

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS COMENTADAS

La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble

SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1953

SUMARIO: 1. Importancia y alcance práctico de la cuestión.—2. Valor de la forma en la donación.—3. La distinción francesa entre reglas de fondo y reglas de forma.—4. La teoría de Ferrara.—5. La teoría de Betti.—6. Especial matiz del Derecho español.—7. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.—8. Reflexiones finales.

1. Importancia y alcance práctico de la cuestión

El Tribunal Supremo ha tenido que decidir ya, en bastantes ocasiones, sobre la eficacia de la donación de una cosa inmueble, disimulada bajo la apariencia de compraventa hecha por escritura pública. Importa mucho que la solución dada sea clara y terminante, pues se trata de asunto de cotidiana importancia práctica y los particulares prefieren ocultar la donación de fincas para evitar mayores impuestos y las limitaciones legales respecto a los negocios gratuitos, y los profesionales no se recatan, en general, de aconsejar disimularla en forma de escritura pública de venta.

La cuestión aquí propuesta puede expresarse de este modo: ¿Descubierto el carácter simulado de la venta, se considerará la donación nula por defecto de forma, o se considerará eficaz, ya que la compraventa se hizo por escritura pública? El punto de gravedad de la pregunta está en determinar el riesgo que se corre con la simulación. La aplicación estricta del artículo 633 del Código Civil significa que descubierto el engaño resulta nula la donación y quizá—si ocurre después de muerto el donante—sin posibilidad de hacerla de nuevo y de modo eficaz. En cambio, una interpretación laxa del artículo 1276 del mismo Código, pudiera llevar a la conclusión de que, se descubra o no el artificio, la donación será siempre válida; de modo que resultará aconsejable el uso de la simulación, ya que nada se perderá y mucho se puede ganar con su empleo (1).

La práctica judicial y la doctrina habían venido siguiendo, en esta materia, «un criterio sanamente restrictivo», declarando nula la donación de cosa inmueble que, ella misma, no había sido hecha por escritura pública (2). La sen-

(1) El art. 145 Reg. not. dice que el notario deberá «negar la autorización notarial, cuando el acto o contrato, en todo o en parte, sean contrarios a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres o se prescinda por los interesados de los requisitos necesarios para la plena validez de los mismos». Pero, de lo que se trata, es precisamente de saber si el acto es o no contrario a la Ley y si el contrato está o no falto de los requisitos necesarios.

(2) La frase entrecomillada es de CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*, 1949,

tencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1925 ha admitido abierta y terminantemente la solución contraria. De nuevo, en 23 de junio de 1953, el mismo Tribunal ha tenido ocasión de manifestar su criterio, y lo ha hecho de modo inequívoco en favor de la doctrina anterior, repudiando tácitamente la doctrina de la sentencia de 29 de enero de 1945.

Estas vacilaciones de nuestro más alto Tribunal han repercutido en la doctrina y, la sentencia últimamente citada, ha logrado tanta mayor resonancia, cuanto sus argumentos habían sido utilizados por la doctrina extranjera y podrían encontrar nuevo apoyo en algunas modernas elucubraciones teóricas (3). No parece, por ello, inútil recordar los argumentos esgrimidos en pro y en contra de la validez de la donación disfrazada de compraventa hecha en escritura pública: ello implica tratar de cuestiones difíciles y hasta embrolladas por los autores, pero sólo será necesario considerarlas en lo que pueda servir para contrastar el valor de la doctrina acogida por la sentencia de 27 de junio de 1953.

2. Valor de la forma en la donación

En las discusiones sobre este asunto, tiene siempre un papel decisivo el valor de la forma para la donación; aunque generalmente no se le mencione directamente o se le trate de soslayo. Interesa, por ello, doblemente, dejar en claro el significado que la forma de la donación tiene. Ante todo, ha de advertirse que los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil, no son aplicables a la donación, pues se halla especialmente determinado en el título sobre la donación todo lo referente a su forma y no es necesario acudir a las disposiciones generales de los contratos y obligaciones (art. 621). El requisito de forma es imprescindible para la validez («forma dat esse rei»), faltando la forma debida no surtirá efecto la donación (arts. 632, 633); esta, entonces, como dijera García Goyena, será «nula e insubsanable» (4). Lo que exactamente ha declarado también la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 1932 (5).

