

**DONACIÓN DE BIEN INMUEBLE EN DOCUMENTO
PRIVADO: NULIDAD POR DEFECTO DE FORMA.
(Comentario a la STS de 3 de marzo
de 1995)**

María Belén Trigo García

Becaria de Investigación

Area de Derecho Civil. Departamento de Derecho Común
Facultad de Derecho de Santiago de Compostela

Los hechos sobre los que versa la sentencia objeto de comentario están descritos con cierta prolijidad en su fundamento primero; tan sólo se echa en falta una precisión acerca de la naturaleza de la donación, aunque, según el criterio del tribunal, como se verá, esta precisión no afectaría al fallo. Los datos de interés para el caso son los siguientes: don Fernando T. B. y doña Ursula Marie E. K. iniciaron una convivencia en unión de hecho o «more uxorio», si bien celebraron aparentes nupcias en Paddington (Inglaterra) el 16 de diciembre de 1958.

El 10 de agosto de 1963 nació el hijo de ambos, Fernando Andrés T. K., siendo reconocido por su padre como hijo natural. En 1967, con el consentimiento de aquél, doña Ursula Marie E. K. adopta a su otro hijo Roberto.

El 1 de noviembre de 1974, habiendo puesto fin definitivamente a la convivencia *de facto*, don Fernando T. B. y doña Ursula Marie E. K. firmaron un documento privado por el que regulaban su separación y diversos aspectos concernientes a los menores. En dicho documento, don Fernando T. B. acuerda la cesión del uso gratuito del piso de su propiedad, sito en la calle Aragón 160, 5º B. de Palma de Mallorca, que ocupaba doña Ursula Marie E. K. con sus hijos y, asimismo, según la cláusula 3ª que la sentencia reproduce textualmente: «... otorga donación del Chalet que posee en Cala Viñas, Calle

Vista Mar, número 31, en favor de su hijo Fernando Andrés T. K., con cesión del usufructo a perpetuidad mientras viva en favor de la señora K.... En este sentido el señor T. otorgará escritura pública en el plazo de seis meses a contar de la fecha».

El 15 de diciembre de 1989 don Fernando T. B. interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Mallorca contra doña Ursula Marie E. K. y contra don Fernando Andrés T. K. en la que pedía: a) declaración de nulidad radical del documento de 1 de noviembre de 1974; b) restitución por la demandada de los dos inmuebles, piso y chalet; c) restitución de las rentas o frutos relativos a los mismos desde el 1 de noviembre de 1974 hasta el total desalojo y entrega al actor, remitiendo al trámite de ejecución de sentencia su evaluación y pago.

Don Fernando Andrés T. K. se allanó a la demanda. La codemandada se opuso y reconvino instando la declaración de eficacia y validez del convenio privado y su elevación a documento público.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y la reconvención al declarar la nulidad de la donación y, simultáneamente, la validez y eficacia del documento de 1 de noviembre de 1974 y su elevación a público respecto al derecho de usufructo constituido a favor de la señora K.

Esta sentencia fue confirmada por la Sección cuarta de la Audiencia Provincial tras apelación del actor, el cual, posteriormente, interpuso recurso de casación.

Vistos los hechos, hay que comenzar por decir que en el caso que da pie a la sentencia de 3 de marzo de 1995 se hace uso de la posibilidad contemplada en el art. 640 del C.c.: «se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras». En efecto, aunque el art. 633 (también el 632 para los bienes muebles) parece ceñirse a la donación de cosas, la doctrina admite como objeto de la donación derechos distintos al dominio (1), a los que, cuando se refieran a inmuebles, será de aplicación tal precepto.

(1) ALBALADEJO, *Derecho civil*, t. II vol. 2º, 8ª edición, Barcelona, 1989, págs. 134-135. A la misma solución -aplicación del art. 633- se llegaría de considerar la donación como un tipo

En el supuesto, esta separación entre nuda propiedad y usufructo se hace patente en las propias vicisitudes procesales pues, si bien la demanda se dirige contra ambos donatarios, la reacción obtenida es diversa. El beneficiario de la nuda propiedad se allana, mientras la codemandada se opone y plantea reconvencción, quedando, por tanto, reducida la materia litigiosa a la existencia del derecho de usufructo. No obstante esta reducción en el tema de debate, la sentencia aborda éste con amplitud de perspectiva, pasando revista a cuestiones generales, todavía sin solución clara, suscitadas en relación a la forma, más en concreto, a la falta de la forma prescrita para la donación de bienes inmuebles. Es este planteamiento, y la toma de postura que lo acompaña, el que justifica el interés de esta sentencia, y no la exposición de propuestas innovadoras en un campo, por otra parte, tan tradicional.

