del *jus superficie* en el contrato, lo que significaría borrar su existencia en la vida del Derecho».

Esta posición no puede ser más sensata. La aplicación que el legislador haga a una institución de las reglas de otra, ha de entenderse limitada a aquéllas que no contrarían de modo evidente su na-

turaleza. Cosa lógica teniendo en cuenta la misma intención del legislador que no suprime la institución, sino solamente la regula con referencia a reglas de otra (1).

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

2. ELEMENTO LÓGICO.

A juicio nuestro la expresión de que la donación *mortis causa* *participa* de la *naturalcza* de las disposiciones testamentarias, no justifica la aplicación a aquéllas de la *forma* de éstas.

Crítica de PARRA: «El error de esta argumentación se encuentra, en nuestro sentir, en situar el centro de gravedad del artículo 620 en la frase regida por el verbo «participan», en vez de centrar la gravedad en la frase que se inicia con las palabras «se regirán», donde, como hemos dicho (y lo demuestra la forma imperativa del precepto, que no existe, en su primera frase), se encuentra su verdadero contenido normativo.»

«Podrá criticarse cuanto se quiera que el legislador apoye tan radical conclusión en premisa más o menos dudosa —y esa es la contradicción que observa MUCIUS SCAEVOLA—. O podrá parecer innecesario haber establecido la premisa, mera formulación de carác-

(1) Suponemos que no faltará quien pretenda alegar en contra, aquel falso brocado que reza: *Ubi lex non distinguit, nec nos distingue debemus*. Contestaremos con palabras de don Federico de Castro («Derecho civil de España», Parte general, 1, 2.^a ed. Madrid, 1949, pág. 433 in fin y s. y 471): «Las reglas jurídicas no tienen en sí valor jurídico propio ni menos eficacia de fuente jurídica; son expresiones técnicas o recursos pedagógicos, y las más de las veces *cobertura de la pereza del pensar jurídico* y signo de decadencia de la ciencia del Derecho.» Con relación a las reglas lógicas de interpretación, concluye que «pueden utilizarse a mayor abundamiento o para exorno retórico, pues, en verdad, dan ya por resuelta la cuestión, en cuanto suponen determinada la finalidad de la norma y el carácter de principio que la informa, precisamente lo que justificará la interpretación amplia o restringida de la disposición». Puesto que: si la ley distingue no hace falta que distingamos nosotros, ya lo hace ella. Si no distingue es precisamente cuando los juristas debemos examinar la *ratio* de la norma para ver si debemos distinguir o no.

ter doctrinal que, como tal, es una enunciación o fórmula que ni siquiera pertenece propiamente al derecho objetivo. Como quiera que sea, el legislador no ha querido sacar de la premisa una conclusión distinta. Pero dígase en defensa del artículo 620 que la premisa ni es inexacta, sino tímida, ni es inútil.»

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

De lo contrario llegaríamos a descender a una subespecie de la interpretación literal jamás propugnada: la interpretación de una norma a través de la mera interpretación literal de solo una parte de su texto, aun cuando esta parte sea la de su contenido normativo puro.

Nuestro contradictor, no puede ignorar que si no debe deducirse una conclusión contradictoria con alguna de sus premisas, tampoco es lícito formular tímidamente una premisa para deducir de ella una conclusión rotunda, segura, tajante. Lo primero es lo que según SCAEVOLA, hizo el legislador en el artículo 620; en lo segundo, según PARRA se incurrió al redactarlo. Ni uno, ni otro pecado deben achacarse al legislador, mientras sea posible solucionar lógicamente el enlace entre la subordinada causal y la oración puramente normativa. Eso es lo que nosotros pretendimos. Poner de acuerdo la conclusión con su premisa mayor, buscando en las mismas palabras de la norma el exacto sentido y el límite justo de la afirmación de que «*se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria*».

PARRA, cree, que lógicamente se hace inexcusable aplicar a las donaciones del artículo 620 las reglas formales de los testamentos.

Porque entre las reglas de la sucesión testamentaria, se encuentran aquéllas. A su juicio: «integrándose las reglas de la sucesión testamentaria en dos capítulos, y dedicado el primero de ellos sola y exclusivamente a los testamentos, ¿no sería lógico pensar que de haber querido excluir éstos, la remisión hubiera sido directamente al capítulo II de aquellas reglas?»

