

De nuevo sobre la donación *mortis causa* y el Código civil

SUMARIO: I) Concepto clásico y perfil histórico de la donación *mortis causa*—II) El movimiento codificador moderno: el Código Civil español.—III) Ortodoxia y heterodoxia.—IV) Interpretación del artículo 620. V) Consideración final.

I) El concepto técnico en que concluyó siendo elaborada la donación *mortis causa* por el Derecho Romano, se integra con estas tres notas específicas que muy bien señala VALLET DE GOYTISOLO (1):

A) La donación *mortis causa* es un acto gratuito de disposición en atención a la muerte.

También la donación intervivos puede ser hecha en contemplación de la muerte o en vista de un peligro inminente; pero tal contemplación, en éstas, no es más que un motivo puramente subjetivo del donante; en tanto que, en las *mortis causa*, aquella circunstancia se objetiviza y se incorpora a la donación como causa, actuando en ella como condición esencial.

B) La donación *mortis causa* es revocable, con los efectos, bien a partir de ULPIANO o sólo de JUSTINIANO, de la revocación real (2).

Se ha pensado en que esta posibilidad pueda ser renunciada por el donante, basándose incluso en cierta aparente contradicción de las fuentes romanas (3). No faltan autores, sin embargo, que entienden que esa renuncia daría carácter intervivos a la donación.

(1) «La donación «*mortis causa*» en el Código Civil español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo V, pág. 637.

(2) A. DE FUENMAYOR: «La revocación de la propiedad», Madrid, 1941, pág. 53.

(3) Digesto, XXXIX-VI, 13 y 27.

C) Depende la eficacia de la donación *mortis causa* de que el donatario sobreviva al donante. La muerte simultánea de donante y donatario hace, empero, eficaz la donación.

Ello es secuela de elevarse la *contemplatio mortis* a condición esencial de la donación. Sobre viviendo el donante al donatario faltaría el presupuesto de la muerte de aquél como causa del desplazamiento patrimonial gratuito.

La forma que ha de revestir la donación es libre, salvo cuando se trata de donaciones que por su cuantía deban estar sujetas a insinuación, ya que entonces es necesaria para su validez, o bien que se cumplió el trámite de la *insinuatio*, o bien que se adopte la forma de los codicilos, en cuanto exigen la presencia de cinco testigos (4).

Más importa advertir que las *mortis causa donationes* podían verificarse en forma suspensiva o resolutoria. Es decir, como observa VALLET (5): siendo la muerte del donante supuesto que suspendiese la efectividad de la donación; o bien, actuando como causa de resolución de la transmisión, previamente efectuada en vida del donante, la sobrevivencia al donatario.

Cabé también en las de tipo suspensivo una entrega inmediata del objeto; pero en simple posesión precaria, negocio, en nuestro sentir, distinto de la donación, aunque se haga ocasionalmente con ésta. En la donación *mortis causa* de tipo suspensivo, la atribución patrimonial se difiere hasta el fallecimiento del donante, si le sobrevivie el donatario. En las de tipo resolutorio, la atribución patrimonial se produce desde luego.

Resulta de lo expuesto que el momento en que la donación producirá su efecto traslativo, es indiferente para calificarla. La donación *mortis causa*, en su tradicional concepto, puede ser tanto un acto de disposición inmediata que empieza ya a surtir efectos en vida del donante, como un acto de disposición para después de la muerte: basta en ambos casos que la *contemplatio mortis* se objetivice, incorporándose a la donación como causa, y que sus efectos pendan, en forma suspensiva o resolutoria, de la sobrevivencia al donatario. Por eso, como observan JÖRS-KUNKEL (6), la donación *mortis causa* es una donación como todas, con la única diferencia de

(4) ROCA SASTRE: «Estudios de Derecho Privado», XV La donación «*mortis causa*», tomo I, pág. 658.

(5) Ob. cit., pág. 636.

(6) «Derecho Privado Romano», trad. de Prieto Castroví, 1937, pág. 508.

que el donante la hace en atención a su muerte próxima, por lo que su validez dependía de que el donatario le sobreviviera.

Con iguales características pasó la donación *mortis causa* por el derecho histórico patrio. Sus notas de liberalidad hecha en consideración a la muerte del donante; la revocabilidad que la caracteriza, más acentuada si cabe (7), finalmente, el requisito de la sobrevivencia al donatario persisten hasta la promulgación del Código Civil, fielmente reflejados en un conocido texto de las Partidas (8). Así también su formalización fuera de testamento, ante cinco testigos, reducidos a dos en Cataluña por el Usatge *Duo testes*.

De igual manera persiste la posibilidad de que se ordenen ya en forma suspensiva («si muero en la epidemia, te doy la casa en que vivo), ya en forma resolutoria («te doy la casa en que vivo, que me ha de devolver si no muero en la epidemia») (9). Sobre cuyo particular se discutía, acaso, si en las donaciones de tipo resolutorio se entendía transferirse al instante la propiedad de la cosa donada, como parece ser *communis opinio*, o tan sólo su mera detención o posesión precaria, según sostuvo ya FALGUERA y, recientemente, ha recogido ROCA (10).