11, p. 600; VERDERA: *Algunos aspectos de la simulación*, A. D. C. 3, 1.º (1960), pág. 44; S. T. S., 3 marzo, 1932; 22 febrero, 1940; 12 julio, 1941.

(3) Acepta y defiende la doctrina de la S. 23 junio 1945, TORRELLA MÁS DE XAXAS, *La forma de las donaciones simuladas de inmuebles*, 1953, sobresaliente tesis doctrinal inédita, CASTÁN, después de señalar que la S. de 29 de enero 1945 sigue una dirección, en cierto modo contraria, mantiene su anterior doctrina. *Derecho civil español, común y foral*, 1962, I, 2, pág. 507.

(4) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, II, p. 292. La diferencia entre la donación y los contratos en general está ya apuntada en la Ley de Bases, que contrapone «las formas» de cada contrato a las «formalidades» de la donación (B. 26).

(5) Dice que, a pesar del sistema espiritualista que el Código civil acoge en su artículo 1278 y en el art. 1279, siguiendo la norma trazada por el Ordenamiento de Alcalá y la Novísima Recopilación, y no obstante que «aquellos preceptos constituyen la regla general en la materia, tienen en el propio Código civil sus excepciones, exigiendo, no como forma especial, sino para la validez de ciertos contratos, como requisito necesario, el que se hagan en escritura pública, como tal sucede, entre otras, primordialmente con la donación de cosa inmueble, conforme al art. 633», «según el artículo 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 el libro III, título

Ademas, importa mucho recordar el porqué del requisito de forma en la donación. Durante siglos se ha ido afirmando la convicción de que la perfección de la donación requiere el requisito formal del *documentum* o de la *res* (6); justificándose la solemnidad «pro forma» por estas dos razones: conveniencia de que el donante proceda con la mayor deliberación y de evitar posibles fraudes (7). Es esta última la que más resalta en el Derecho moderno; pues tanto o más que proteger al donante de una posible ligereza, se busca conseguir una eficaz publicidad para este tipo de transmisión de derechos (8). Lo anómalo y peligroso de la disminución de un patrimonio, sin contrapartida ni justificación económica para la familia (herederos forzosos) y para los acreedores y derechohabientes del donante, ha hecho que las leyes concedan una eficacia relativamente menor a los negocios gratuitos; como garantía de los posibles interesados se exige su publicidad, y como sanción de ésta se impone, en fin, la nulidad por carencia de forma. Inevitable y sana severidad que tiene fundamento semejante al requisito indispensable de la inscripción para que la hipoteca quede válidamente constituida (art. 1875) (9). Para terminar estas consideraciones puede todavía señalarse, como prueba de la importancia concedida por el Código Civil a la forma en los negocios gratuitos que (a diferencia de sus modelos) exige para la validez de la condonación de la deuda ajustarse a las formas de donación (art. 1187) (10).

3. La distinción francesa entre reglas de fondo y reglas de forma

En el Derecho francés se ha planteado la cuestión de si la donación oculta bajo cualquier otro tipo de contrato, por ejemplo el de compraventa, requeriría también la forma exigida para las distintas donaciones. En si misma no tiene interés para la doctrina española, que sin dudas exige dicha forma; pero conviene referirse a ella, en cuanto indirectamente ha influido en el desenfoque del problema, objeto de esta nota, por algunos autorizados tratadistas.

La jurisprudencia francesa, desde hace más de un siglo, ha venido juzgando

lo II del Código, y por tanto es evidente que el art. 633 antes dicho, incluido en aquel libro y título, es de aplicación preferente a las disposiciones generales de los contratos que figuran en el libro diverso.

La disparidad también se manifiesta en que el art. 1.280 requiere el documento escrito para los contratos cuyas prestaciones excedan de 1.500 pesetas, y el art. 632 lo impone en todo caso para la donación, sea cualquiera su valor.

(6) «Donatio consistit ex voluntate cum observatione documentorum», decía IRNERIO: «etiam hodie pactum nudum donationis non parit actionem, nisi quando detur res vel quantitas», BARTOLO, *Commentaria in D. 2, 14, 7*; en el Derecho moderno ha desaparecido la insinuación y ha sido sustituida por el documento escrito y la escritura pública. La entrega basta para la donación manual de cosa mueble y su exigencia permite se sigan considerando contratos reales los negocios gratuitos de comodato, mutuo y depósito.