La respuesta es sencilla, en el capítulo I, no sólo se contiene la reglamentación de las formas del testamento, sino que entre ellas no faltan preceptos relativos a cuestiones de fondo, como las del artículo 737 —básicamente aplicable a las donaciones *mortis causa*—, artículos 670, 671, etc. El legislador no pudo, pues, referirse exclusivamente al capítulo II.

El exacto límite de aquella remisión quedó formulado, en primer término al certificar la existencia de las donaciones *mortis causa* —puesto que lejos de abolirlas les señala su régimen—, existencia ligada a lo que es consustancial a su naturaleza, otorgarse en negocios *inter vivos*.

En segundo término, lo expresa al señalar la *ratio* de dicha remisión, es decir, porque «*participan* de la *naturaleza* de las disposiciones de última voluntad». Sabido es que, para conocer el exacto sentido y alcance de una ley, hay que buscar cuál es su fin, su causa, su razón. Pues bien, en el artículo 620, para averiguarlo no hace falta salir fuera de su texto, puesto que, generosamente, en él se halla de manifiesto (2).

3. ELEMENTO HISTÓRICO.

La crítica que en este aspecto nos dedica PARRA, es parcial. Empleamos esta última palabra en el sentido de que no se ocupa, ni discute nuestra argumentación en su conjunto, ni siquiera en su aspecto fundamental.

(2) Aparte de que puede perfectamente sostenerse, como lo hizo nuestro compañero Nart («Notas sobre los contratos a favor de tercero», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. V, pág. 466), que si el art. 620 dice que estas donaciones se regirán por las reglas establecidas por la sucesión testamentaria, «es erróneo entender que "se regirán por las reglas de la expresión testamentaria". Lo que el Código dice de un modo evidente es que la voluntad sólo podrá disponer dentro del ámbito que le concede la ley cuando se expresa por testamento.»

Sólo combate una afirmación que hicimos de pasada, para patentizar que a pesar de que Justiniano declaró totalmente asimilados legados y donaciones *mortis causa*, no confundió ambas instituciones, como lo prueban otros textos del Corpus. Damos a este hecho escasa o nula importancia, a efectos de la interpretación del artículo 620 del Código civil. Pero, no obstante, vamos a detenernos brevemente, porque en la respuesta a que aludimos observamos cierta confusión.

Citamos dos incisos. Uno de la Institutu (II-VII, § 1.º): «Hae *mortis causa* donationes ad exemplum legatorum redactae sunt per omnia.» Otro del Codex (VIII-LVIII-4): Constitución de Justiniano del año 530, que concluye con estas palabras: «et omnes affectus sortiatur, quos ultimae habent liberalitates, nec ex quacunque parte absimilis eis intelligatur».

La observación que nuestro crítico sugiere es ésta: «Así como en nuestro Código civil falta un precepto que específicamente se refiera a la forma de estas donaciones, por virtud del cual no se precise el testamento para que válidamente se dispongan; no ocurre así en el Derecho romano, ni ocurría en el Derecho histórico patrio.» Y, en nota, añade que antes del inciso de la Const. 4 L. T., por nosotros aludido, se lee en ella: «sancimus omnes mortis causa donationes... actis minime indigere, neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhibiri, sed ita res procedat, vel sine litterarum suppositione aliquis voluerit mortis causa donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nulla in ea calumniam accipiat, neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, ineficax esse atque inutilis videatur». Dictaminando, en su virtud el propio PARRA, que esto permite «no llevar la analogía hasta la forma, contrariamente a la solución del Código civil».

Antes de contestar, comenzaremos por transcribir la traducción al castellano de las palabras de la Const. 4, h. t., a que PARRA atribuye dicha consecuencia. Es ésta: «mandamos que todas las donaciones por causa de muerte no necesiten en manera alguna de actuaciones, ni requieran la presencia de personas públicas y las demás cosas que se suelen agregar para tales actuaciones. Pero sea esto procedente de modo, que, si alguien quisiere hacer donación por causa de muerte o por escrito o sin escritura, estando presentes cinco testigos, subsiste robustecido con validez lo que hizo aún sin el re-

quisito de la insinuación, y no sea susceptible de ninguna calumnia, ni porque no se le agregarón actuaciones parezca que es ineficaz o inútil...»