Como quiera que sea, construidas según queda dicho las donaciones *mortis causa*, no se ve qué diferencias institucionales se paren del legado. Si la primera es un acto gratuito de disposición hecho en atención a la muerte, lo mismo ocurre con el legado. Si es por naturaleza revocable la donación *mortis causa*, esa misma nota

(7) «E dezimos que la donación que ome face de su voluntad, estando enfermo, temiéndose de la muerte, o de otro peligro, que valé. Pero tal donación como esta puede ser revocada en tres maneras. La primera es, si se muere ante aquél a quien es fecha, que el otro que la hizo. La segunda es, si aquél que la hizo, gularesce de aquella enfermedad, o estuerce de aquél peligro porque se movía a fazer la donación. La tercera es, si se arrepiente ante que muera». (Ley fin. tit. IV, Part. V.) — «Se previene al Escribano —dice FEBRERO— que como esta donación es revocable por su naturaleza hasta la muerte del que la hace, por ser última voluntad encuanto a sus efectos y confirmación, no ha de poner en ella la palabra, *irrevocable*, ni otra de igual fuerza o significación, ni la cláusula de irrevocabilidad con juramento ni sin él, sea menor o mayor el otorgante, como algunos por ignorar su naturaleza y sin orden del donante lo hacen; pues si la contiene se reputará donación entre vivos.» («Librería de Escribáños, Abogados y Jueces», 4.^a edición. Madrid, 1807, Parte primera, tomo II, página 119.)

(8) Ley II, tit. IV, Part. V.

(9) BENITO GUTIÉRREZ: «Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español», 3.^a ed. 1871, tomo III, pág. 491.

(10) Ob. cit., pág. 565.

de revocabilidad se acusa en el legado. Si, por último, la eficacia de aquélla depende de que el beneficiado sobreviva al causante, esa misma sobrevivencia es *condictio iuris* del legado. Razón lleva, pues, ROCA cuando, con su magistral capacidad de síntesis, define la donación *mortis causa* como una disposición por causa de muerte, a título singular, ctorgada en forma de donación (11).

La proteica figura del legado, en cuanto liberalidad, es donación (12). Podrá, en algunas de sus manifestaciones, no obedecer a ese concepto de la donación perfilado por la técnica jurídica moderna, que supone, junto al enriquecimiento del donatario, el empobrecimiento del donante (13), porque en el legado no se empobrece el causante, que ya no existe, ni su heredero, que nunca fué dueño de la cosa legada. Pero también puede decirse que hay empobrecimiento si por tal consideramos, objetivamente, una disminución patrimonial, ya que el patrimonio del causante no se disuelve con su muerte.

Exactamente GUTIÉRREZ (14) no ve que discrepen donación *mortis causa* y legados más que: 1.º, en que la donación por causa de muerte requiere, a veces, la intervención del donatario y el concurso de dos voluntades; 2.º, en que puede haber tradición en vida del donante, como sucede en la donación de tipo resolutorio.

Consecuencia, lo primero, de la forma extratestamentaria de ordenarse estas liberalidades, y, no aplicable, lo segundo, a las donaciones *mortis causa* de tipo suspensivo; resulta, pues, que éstas son verdaderos y propios legados, sin otra diferencia que la de ordenarse éstos y no aquéllas extratestamentariamente; en tanto que las donaciones de tipo resolutorio difieren de los legados en que ya comienzan sus efectos traslativos en vida del donante.

(11) Ob. cit., pág. 563.

(12) Vid. la discusión doctrinal sobre este punto en M. M. TRAVIESAS: «Legados», *Revista de Derecho Privado*, 1931, pág. 99 y ss.—Naturalmente, como dice FUENMAYOR («Acumulación en favor del cónyuge viudo de un legado y de su cuota legitimaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero, 1946, pág. 74), no existe apoyo en nuestro Derecho positivo para afirmar que sea esencial al concepto de legado el carácter de liberalidad; pero ello es consecuencia de la dificultad de encontrar un concepto unitario del legado. Normalmente, el legado envuelve una liberalidad.

(13) Vid. J. R. XIRAU: «Estudio sobre la formación del concepto de la donación en el Derecho privado», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 143, pág. 321 y ss.

(14) Ob. y tomo cit., pág. 491.

Si se prescinde de la causa de la donación, la *contemplatio mortis*, que es lo que harían los autores del nuestro Código Civil, ya no habrá inconveniente alguno en comprender las donaciones de tipo resolutorio entre los actos intervivos, sometiéndolas a sus mismas reglas formales; y los de tipo suspensivo entre los actos *mortis causa* —legados— también, sin ningún inconveniente, sometidos a los mismos preceptos en cuanto a la forma. La dualidad de formas está justificada en este último tipo de donaciones, en el deseo de salvarlas de tan rígido sistema de testamentificación como el romano y a manera de mitigación de sus rigores formalistas; mas no tendría justificación alguna en el régimen templado que se inició en el Ordenamiento de Alcalá y recibe su consagración definitiva en nuestro Código Civil.