Desde antiguo se viene exigiendo cubrir unas determinadas solemnidades para la celebración de la donación (2), tendencia que culmina en el actual art. 633, el cual, cuando se trata de un inmueble, requiere el otorgamiento de escritura pública. Ahora bien, en relación a esta exigencia y con ocasión de los supuestos, no infrecuentes en la práctica, de donaciones disimuladas como compraventas, se ha generado una polémica paralela e íntimamente ligada al debate sobre la naturaleza jurídica de la donación. Algunos autores, de forma destacada VALLET DE GOYTISOLO (3), entendiendo la donación como acto directamente traslativo del dominio (4), estiman que el requisito de documento público opera para la entrega, no para la validez del negocio: «basta que sea otorgado en una o varias escrituras públicas la transmisión de la cosa inmueble ... para que la donación lícita y realmente querida, disimulada en un contrato simulado, sea válida». La postura opuesta es sostenida, también entre otros, por DE CASTRO (5), quien conceptúa la

negocial general, cuya regulación sería aplicable a las atribuciones a título gratuito no propiamente donación, si se entiende ésta como modo de adquisición del dominio. Sobre este particular y el valor plural de la donación en nuestro ordenamiento, vid. CARRASCO PERERA, *El Derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, págs. 99-102.

(2) Vid. *Estudios sobre donaciones*, VALLET DE GOYTISOLO, Madrid, 1978, pág. 612.

(3) Op. cit., págs. 652-656.

(4) Ss. 25 de octubre de 1993, RJA 1993, nº 7654; 22 de diciembre de 1986, RJA 1986, nº 7795.

(5) «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble (Comentario a la sentencia de 23 de junio de 1953)», A.D.C., t. VI, 1953, págs. 1003-1016.

donación como simple título y conecta la exigencia de la forma a la propia validez del contrato: «la donación será válida solamente si ella misma fue hecha en la forma legal» (6).

La sentencia comentada que, dicho sea de paso, no revela en la exposición de motivos ánimo simulatorio alguno, no hace mención expresa de la citada controversia, vista aquí de modo muy esquemático, pero, podría pensarse, está influenciada por la primera de las opiniones a tenor de las expresiones utilizadas en el fundamento segundo en el cual niega «virtualidad transmisiva del dominio» a las donaciones de inmuebles en documento privado. En cualquier caso, rechaza frontalmente la validez de la donación y no sólo su eficacia transmisiva de la propiedad, sin establecer distinciones, y conviene subrayar este aspecto, entre donaciones simples y puras, remuneratorias u onerosas.

Esta última precisión conduce de nuevo al tema de las donaciones encubiertas bajo la figura de compraventa documentada en escritura pública, pese a, vuelvo a repetir, no adecuarse a este esquema el caso en cuestión. Efectivamente, en la hipótesis expuesta la jurisprudencia mayoritaria (7), no sin excepciones (8), reputa nula la compraventa como negocio simulado y nula la donación por falta de forma, no siendo suficiente para llenarla la escritura pública de la compraventa, en cuanto exige que tal escritura pública sea de donación. Sin embargo, se contempla como excepción el supuesto de donación remuneratoria (9). El fundamento de ello, para DE CASTRO (10), se encuentra en la analogía entre causa remuneratoria y causa onerosa, con la consecuencia de observarse en el primer caso los mismos requisitos que para los negocios a título oneroso, lo que le lleva a afirmar, además, que «una verdadera causa remuneratoria en donación de cosa inmueble no sólo no precisa de

(6) Vid. también ALBALADEJO, *Derecho civil cit.*, págs. 128-130, y DIAZ-ALABART, «La nulidad de las donaciones de inmuebles disimuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública», R.D.P., 1980, pág. 1108.

(7) Ss. 24 de febrero de 1992, RJA 1992, nº 1512; 20 de octubre de 1992, RJA 1992, nº 8088; 5 de mayo de 1995, RJA 1995, nº 3897.