¿Qué es lo que en este texto permite no llevar la analogía hasta la forma? Las palabras transcritas excusan a las donaciones *mortis causa* de la *insinuación* ordenada para las donaciones en general, y, en cambio, al señalar los requisitos de otorgamiento exige la presencia de cinco testigos. Hágase el acto «o por escrito o sin escritura». Pues bien, los legados podían otorgarse en codicilo, cuyo otorgamiento podía ser oral o escrito y sólo requería la presencia de cinco testigos (3). ¿Qué queda, pues, de la afirmación de PARRA? Al menos a primera vista, no fué menor, que en el artículo 620 del Código civil, la asimilación entre legados y donaciones *mortis causa* que de este texto resulta.

Dicho esto, vamos a explicar cuál es el apoyo que la Historia nos ofrece para interpretar el artículo 620.

Como ha dicho NÚÑEZ LAGOS, nuestro Código no supone una invención *ex novo* del Derecho civil, sino la formulación o expresión, con ciertas talas o reajustes de nuestra tradición jurídica. El Derecho positivo actual únicamente nos será claramente inteligible por referencia, confirmatoria o derogatoria al Derecho anterior, y, por tanto, en función de él. (*Prólogo a la obra Testamentos y Particiones*, de M. Armero, págs. XXIV y XXV.)

La derogación, las talas, los reajustes no pueden presumirse. Deben ser claramente expresados.

En cambio, el artículo 620 del Código civil nos habla de las donaciones *mortis causa*. *Nomen iuris* que requiere un otorgamiento por negocio, *inter vivos*. Habla de algo vivo, puesto que señala el régimen que debiera aplicárseles. Dice que «se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria». Pero, antes, aclara la *ratio* de dicha asimilación, esto es, el hecho de que *participan* de la *naturaleza* de las disposiciones de última voluntad. Índice expreso

(3) En nuestro trabajo: «La donación *mortis causa...*» (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. V, págs. 653 y ss.), nos ocupamos de las interpretaciones que los romanistas han dado a este texto. Los autores de Derecho común, a pesar de la afirmación de Justiniano, de que «no se entiende que en alguna cosa es diferente (la donación *mortis causa*) de ellas (las últimas liberalidades)», y a despecho de exigir en su otorgamiento cinco testigos, como en los codicilios, sólo asimilaron ambas instituciones en cuanto a su solemnidad mínima no en cuanto a su forma.

del *espíritu* de dicha norma, que ha de ser la base para interpretar y valorar su *letra*.

No puede, por lo tanto, presumirse la derogación de la donación *mortis causa* como institución vigente. Al contrario, conociendo el Derecho que rigió hasta el día de la promulgación del Código civil, se le siente latir en las escasas líneas del artículo 620. Veamos, al efecto, cómo resume el jesuíta LUIS DE MOLINA (op. y vol. cits., Disp. CCLXXXVIII, núm. 1, pág. 536) la posición tradicional :

«Como dice JULIO CLARO (Sentencias, lib. IV, párr. donat., q. 5), en otro tiempo hubo una gran disputa entre los autores, sobre si la donación por causa de muerte tiene más puntos de contacto con los contratos o con las últimas voluntades, existiendo partidarios de ambas doctrinas. Mas hoy es ya opinión común que si la donación por causa de muerte se considera en cuanto a su principio o producción, es más bien un contrato que un acto de última voluntad ; mas por lo que toca a sus efectos y estabilidad, y en particular a su revocabilidad, es más afín a las últimas voluntades que a los contratos. De aquí deducen los autores, que en su origen y producción le son aplicables a la donación por causa de muerte las normas de los contratos ; mientras que respecto a sus efectos y estabilidad deberán aplicarse las normas de las últimas voluntades, siempre que no existan disposiciones peculiares. Tal es la opinión común, citada y seguida por COVARRUBIAS (Rub. de test., part. 3, núm. 1 y 15), ANTONIO GÓMEZ (Var. Resol. I, capítulo 3, núm. 16), JULIO CLARO (q. 5 cit.), MOLINA (De primog, lib. I, cap. 12, núm. 8 y sig., y, sobre todo, número 16).