II) Al iniciarse el movimiento codificador moderno malos vientos corrían para las donaciones *mortis causa* (15). Fueron preteridas por el Código de Napoleón, que sólo permite disponer a título gratuito por donación intervivos o por testamento, inspirándose así en la fórmula dada anteriormente por el Ordenamiento de 1731 (16). Las excluye el italiano de 1865, al exigir para la donación que el donante se despoje de los bienes actual e irrevocablemente (17). Tampoco fué bien vista por el Proyecto español de 1851, ni por su alma y expositor, GARCÍA GOVENA, quien las calificó con la máxima dureza (18). Se la asimila a las disposiciones testamentarias, sin hacer distingos entre fondo y forma en los Códigos de Suiza, Méjico, Uruguay y Paraguay; y en el Código italiano de 1942 se la pasa en silencio, excluyéndola del concepto general de donación, al definir ésta como una disposición o liberalidad actual.

¿ A qué género de consideraciones se debió esta postura negativa respecto de la milenaria figura de la donación *mortis causa*? En algunos casos podrá ser el recelo con que se miran los pactos sucesorios, como quiere MUCIUS SCAEVOLA, reputando por tal la dona-

(15) Vid. VALLET, ob. cit. pág. 671 y ss v. Q. M. SCAEVOLA: «Código civil comentado y concordado», 5.^a ed., tomo XI, vol. II, pág. 570 y ss.

(16) COLIN Y CAPITANT: «Curso elemental de Derecho civil», trad. de D. DE BUEN, tomo VII, pág. 625.

(17) RUGGIERO: «Instituciones de Derecho Civil», trad. de Serrano Súñer y Santa Cruz, 1931, vol. II, pág. 573 y ss.

(18) «Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español». Madrid, 1852, tomo II, pág. 286.

ción (19). Podrá obedecer, también, a evitar la inseguridad de la propiedad, protegiendo al donatario contra un cambio de voluntad del donante, según opinan COLIN y CAPITANT (20). Mas, en nuestro sentir, se trata de que los Códigos que adoptan la postura negativa han prescindido —con muy buen acuerdo, por su conexión con la nota de revocables que tienen estas donaciones— de examinarlas desde el punto de vista de la causa, la *contemplatio mortis*, que debe ser irrelevante para el Derecho como condición esencial de la donación, por más que pueda funcionar como condición propia, elemento accidental, en una donación intervivos. Abandonando ese punto de vista, decimos, se han atendido sólo a los efectos de la donación, al momento en que se opera la transmisión de la cosa donada de uno a otro patrimonio. Y se ha visto que, cuando esos efectos han de producirse por y desde la muerte del donante (donación *mortis causa* de tipo suspensivo), se está ante un verdadero y propio legado, que ninguna razón abona que siga un régimen formal distinto al de esta especie de disposiciones. Y que cuando los efectos traslativos se operan sin esperar al fallecimiento del donante, la donación *mortis causa* no se diferencia de las intervivos sino en que aquélla es revocable y en que la sobrevivencia del donante deja sin efecto la donación (21).

Ahora bien; en cuanto a lo segundo, no parece que deba conservarse como nota específica de las donaciones *mortis causa* lo que puede darse en las intervivos, sin desnaturalizarlas, a través de una cláusula de reversión. En cuanto a lo primero, mantener la posibilidad de revocación de una atribución patrimonial que se ha producido desde luego, es, respecto de terceros, mantener la inseguridad

(19) Ob., tomo y vol. cit., pág. 570. Vid. C. MARTÍN RETORTILLO: «Breves consideraciones sobre la sucesión contractual», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 143, pág. 226 y ss. y 340 y ss.

(20) Ob. y tomo cit., pág. 609. Y también, según los mismos autores, para proteger al donante de liberalidades irreflexivas con la esperanza de que son irrevocables.

(21) En el B. G. B. la promesa de donación *mortis causa* que no haya sido cumplida aún a la muerte del donante, se regula por las normas de las disposiciones *mortis causa*. Por el contrario, si la donación ha sido ejecutada por la prestación del objeto, o sea, si se ha cumplido la promesa o si la donación se ha operado inmediatamente por la prestación del objeto sin previa promesa, se aplican las disposiciones sobre las donaciones intervivos (Vid. ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: «Tratado de Derecho Civil», trad. y notas de PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER; tomo II, vol. 2º, página 113).

en el tráfico jurídico haciendo vacilantes las adquisiciones, y, respecto del donatario, por esa misma inseguridad de la adquisición, producir una subestimación de los bienes, en cuya conservación y aprovechamiento adecuado no ha de preocuparse mucho, con daño de la general economía, sobre todo si se trata de inmuebles fructíferos.