(8) Ss. 29 de marzo de 1993, RJA 1993, nº 2532; 20 de julio de 1993, RJA 1993, nº 6168; 13 de diciembre de 1993, RJA 1993, nº 9615.

(9) Ss. 22 de enero de 1991, RJA 1991, nº 306; 21 de enero de 1993, RJA 1993, nº 481.

(10) *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, reimpresión 1991, pág. 270.

forma especial, sino que, en caso de encubrirse bajo una venta tampoco importaría que esa venta se haga o no en escritura pública» (11). ALBALADEJO (12) matiza que sólo podría aplicarse el principio de libertad de forma cuando no haya exceso de valor de lo donado sobre el servicio remunerado (13).

La sentencia de 3 de marzo de 1995 se aleja de esta tesis dominante en la jurisprudencia y se muestra en sintonía con autores como GARCIA RUBIO (14) que, además de no encontrar razones suficientes que avalen esta solución, ve una contradicción con el criterio sentado por el propio Tribunal Supremo de que las donaciones remuneratorias no escapan al dictado del art. 633.

En el fundamento segundo se configura la donación como contrato solemne, excepción al principio espiritualista que preside nuestro ordenamiento, con la consecuencia de que la falta de la forma prescrita acarrea la nulidad radical (15). Al hilo de esta argumentación se tacha de inválida la teoría de que otorgada donación de inmueble en documento privado es exigible su elevación a escritura pública. Con esta afirmación se opone a lo manifestado por la sentencia de 14 de marzo de 1985 (RJA 1985, nº 1165), en la cual el Tribunal Supremo, confirmando la de instancia, condena a otorgar escritura pública de donación a favor del demandante en cumplimiento del contrato en que, con ocasión de la disolución y liquidación de sociedad civil, se acuerda la cesión a aquél del dominio de un local. En el presente caso, no se toma en consideración esta resolución por estimar que no se refería a un supuesto

(11) *Ibidem*, pág. 356.

(12) *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, 1993, págs. 1583 y 1606.

(13) *Vid.*, en el mismo sentido, DIAZ-ALABART, loc. cit., págs. 1118-1123.

(14) «Comentario a la sentencia de 8 de febrero de 1991», en C.C.J.C, nº25, 1991, pág. 283. Véase, en esta línea, las sentencias de 7 de mayo de 1993 y 27 de julio de 1994 (RJA 1993, nº 3465 y RJA 1994, nº 6929).

(15) Entre las más recientes, la sentencia de 10 de noviembre de 1994, RJA 1994, nº 846. Como opinión aislada puede citarse la de SANCHEZ-BLANCO, el cual defiende que no se produciría la nulidad sino una conversión: la donación traslativa sin la forma exigida se convertiría en donación obligatoria, según este autor, no sujeta al art. 633 («Sobre la naturaleza y la forma de la donación», *Información jurídica*, nº 112, 1952, págs. 812-813). En contra, *vid.* ALBALADEJO, *Comentario ... cit.*, t. I, págs. 1573-1574.

de donación (16). Sin embargo, no fue la única oportunidad en que el Tribunal Supremo admitió esta tesis; en concreto, la sentencia de 5 de febrero de 1990 (RJA 1990, nº 660), si bien este supuesto se situaba en el marco de un contrato complejo.

La doctrina, unánimemente, rechaza el juego de los arts. 1278-1279-1280. Así, DE CASTRO (17), con base en el art. 621 del C.c., es tajante en excluir del ámbito de aplicación de estos preceptos a la donación de inmuebles, pues ésta tiene su normativa específica en materia de forma contenida en el art. 633.

A la misma solución pero por otra vía, llegan autores que adoptan una postura más flexible, como LACRUZ (18) y LOPEZ Y LOPEZ (19). En su opinión, y de modo general, el carácter formal de un determinado negocio no impide sin más acudir al art. 1279, de modo que puedan compelerse las partes a llenar la forma prescrita; en el examen casuístico que deriva de este planteamiento se llega a la conclusión de que la donación de inmuebles queda al margen de esta posibilidad y lo explican por una cierta «actitud peyorativa» hacia ella por parte del ordenamiento como acto de liberalidad (20), de manera que el requisito de la forma es esencial para su validez (forma *ad substantiam*) y no sólo para su eficacia (forma *ad probationem*, o, como prefiere LOPEZ Y LOPEZ, *ad utilitatem*). Precisamente, según se viene repitiendo tradicionalmente, la exigencia de una determinada solemnidad persigue la protección del donante y de sus acreedores y legitimarios, especialmente respecto a estos dos últimos en el enfoque moderno.