4. ELEMENTO SISTEMÁTICO.

Aducimos los artículos 618, 641, 1.331, 177 y 827.

Nuestro contradictor objeta :

a) «Por lo que toca al artículo 618, no vemos inconveniente alguno en que la donación a que se refiere el artículo 620, ordenada en testamento, siga siendo un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que le acepta.»

Pero —replicamos—, ¿dónde y cuándo debe hacerse esa aceptación? El artículo 618, con respecto a las donaciones directas, de pri-

mer grado, debe interpretarse en relación con los artículos 623 y 629 del Código civil. Por tanto, debe aceptarse en vida del donante. En cambio, el artículo 991, pasa la sucesión por causa de muerte, dispone que nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar. Además, toda aceptación requiere una oferta recepticia; ¿puede decirse que tenga carácter recepticio la declaración testamentaria antes de fallecer el testador?

b) En cuanto a los demás preceptos citados, alega que, «en general, no parece lícito, para una interpretación sistemática del artículo 620, argüir aquellos preceptos del Código aparentemente inconscientes con su enemiga a los pactos sucesorios. Son preceptos excepcionalísimos, con su particular razón de ser cada uno de ellos, que no admiten extensión por analogía a más supuestos que los contemplados concretamente en cada uno».

Aunque así fuese, demostrarían que, por lo menos en dichos supuestos excepcionales, puede seguir viviendo la donación *mortis causa*. Donación que, por otra parte, dada su revocabilidad, no participa de la enemiga a los pactos sucesorios.

c) Finalmente, asegura PARRA, que una interpretación sistemática del artículo 620 no puede echar en olvido el artículo 658 del Código civil, ni, mucho menos, el artículo 667.

No lo entendemos así. Es más, creemos que nada tienen que ver con esta cuestión, pese al respeto que sentimos por nuestros maestros los anotadores de Enneccerus (II-2.º, pág. 115).

El artículo 658, en su § 1.º, dice que: «La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la Ley.» Basta su lectura para borrar toda duda de que el precepto transcrita tenga algo que ver con las donaciones *mortis causa*. Estas no suponen sucesión en sentido estricto. Aparte de que fuera del artículo 658 existe algún supuesto de sucesión, también admitido en el Código, aunque sea excepcionalmente (v. gr., principalmente en los artículos 177, 1.331).

El artículo 667 contiene aquella definición del testamento tan duramente criticada por la doctrina. Pero, para PARRA, significa algo más: «la gran verdad —asegura— del artículo 667 es que no se puede disponer de los bienes para después de la muerte, sino testando...», «disponer de todo o parte de los bienes para después de la

muerte y testar, es una y la misma cosa en el sistema de nuestro Código civil» (4).

Pero, ¿dice eso el artículo 667? A juicio nuestro, dice menos. Sólo esto: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento.»

En primer lugar, el artículo 667 únicamente contiene una definición —por lo demás poco afortunada del testamento—, sin pretender otra cosa. Su *ratio* sólo es ésta. Luego no es lícito entender sus palabras más allá del fin perseguido por ellas. No consta patentemente que quisiera atribuir al testamento la exclusiva de las disposiciones *mortis causa*, como ocurriría en caso de haber comenzado diciendo: «Todo acto...» o «Todos los actos...». Ciento que emplea el artículo determinado «el» y no el indeterminado «un». Pero no juzgamos lícito que, por el mero uso de determinado artículo, se deba entender que un precepto que patentemente sólo pretende dar una definición, imponga una prohibición y atribuya un monopolio no formulados directa ni expresamente.

En segundo término, si el artículo 667 dijese semejante cosa, sería inexacto y quedaría desmentido sin salir del Código civil. El propio PARRA reconoce que se aducirán, en contra de su tesis, «los supuestos excepcionales en que nuestro Código permite disponer para después de la muerte mediante formas extratestamentarias». Aun cuando replica que «si bien se examinan todos y cada uno de esos casos, son estipulaciones accesorias a un acto principal, contenido en los capítulos matrimoniales o en la escritura de adopción; son actos de disposición queridos en cuanto se ha querido el acto principal al que están subordinados y a cuyo régimen formal han de someterse necesariamente. Pero disponer de los bienes contemplando la muerte cara a cara y sólo la muerte, no un acto principal como el matrimonio o la adopción, eso sólo puede hacerse mediante el testamento».