Inmerso nuestro Código en esta corriente y nutriéndose a la vez de ella; formuló en su artículo 620: «Las donaciones que hayan de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.» Y continuó en el 621: «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.»

No es, como quiere MANRESA (22), que el Código Civil, desecharando el sentido jurídico, que atiende a la *contemplatio mortis*, se haya acogido al sentido vulgar de las donaciones *mortis causa*, que mira al tiempo en que han de producirse sus efectos. Es, sencillamente, que el concepto y la figura de la donación *mortis causa* se han volatilizado. Los artículos 620 y 621 han sido el disolvente de la añeja institución. El primero ha tomado las de tipo suspensivo y, viéndolas legados, las ha refundido en éste. El segundo, lo ha hecho con las de tipo resolutorio, refundiéndolas en las donaciones intervivos. Así desaparece su inconveniente nota de revocables, quedándole siempre al donante, al amparo del artículo 641, la facultad de reversión para el caso de sobrevivir al donatario. Y ni que decir tiene que puede sujetarlas a condiciones suspensivas y resolutorias.

III) Ante la fórmula del Código Civil, la doctrina civilista española, con no frecuente coincidencia, afirma que la donación *mortis causa* es una institución suprimida; refundida en la del legado, en razón a que, participando de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, ha de regirse por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria. De donde, según la Jurisprudencia (23), sea menester el testamento para ordenar válidamente esta especie

(22) «Comentarios al Código Civil español», 4.^a ed.; tomo V, pág. 83.

(23) SS. del T. S. de 3 de enero y 8 de febrero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926 y 8 de julio de 1943.

de donaciones (24). Tal es la interpretación ortodoxa del artículo 620 que se ha mantenido hasta los más recientes autores que abordaron el problema, como ROCA (25) y PUIG PEÑA en su «Tratado de Derecho Civil español» (26). Existe, pues, una *communis opinio doctorum*, que no forma derecho; mas, como dice ENNECERUS, no es lícito a un juez prescindir a la ligera de aquello que se considera justo de un modo general (27).

Pero todo se encuentra hoy en el Foro sujeto a disputa y opinión. Y como la Jurisprudencia es un jardín que, al contrario de los verdaderos, cuanto más se cultiva tanto más se llena de abrojos, según recordando a MURATORI decía DON JERÓNIMO GONZÁLEZ (28), en el punto que tratamos no faltan algunas voces discordantes, pero autorizadísimas siempre. Son las siguientes:

A) GONZÁLEZ PALOMINO, citado por VALLET (29), para quien el argumento de los que afirman haberse refundido la donación *mortis causa* en el legado porque el artículo 620 dice que participa aquélla de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, cae por su base si se tiene en cuenta que el citado precepto habla de la *naturaleza, no de la forma*.

En nuestro sentir, no es exacto esto. Aparte de que en el Código Civil es íntima la unión de la forma y la naturaleza tratándose de disposiciones de última voluntad (cfr. artículo 667); la refundición se debe, no a la afirmación que hace el artículo 620 sobre la naturaleza jurídica de estas donaciones, sino a la remisión del mismo precepto a las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.

B). Mucho antes, AZPITARTE (30), entonces *vox clamantis in deserto*, fundándose en las mismas palabras del artículo 620, que habla de que dichas donaciones *participan de la naturaleza*, no que sean las contenidas en los actos de última voluntad, afirmaba que,

(24) CASTÁN: «Derecho Civil», 6.^a ed., tomo III, pág. 97.

(25) Ob. cit., pág. 571 y ss.

(26) Tomo IV, vol. II, pág. 175.

(27) Ob. cit., tomo I, vol. I.^o, pág. 166.

(28) «La Ley ante sus intérpretes» en sus «Estudios de Derecho Hipotecario y Civil», 1948, tomo III, pág. 100.

(29) Ob. cit., pág. 633.

(30) «Legislación Notarial», 1926, pág. 142 y ss.

si bien pueden aplicarse a las donaciones *mortis causa* las reglas de la sucesión testamentaria contenidas en el capítulo II del Código Civil, asimilándolas a los legados, no cabe exigirles la forma solemne del testamento para que válidamente se ordenen.

Pero este autor no salva la remisión íntegra que hace el artículo 620 a las reglas de la sucesión testamentaria, entre las que se encuentran las relativas a la forma de ordenar las disposiciones de última voluntad. Y no la salva, porque si bien es cierto, como dice AZRITARTE, que el Código Civil permite que se practique por actos intervivos uno *post mortem* de tal importancia como la partición de bienes o la designación de persona que la realice (artículos 1.056 y siguientes), se trata de excepciones establecidas por el Código en esas mismas reglas a que se remite el artículo 620; siendo, además, supuestos que ni por asomo entrañan acto alguno de disposición *mortis causa* que permita, por analogía, extender la excepción a las donaciones. Todavía más: la partición hecha por el causante ni siquiera es un supuesto excepcional a la regla general del testamento como forma de los actos *mortis causa*, porque presupone un testamento al cual debe acomodarse (31).