Desde otro punto de vista, en el que no entra el tribunal, la cláusula del documento privado en la que el después demandante hace cesión gratuita del inmueble y se compromete a otorgar escritura pública, dada su invalidez como tal donación, pudiera interpretarse como precontrato de contrato formal.

(16) A igual conclusión llega ALBALADEJO, *Comentario ... cit.*, t. I, pág. 1608.

(17) «La simulación ...» cit., pág. 1004. Refrendado por las sentencias de 16 de febrero de 1990 y 24 de septiembre de 1991 (RJA 1990, nº 690 y RJA 1991, nº 6061).

(18) *Derecho de obligaciones*, t. II, vol. II, 2ª ed., Barcelona, 1987, pág. 129.

(19) *Comentario del Código Civil*, t. II, Madrid, 1991, pág. 505-506.

(20) DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., págs. 285-286.

Sin embargo, la opinión mayoritaria de la doctrina (21) señala que, si bien el precontrato se rige por el principio de libertad de forma, si para el contrato definitivo se exige como requisito esencial de validez una determinada solemnidad, ésta ha de concurrir también en el precontrato. Con lo cual queda privado de eficacia el convenio privado, incluso como preliminar de la futura donación. Como dice ALBALADEJO (22), «el *donante* que otorgó *donación* informal, está tan no obligado ... como si no lo hubiese prometido ... Y le falta todo deber jurídico de concluir un contrato de donación en el que se guarde la forma que la ley pide», a salvo del posible respeto moral o social a la palabra dada. Más allá llega la sentencia de 15 de octubre de 1985 (RJA 1985, nº 4846), la cual sólo atribuye efectos probatorios del contrato en documento privado a la escritura pública posterior, al no constar expresamente en ésta la voluntad novatoria de los otorgantes.

La nulidad que declara la sentencia es absoluta y como tal la califica de insubsanable y de imprescriptible la acción para pedirla, características típicas de este tipo de invalidez. Para despejar toda duda se insiste en ello y se afirma a mayores la legitimación de cualquier interesado para pedirla. Ello no debería llamar la atención; sin embargo, esta última nota, si bien propia del régimen de la nulidad radical (23), no es pacífica en la jurisprudencia cuando se refiere a la donación de inmueble disimulada como compraventa. Gran número de decisiones judiciales (24) limitan la legitimación a los herederos forzosos del donante con base en consideraciones de equidad y de respeto a la voluntad del causante por sus herederos voluntarios. Ello no es compartido por los autores que no ven justificación a esta excepción al régimen normal de la nulidad de pleno derecho (25).

Dos últimas cuestiones a comentar, todavía en la órbita de la nulidad. En primer lugar, la inaplicabilidad de la doctrina de los actos propios.

(21) Respecto a la donación, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. II, Barcelona, 1956, pág. 81; con carácter general, vid., DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 227, y LETE DEL RIO, *Derecho de Obligaciones*, vol. II, 2ª ed., Madrid, 1995, pág. 130.

(22) *Comentario ... cit.*, t. I, pág. 1603.

(23) Sobre efectos de la nulidad, vid. DE CASTRO, *El negocio jurídico cit.*, págs. 475 y ss.

(24) Vid. VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, págs. 667-681.

(25) ALBALADEJO, *Comentario ... cit.*, t. I, pág. 1608; DIAZ-ALABART, *loc. cit.*, págs. 1110-1112.