(4) Podríamos objetarle a Parra, que la donación *mortis causa*, no es una disposición de bienes para después de la muerte, sino una donación efectiva en el último instante de la vida del donante. Así lo dijo MARCELO (Dig. XL-I, 15): «in extremum tempus. vitac», «ut moriente eo». También TRIFONINO: «in tempus, quo ipse moreretur» y, lo ha rubricado SAVIGNY («Sistema del Derecho romano actual», trad. de Mesía y Poley, 2.^a ed. § CLXX, pág. 168 y s., nota (a), que así explica la validez de la *mortis causa stipulatio* (por la que el donante prometía constituirse deudar *cum moriar*, es decir, en el último instante de su vida) y la eficacia de la donación en caso de comuñorencia de donante y donatario.

Claro que, a fin de que PARRA tuviese razón, habría que exceptuar, por lo menos, además de la adopción y los capítulos matrimoniales, a los contratos celebrados con un tercero, sean onerosos (artículo 827) o gratuitos (artículo 641), y, tal vez, en todo caso, la mejora directamente dispuesta por acto *inter vivos*, con o sin entrega de bienes, en los supuestos en que sea revocable (artículo 827). Y, además, el artículo 667, debería decir, para no contradecirse con tales excepciones, que: «El acto por el cual una persona *exclusivamente* dispone para después de su muerte, etc.»... Definición que también sería inexacta, porque en el testamento, también se disponen otras cosas. Entre ellas, el reconocimiento de hijos naturales, de efectos inmediatos.

Y, es que, como dijimos, el artículo 667 no pretendió establecer un monopolio, sino tan sólo dar una definición del testamento.

Por eso, no puede sacarse de él más jugo del que tiene. Si quiso únicamente formular una definición no deben buscarse en él unas prohibiciones que de modo patente no resulten del mismo. El *fin* de la norma, su *ratio*, más que su letra, son la clave de su interpretación y señalan los límites dentro de los cuales debe ser aplicada.

5. CUESTIONES TELEOLÓGICAS.

a) *¿Son estas donaciones un peligro para la estabilidad jurídica?*

Termina PARRA su trabajo exponiendo la razón, que a su juicio, «fué uno de los motivos de descrédito de la institución ante los legisladores, y no podría resucitarse ahora sin que el propósito de éstos quedara fracasado». Claro que su afirmación no tiene apoyo alguno en que descansar. Ya que tan sólo cita como prueba el juicio de dos autores franceses: COLÍN y CAPITANT, posteriores a nuestra codificación y que hablaban de las cosas de su Patria, sin ocuparse de las nuestras.

Veámos cuáles son esos pretendidos motivos. Los resume y concreta en «*la posibilidad de que se destruya y cancele una enajenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo dominio del transmitente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, en perjuicio, incluso, de terceros*».

¿Suponen realmente ese peligro las donaciones *mortis causa*?

La respuesta requiere una subdistinción, entre donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo y donaciones *mortis causa* de tipo resolutorio.

Estas últimas, según expusimos en nuestro referido trabajo (páginas 746 y sig.), no están comprendidos en el artículo 620 y, en consecuencia, deban regirse por las normas ordinarias de las donaciones *inter vivos*. Han perdido, por tanto, su antigua característica natural, el *ius proenitendi*. A no ser que el donante haga uso de la facultad que le concede el artículo 639, e incluso el propio artículo 641 (según se admite o no la reversión potestativa por el donante). Lo mismo que en cualquier donación *inter vivos* con cláusula de reversión —propiamente dicha— referida a causa distinta de la premoriencia del donatario. Todo esto está vivo. Permitido en el propio Código civil. Basta leer los citados artículos 639 y 641.