Finalmente, será cierto, como observa AZRITARTE, que el Anexo II del Reglamento Notarial (artículo 3.º) admite al Registro de actos de última voluntad las donaciones *mortis causa* como acto distinto de los testamentos; pero no, seguramente, como institución recogida en el Código Civil con fisonomía autónoma, sino todavía vigente en las regiones de Derecho romano. De todas formas, las normas reglamentarias no parece que puedan servir para la interpretación auténtica ni como elemento para la interpretación sistemática de un texto legal, por razón de la estricta subordinación de aquéllas a éste (32).

C) Por último, VALLET DE GOYTISOLO, en el brillante y docu-

(31) A favor de la tesis expuesta, ALBADALEJO: «Dos aspectos de la partición hecha por el testador», *Anuario de Derecho Civil*, tomo I, fascículo III, pág. 925 y ss. En contra, MARÍN LÁZARO: «La partición de la herencia por actos intervivos», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1944, pág. 243. La S. del T. S. de 6 de marzo de 1945 entiende que la facultad que concede el artículo 1.056 supone y requiere un testamento previo o ulterior (Vid. notas de BONET en *Revista de Derecho Privado*, 1945, página 446).

(32) F. DE CASTRO: «Derecho Civil de España», Parte General, I, páginas 360-466.

mentadísimo trabajo a que venimos haciendo continua referencia (33), sostiene, después de minuciosa exégesis del artículo 620, que la donación *mortis causa* no puede identificarse con los actos de última voluntad ni ser asimilada al legado, ni le son de aplicación todas las reglas de la sucesión testamentaria, ni precisan ordenarse en testamento.

IV) Todo ha de centrarse en la más exacta interpretación del artículo 620, *quamvis sit maniffestissimum edictum Praetoris*. Eso es lo que hace VALLET (34), y hemos de seguirle nosotros.

1. ELEMENTO GRAMATICAL:

A) Habla el artículo 620 de «las donaciones que hayan de producir efectos por muerte del donante». Calificadas como donaciones por el legislador, y tenidas por él como válidas, han de ser donaciones y no disposiciones testamentarias, dice VALLET.

El argumento sería válido de haber incompatibilidad entre uno y otro concepto, o si fuere un imposible que una disposición testamentaria fuere donación, que no lo es desde el momento en que el legado pudo definirse como *donatio quoedam a defuncto relictā* (35).

B) Sigue hablando el expresado artículo—continúa VALLET—de que tales donaciones *participan* de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad; pero la palabra *participan* no quiere decir que se *identifiquen*.

Eso es cierto; pero, en nuestro criterio, a la afirmación del artículo 620 hay que dar su exacto alcance. El legislador no ha pretendido hacer una inútil afirmación dogmática, puramente teórica, adoctrinándose sobre cuál sea o no la naturaleza de tales donaciones. El artículo 620 es una proposición jurídica de remisión en sentido estricto (36), y su puro contenido normativo no es más que éste: que tales donaciones se rijan por las reglas de la sucesión testamentaria.

(33) Pronunciado como conferencia en la Semana Notarial de Santander el verano de 1948.

(34) Ob. cit., pág. 705 y ss.

(35) Instituta, lib. II, tit. XX, párr. 1.º.

(36) PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, notas a la ob. cit. de ENNECKERUS, tomo I, vol. 1.º, pág. 116; CASTÁN, ob. cit., 7.ª ed., tomo I, pág. 121.

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 grammatical 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»).

C) Sigue afirmando VALLET que cuando el artículo 620 dice de estas donaciones que «se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria», se refiere 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, puesto que hay que partir de que éste ya ha nacido.

Pero siempre que el Código se refiere a una relación jurídica para disciplinarla, ésta ha nacido antes, cuando menos en la mente de los posibles sujetos de la relación. La donación *mortis causa*, como el derecho de superficie, la compraventa, el matrimonio y todas y cada una de las figuras jurídicas que se quiera existen idealmente antes de que las recoja el ordenamiento jurídico positivo, y puesto que existen, han nacido ya.

El artículo 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.

2. ELEMENTO LÓGICO :

Choca a primera vista, dice VALLET, la interpretación del artículo 620, que propugna la íntegra aplicación a las donaciones *mortis causa* de las reglas todas de la sucesión testamentaria, incluso las relativas a la forma. Cita seguidamente un texto de MUCIUS SCAEVOLA (37) que acusa la contradicción interna del artículo 620. Pues afirma este precepto, primeramente, que entre las donaciones a que se refiere y las sucesiones hereditarias *media cierta analogía* respecto a su naturaleza legal («participan de la naturaleza...»), para, a renglón seguido, establecer una asimilación completa («se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria»). Y concluye diciendo VALLET: Si las donaciones *mortis causa* participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, puede aceptarse la aplicación a aquellas de las reglas de éstas en cuanto se refieran a su naturaleza semejante o idéntica, pero no las relativas a la forma, que, casi por definición, han de ser distintas.