Realmente pudiera parecer contrario a la equidad declarar inexistente un negocio a instancias de aquél que lo ha cumplido voluntariamente y voluntariamente lo ha mantenido durante un periodo de tiempo considerable. Sin embargo, este principio de que nadie puede ir contra sus propios actos no tiene eficacia cuando se trata de un acto nulo (26), como es éste el caso; a lo que hay que añadir, como se vio, que el paso del tiempo no convalida el acto, por lo que se puede instar su nulidad en cualquier momento. Sin negar lo dicho hasta aquí, ALBALADEJO (27) cree descubrir una vía por la que dar entrada a esta doctrina con el efecto de rechazar impugnaciones, en el sentido de que, siendo la donación atacable, contra lo que no se puede ir es contra el acto -válido- por el que se prestó conformidad a la misma. En la línea anterior, la sentencia hace notar que el C.c. carece de una norma similar a la del art. 1187 párr. 3º del Proyecto de 1851, y que podría abonar una solución distinta. Este comentario reproduce una reflexión que DIEZ-PICAZO y GULLON hacen en su manual (28) y que, en mi opinión, puede admitirse pero con matizaciones. Establece este precepto del Proyecto de Código Civil de 1851: «La ratificación ó cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma ó solemnidad, en cualquier tiempo en que se hagan, estingen (sic) la accion de nulidad; salvo los casos en que la ley especialmente dispone lo contrario». Esta disposición, según GARCIA GOYENA (29), se funda en criterios de equidad, pero el talante formalista del texto de 1851 se pone de relieve en el art. 1202: «La falta de escritura pública no puede suplirse con ninguna otra prueba en los casos en que la ley requiere espresamente (sic) esta solemnidad -como ocurre en la donación de inmuebles (art. 946)-, aunque las personas contratantes se hayan obligado á otorgar dicha escritura y se hayan impuesto cualquier pena, la cual no podrá exigirse».

Por último, la sentencia no pasa por alto otro tema sobre el que no hay acuerdo en sede judicial. Tangencialmente trae a colación el tema de la usucapión de bienes inmuebles donados en documento privado, y lo hace al

(26) S. de 7 de mayo de 1993 (RJA 1993, nº 3465), que pone el acento -FD 8º- en evitar la inseguridad jurídica.

(27) *Comentario ... cit.*, t. I, págs. 1608-1609.

(28) *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, 6ª ed., Madrid, 1990, pág. 341.

(29) *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, pág. 630.

citar, *obiter dicta*, como apoyo de su afirmación de la nulidad radical de dichas donaciones, las sentencias de 13 de marzo de 1952 y de 25 de junio de 1966 (RJA 1952, nº 808 y RJA 1966, nº 3550), las cuales declaran que, en tales casos, la posesión carece «incluso» de idoneidad a efectos de la prescripción adquisitiva, pues no se trataría de posesión a título de dueño. Sin pronunciarse abiertamente sobre este punto, por otra parte, ajeno al concreto asunto litigioso, la sentencia comentada, con dicha cita, implícitamente, da entrada a esta tesis. Sin embargo, no es un criterio consolidado en la jurisprudencia y, por otra parte, no deja de suscitar críticas; así, de «evidente exageración» lo califica DIEZ PICAZO (30). Por el contrario, no se discute que la donación de inmueble en documento privado no sirva, dada su nulidad, como justo título a efectos del art. 1957 del C.c. (31).

Tras el examen del fundamento segundo, cuya primera parte recoge las tesis contenidas en el fundamento cuarto de la sentencia de 27 de septiembre de 1989 (RJA 1989, nº 6384) -recordar, en este sentido, la línea no rupturista ya apuntada-, se puede llegar a la conclusión de que las consideraciones en él contenidas tienen su arranque, núcleo y llegada en la nulidad radical por infracción de los requisitos formales en la donación de inmuebles en documento privado; pero no se limita a su mera constatación sino que, trascendiendo del caso concreto, engarza reflexiones en torno a este tema y consecuencias derivadas. Son párrafos de gran densidad en que se pasa revista a los más importantes problemas planteados, en un análisis a la vez doctrinal y jurisprudencial. La tendencia seguida en estas disgresiones es clara y coherente en su desarrollo, poniéndose de parte de la línea más rigurosa en la exigencia de la forma como requisito esencial. Esta rigidez tan sólo se flexibiliza cuando trata -y rechaza- el *petitum* del demandante y recurrente relativo a la restitución de los frutos o rentas producidas por el inmueble, al estimar que la demandada era poseedora de buena fe, dada la conducta de aquél, en el sentido de no interrumpir legalmente ni de hecho su posesión. Sólo a este efecto, se tiene en cuenta por el tribunal el proceder del actor no haciendo objeciones a la situación posesoria de hecho.

(30) *Sistema ... cit.*, pág. 340.

(31) Ss. 20 de octubre de 1992 (RJA 1992, nº 8088); 26 de enero de 1988 (RJA 1988, nº 146), caso extremo este último, al tratarse de una donación verbal.