Las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo, son hoy —a la inversa que en la época inicial de esta institución— las más características donaciones *mortis causa*, casi diríamos, las donaciones *mortis causa* propiamente dichas. A ellas, exclusivamente, alude el discutido artículo 620, al aludir a las «que hayan de producir su efecto por muerte del donante».

Pues bien, ¿cómo referir a ellas las acusaciones que PARRA formula? (Y, caso de merecerlas, ¿no debieren compartirlas todos los legados y demás disposiciones testamentarias?) ¿Dónde percibe el peligro de que, con ellas, se destruya y cancele una enajenación perfectamente válida, en perjuicio, incluso, de terceros?

Cabe, tanbién, que a las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo vaya unida una transferencia actual y precaria de la tenencia de la cosa pendiente de donación. Pero, entonces, ¿es que, esa posesión precaria del posible titular futuro, lleva consigo una incertidumbre mayor, que la que pueda suponer la transmisión anticipada de la posesión a los herederos instituidos o entre quienes, por acto *inter vivos* —conforme al artículo 1.056 del Código civil— el testador distribuyó previamente su herencia?

Ese tremendo peligro, que PARRA figura, queda, pues, en nada. En un espejismo. En una pesadilla, un mal sueño.

b) *¿Qué utilidad puede rendirnos esta vieja institución que no podemos obtener de las disposiciones testamentarias?*

ROCA SASTRE (*Estudios de Derecho Privado*, vol. I, pág. 575 y s.),

señala alguna de sus ventajas. Pero, en todo caso, no cabe dudar que, como dice el mismo maestro: «La ley tiene que admitir la mayor variedad de tipos o fórmulas en que manifestarse la voluntad dirigida a conseguir algún efecto jurídico... Es preferible que el legislador adopte francamente la figura de la donación *mortis causa*, corrigiendo su ordenamiento si es preciso, que no con un criterio ciegamente simplista, obligue a los particulares a descubrir nuevas, fórmulas jurídicas.»

Nuestro discutido trabajo lo concluíamos proclamando de que las donaciones *mortis causa*, tanto en sus formas directas como en sus figuras superpuestas o en sus variedades indirectas y dando eficacia *mortis causa* a determinadas donaciones *inter vivos* que como tales no valen, pueden seguir prestando relevantes servicios. Prescindiendo, tal vez, de las formas directas cuya utilidad puede cubrir el testamento, en los demás supuestos no podría suplirse su vacío con disposiciones testamentarias. Las reversiones o reservas *mortis causa* a favor de tercera persona contenidas en actos *inter vivos*, las compras con pacto de sobrevivencia en régimen civil común, los mismos seguros de vida con tercero beneficiario (5), la renta vitalicia con tercer beneficiario *post mortem* del cedente, el depósito para entregar a tercera persona a la muerte del depositante, o el respeto de la voluntad de un causante que había comprado para su mujer a nombre de ella, e incluso, las ventas simuladas que encubren una donación, cuya efectividad no se quiere *inter vivos* sino *mortis causa*, etcétera, etc., por sí solos justificarían, en bien de la Justicia y el Derecho, la supervivencia de esta institución, que no puede morir y que si muriese, renacería de sus propias cenizas. Como el Ave Fénix.

JUAN VALLET DE GOYTISOLO
Notario

(5) Nuestro buen amigo Ignacio Nart, nos decía recientemente: «Sin la donación *mortis causa* no puede explicarse satisfactoriamente el seguro de vida con tercero beneficiario».

Creemos que tiene razón. La estipulación a favor de tercero ni el negocio abstracto, jamás podrán explicar por sí solos la relación de valuta entre estipulante y beneficiario. (Ver las págs. 806 a 820 de nuestro trabajo de referencia.) El negocio abstracto no es más que una cortina, que impide toda indagación. Pero nada explica. Además, en nuestro Derecho, no caben los negocios absoluta ni sustancialmente abstractos. El art. 1.277 no sólo no excusa la causa, sino que llega a presumirla, creando con ello, por natural paradoja, la *abstracción puramente procesal de una causa sustantivamente necesaria*. (Ver SANAJIJA: «Estudio del reconocimiento de deuda», *La Notaría*, año 1945, pág. 207 y ss; y ROCA SASTRE, op. y volumen últ. cits., págs. 490 a 494.)