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 carácter doctrinal que, como tal, es una enunciación o fórmula que ni siquiera pertenece propiamente al derecho objetivo (38). 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. No es inexacta, sino tímida, porque las donaciones a que se refiere son verdaderas y propias disposiciones de última voluntad, pues sólo por y cuando la voluntad del donante se hace irrevocable por la muerte, empiezan a producir

(37) Ob., tomo y vol. cit., pág. 575.

(38) CASTÁN, ob. y tomo cit., 7.^a ed., pág. 119.

sus efectos naturales. Ni es inútil, por razón de que, encerrando la conclusión del artículo 620 un cambio radical respecto del secular régimen de estas donaciones, el legislador se ha creído en el caso de justificar con la premisa el apoyo dialéctico de la solución.

Lógicamente se hace inexcusable aplicar a las donaciones del artículo 620 las reglas formales de los testamentos. Para disciplinar estas donaciones el artículo 620 se remite a las reglas de la sucesión testamentaria ; es así que entre dichas reglas se encuentran las relativas a los testamentos, luego las reglas relativas a los testamentos han de aplicarse a aquellas donaciones. Y es que, 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 excluirse éstos, la remisión hubiera sido directamente al capítulo II de aquellas reglas?

3. ELEMENTO HISTÓRICO :

Si la proposición meramente enunciativa del artículo 620 («participan de la naturaleza»...) puede no carecer de antecedentes, pues ya JUSTINIANO proclamó que no había diferencia alguna entre las donaciones *mortis causa* y los actos de última liberalidad (39) ; el verdadero contenido normativo de ese precepto, con la radical conclusión a que nos lleva respecto de la forma, no los tiene. Es, pues, inútil acudir a la historia en busca del sentido exacto del precepto. Más aún : históricamente se justifica como la última fase en nuestro derecho del proceso de estas donaciones a perder su propia individualidad, su perfil y figura característicos.

Las donaciones *mortis causa* que, según BONFANTE (40), representaban la primitiva forma de disponer para después de la muerte cuando el testamento propiamente tal no había surgido, paulatinamente se fueron aproximando a los legados ; se les aplicaron las restricciones de las *Leyes Furia* y *Vaconia* y las incapacidades de las Leyes cárucarias ; se las exime luego de la insinuación ; en el *Corpus Iuris* son, además, esencialmente revocables *usque ad mortem*, y, finalmente, JUSTINIANO afirmó la absoluta equiparación de

(39) «... nec ex quaquamque parte absimilis eis intelligatur» (Código, lib. VII, tit. LVII, Const. 4.º).

(40) «Instituciones», pág. 658, cit. por VALLET.

ellas a los legados (41). Persisten así en nuestro derecho histórico, con tal similitud con el legado que, aparte el poder ser ordenadas fuera de testamento, no encontraban los autores más diferencia entre una y otro que la de necesitar aquéllas el concurso de dos voluntades y que pueda haber tradición de la cosa donada en vida del donante. El Código Civil vigente es la última fase de este proceso, acabando por completo, justa o injustamente, con los últimos vestigios diferenciales entre los legados y esta especie de donación.

Arguye VALLET un texto de las *Instituta* y otro del *Código de Justiniano* en los que, más rotundamente, en su sentir, que el artículo 620 de nuestro Código, se proclama la asimilación de legados y donaciones *mortis causa*, no impidiendo ello que tales donaciones, contrariamente a los legados, pudieran ordenarse válidamente fuera de testamento.

Pero no es valedero el argumento, porque así como en el 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, donde existiendo ese precepto, cabe, a pesar de la similitud, una solución semejante a la que VALLET propugna para nuestro Código (42).

4. ELEMENTO SISTEMÁTICO :

Finalmente, quiere VALLET encontrar un apoyo para su tesis en la conjugación sistemática del artículo 620 con los artículos 619, 1.331, 641 y, en cierto modo, los artículos 177 y 827 del Código Civil.

Por lo que toca al artículo 618, no vemos inconveniente alguno en que la donación a que se refiere el artículo 620, ordenada en tes-

(41) ARIAS RAMOS: «Derecho Romano», I-II, pág. 358.

(42) La Constitución 4.^a del Código, lib. VII, tit. LVII proclama que las *mortis causa donationes* surtan todos los efectos de los actos de última liberalidad, de los que en nada se diferencian («et omnes effectus sortatur, quos ultimae habent liberalitatis, nec ex quaquam parte absimilis eis intelligatur»). Pero, antecedentemente se lee: «sancimus omnes mortis causa donationes... actis minime indigere, neque expectare publicarum personarum praesentiam et ea, quae super huiusmodi monumentis solent adhiberi, sed ita res procedat, vel sine litterarum suppositione aliquis value-

tamento, siga siendo un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta.

En el artículo 641 ve VALLET la posibilidad de una donación *mortis causa*, siquiera sea indirecta, no obstante lo cual se la ordena en testamento. En lo que respecta a este punto, basta decir, como dice VALLET en otro sitio (43), que la reversión que el artículo 641 contempla es, «normalmente, una donación indirecta, cuyo único requisito formal es el constar expresamente en la escritura pública de la donación principal y como limitación suya; sin que importe, a los efectos formales, que dicha donación indirecta corresponda al tipo de las intervivos o *mortis causa*. La Sentencia de 27 de diciembre de 1945 así lo demuestra, calificando de donación *mortis causa* a la contenida en una cláusula de reversión impropia que sólo había de producir sus efectos a la muerte del donante. Ahora bien... no exige que la donación *mortis causa*, implícita en la reversión impropia, sea refrendada en testamento... Se debe ello a su carácter accesorio, que hace que los requisitos de forma de las mismas se n exclusivamente los del acto principal del que actúa como limitación. Gracias a ello, las donaciones *mortis causa*, expulsadas por el artículo 620 del Código Civil de los actos intervivos, mantienen este último reducto en el terreno que se les vedó» (44).

En lo que concierne a los artículos 1.331 y 827 del Código Civil, aunque se quiera ver en ellos supuestos de donaciones *mortis causa*

rit *mortis causa* donationem facere, et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata, et nulla in ea calumniā accipiat, neque propter hoc, quod gesta non accesserunt, ineficax esse atque inutilis videatur». Esto permite no llevar la analogía hasta la forma, contrariamente a la solución del Código Civil. Lo mismo debe decirse en cuanto a nuestro derecho histórico, bastando citar, entre otros textos, la Ley XI, tit. IV, Part. V.

(43) «Las ventas con reserva de usufructo a favor del vendedor y, para después del fallecimiento de éste, a favor de un tercero y las de bienes gananciales con reserva de igual derecho a favor de los esposos vendedores», en la *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1946, pág. 949.

(44) Por nuestra parte, en el supuesto del artículo 641 no vemos una donación principal y, a ella conexa, una donación accesoria (reversión de la cosa donada a un tercero); sino una sola donación intervivos a favor de varios donatarios sucesivos. Sobre donaciones *mortis causa* superpuestas, donaciones indirectas en general y artículo 641 del C. C. diserta magistralmente VALLET, con gran copia de doctrina, en las páginas 779 y ss. del trabajo suyo que venimos citando reiteradamente.

no testamentarias (45), serían casos verdaderamente excepcionales, no incompatibles con la regla general. Si fueren una confirmación de esa regla, nada nuevo nos dirían esos preceptos. Y, por último, en cuanto al artículo 177, habría que ponerse de acuerdo respecto de su verdadero alcance, para poder utilizarlo como elemento sistemático de interpretación de otros (46). Como quiera que sea, en todos ellos hay un precepto especial en cuanto a la forma (capitulaciones, escritura de adopción) que falta en el artículo 620 para que pueda excluirse la forma del testamento de esta clase de donaciones.

Y es que, en general, no parece lícito, para una interpretación sistemática del artículo 620, argüir aquellos preceptos del Código aparentemente inconsecuentes 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.

Una interpretación sistemática del artículo 620 no puede echar en olvido el artículo 658 del Código Civil, ni, mucho menos, el artículo 667, que ya tuvieron en cuenta los ilustres anotadores de ENNECCERUS (47).

El artículo 667 del Código Civil ha merecido la dura crítica de la doctrina (48), con la excepción brillante de MANRESA (49). Los autores han venido repitiendo uno a uno los conocidos reparos críticos de SÁNCHEZ ROMÁN: no es completo, no es exacto, no es útil (50). No se tiene en cuenta que el testamento será algo más

(45) Vid. la discusión doctrinal sobre la naturaleza de las liberalidades que dichos preceptos contemplan en VALLET, ob. cit. reiteradamente, página 764 y ss.

(46) Vid. VALLET, ob. cit., pág. 761; RODRÍGUEZ-ARIAS: «La adopción y sus problemas jurídicos a la luz de la concepción comunitaria del Derecho», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1950, página 89 y ss.; DE LA CÁMARA: «Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código Civil», *Revista de Derecho Privado*, 1951, pág. 89 y ss.; B. PIÑAR: «La adopción y sus problemas jurídicos», conferencia en la Academia Matritense del Notariado, el 31 de enero de 1950 (cfr. LA RICA, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1950, pág. 225 y ss.).

(47) Ob. cit., tomo II, vol. 2.º, pág. 115. Por razón de analogía, también SÁNCHEZ ROMÁN (padre) concordaba el artículo 667 con el 620 («Estudios de Derecho Civil», 2.ª ed., tomo VI, vol. 1.º, pág. 204).

(48) Vid. J. GONZÁLEZ: «Observaciones a las conferencias del doctor Ferrara. Quinto concepto del testamento en sus «Estudios de Derecho Hipotecario y Civil», 1948, tomo III, pág. 237 y ss.

(49) Ob. y tomo cit., pág. 420.

(50) Ob. cit., 2.ª ed., tomo VI, vol. 1.º, pág. 202.

que un acto de disposición de bienes para después de la muerte ; pero que la gran verdad del artículo 667 es que no se puede disponer de los bienes para después de la muerte, sino testando.

El artículo 667 cierra el paso en nuestro derecho a toda posibilidad de acto de disposición *post mortem* ordenado fuera de testamento. No es que ordena que se emplee la forma testamentaria ; es que identifica el testamento con aquellos actos. El artículo 667 no da un concepto formal del testamento ; sino material y sustantivo : 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.

Se aducirá en contra de esta tesis los supuestos excepcionales en que nuestro Código permite disponer para después de la muerte mediante formas extratestamentarias que entrañan verdaderos casos de sucesión contractual, de pactos sucesorios (51) : promesas de mejorar y mejoras, mejoras por contrato con un tercero, obligación de instituir heredero al adoptado, donación de los esposos para caso de muerte... Pero 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. Y siendo la donación del artículo 620 un acto de disposición de bienes para después de la muerte, ordenar aquélla es testar (artículo 667) y adquirirla es suceder a título singular (artículos 660 y 768), por voluntad del hombre que inexcusablemente debe manifestarse en testamento (artículo 658).

V) ¿Qué podía hacerse antes del Código Civil, independiente la donación *mortis causa* del testamento, que no pueda hacerse ahora ? O, ¿qué utilidad podría rendirnos todavía aquella vieja institución si por sus seculares cauces siguiera discurriendo ?

Entiende ROCA las ventajas de la donación *mortis causa* en que actúa con más fuerza que el propio legado *per vindicationem* ; en

(51) Vid. CASTÁN, ob. cit., 6.^a ed., tomo IV, pág. 693 y ss.

que no necesita de la tradición o entrega por el heredero; en que la cosa dónada va directamente del donante al donatario, y, en fin, en que el donatario adquiere la cosa donada en el último momento de la vida del donador (52).

Más gráficamente lo decía Viso unos años antes de promulgarse el Código Civil: «...cómo ciertas circunstancias pueden dar lugar a que el propietario quiera, aun en vida, que la persona a quien desea favorecer entre en posesión de la cosa donada y continúe después de su muerte irrevocablemente en ella, sin necesidad de practicar gestión alguna para su adquisición, a lo cual no se presta el legado, no hay inconveniente alguno en que para este caso admitamos como muy útil la donación por causa de muerte, aunque por otra parte la iguallemos con el legado» (53).

Pero como la voluntad del causante es ley de la sucesión, el testador puede ordenar en su testamento que el donatario tome por sí posesión de la cosa legada, sin necesidad de pedirla al heredero (54); puede haberle entregado la posesión ya en vida con los mismos efectos (55); puede establecer la preferencia de la donación para el caso de posibles reducciones invirtiendo los términos del artículo 887 (56). Y si la donación es intervivos, el donante puede someterla al plazo resolutorio del día de su fallecimiento o de un tercero, o a la condición de la sobrevivencia del donatario, como puede establecer válidamente la reversión dentro de los límites del artículo 641 (57).

En definitiva: ¿qué es lo que ya no se puede hacer en el régimen vigente de estas donaciones? Si bien se mira, sólo esto: disponer desde luego de los bienes a título gratuito y con carácter revocable, esto es, *con la posibilidad de que se destruya y cancele una enjenación perfectamente válida, haciendo resurgir el antiguo do-*

(52) Ob. cit., pág. 576.

(53) «Lecciones elementales de Derecho Civil», Valencia, 1868, tomo II, página 467.

(54) Sentencia de 26 de octubre de 1928.

(55) Resoluciones de 15 de julio de 1868 y 18 de julio de 1900.

(56) TRAVIESAS, ob. cit., pág. 185.

(57) «Quedan bastantes cláusulas que permiten al donante obtener un resultado muy semejante al que lograban antes las personas que acudían a esta clase de donaciones (COLIN Y CAPITANT, ob. y vol. cit., pág. 627).

minio del transmitente, en virtud de un cambio de voluntad de éste, en perjuicio, incluso, de terceros (58). Todo lo demás es intrascendente para revalorizar una institución.

Pero precisamente eso que ya no se puede hacer y pudo hacerse antes, 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 (59). Ni puede soslayarse haciendo irreversibles aquellas denaciones, porque quedarían desnaturalizadas por completo. Mantendríamos la ilusión de su supervivencia, cuando, en la realidad, según frase de SCAEVOLA, conservaríamos sólo un cuerpo fósil en las vitrinas de un museo (60).

JOSÉ PARRA JIMÉNEZ

Licenciado en Filosofía y Letras

Abogado del I. C. de Jaén

(58) FUENMAYOR, ob. cit., pág. 82.

(59) «Son ya bastante numerosas las causas de resolución (colación, reducción, estipulación del derecho de retracto, etc.) de las donaciones, para que se agreguen otras que serían más peligrosas todavía» (COLIN Y CAPITANT, ob. y vol. cit., pág. 609).

(60) Ob., tomo y vol. cit., pág. 579.