(7) ANTONIO GÓMEZ: *Varias resoluciones*, ed. 1780, I, 4, 6, (I, p. 557); GARCÍA GONZÁLEZ, loc. cit. p. 292.

(8) En la base 26 de la Ley de Bases se dice que la donación se definirá fijando su naturaleza, efectos y requisitos («las formalidades con que deben ser hechas») «y cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante o sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero».

(9) Se crea un privilegio—sin especial beneficio del patrimonio—respecto a los demás acreedores (art. 1.923, 3.º) y la protección de éstos requiere inexcusablemente la garantía de la publicidad.

(10) «Criterio saludablemente restrictivo» aplicado por S. T. B., 21 noviembre, 1935.

que la donación, disfrazada de contrato oneroso, es eficaz, aunque no se haga ante notario; formalidad que ordena el artículo 931 del Código Civil francés. Los autores que se han ocupado especialmente de esta cuestión, examinan los tres tipos de argumentos de tradición, de texto y de razón con que se ha pretendido justificar tal doctrina y concluyen diciendo que ni histórica, ni exegética, ni racionalmente se puede encontrar nada que abone la doctrina jurisprudencial francesa, que excusa los requisitos de forma y exige sólo los de fondo (11). La única explicación que se le encuentra es suponer que hubiera existido una práctica judicial antes del Código, después conservadoramente seguida (12) y que los Tribunales se han rendido a la tendencia natural de eludir formalidades molestas (13). No interesa entrar en los detalles de esta polémica, como extraña a nuestro Derecho (14), y sólo importará referirse a lo tocante a la eficacia de los negocios simulados.

La simulación, se dice, no es causa de nulidad de los contratos («plus valet quod agitur quam quod simulatur») y «está permitido hacer indirectamente lo que se puede hacer directamente»; por tanto, se añadirá, la simulación no anula la donación y si se puede donar (conforme a las reglas de fondo) no habrá inconveniente en que la donación se haga mediante la forma de cualquier otro contrato (15). Lo sofisticado de este razonamiento aparece inmediatamente. Uno y otro adagio, bien entendidos, expresan lo mismo que nuestro Código Civil: que la falsa apariencia de un negocio no da lugar a la nulidad, cuando se prueba que ocultaba otro negocio verdadero y lícito (artículo 1276). De modo que, si bien el disfraz, por ejemplo de compraventa, no daña, siempre será necesario que la donación oculta reúna *todos* los requisitos exigidos para la donación descubierta; es decir, que no podrá eximirse el cumplimiento de los requisitos de forma, porque no se puede hacer indirectamente lo que está prohibido hacer directamente.

(11) FERRARA: *La simulación de los negocios jurídicos*, trad. esp. 1931, especialmente p. 236-243; JOLIVET: *La validation des donations déguisées et ses conséquences en Jurisprudence*, 1941, págs. 21-40; en pág. 44, notas 1-3 recoge las opiniones de la doctrina francesa.

(12) JOLIVET, loc. cit. p. 40. Sin embargo, es de notar (como este autor señala) que la jurisprudencia del Tribunal de Casación era fluctuante antes y después de la publicación del Código, págs. 21 a 24, lo que parece contradecir la idea de una doctrina ya consolidada. También es de advertir que POHIER, después de decir que la venta de una cosa por un precio desproporionalmente inferior a su valor no es una venta, añade que es «una donación falsamente calificada de venta, la cual ha de estar sujeta a todas las formalidades de las donaciones». *Traité du Contrat de vente*, I, 2, 19, OEVRES, 1818, IV, p. 12; es decir, se exige la insinuación, *id.* I. pág. 579.

(13) JOLIVET, p. 13. Sin embargo, varias veces se ha admitido un renacimiento del formalismo. FLOURE: *Quelques remarques sur l'évolution du formalisme. Le Droit privé français au milieu du X^e siècle*, *Etudes offertes a G. Ripert*, 1950, I, págs. 94, 100 y sig.

(14) La equivocada interpretación jurisprudencial ha originado, además, la mayor inseguridad práctica, al tratar los Tribunales de sancionar los casos que entienden ser de fraude inadmisibles.

(15) Se distingue entre «reglas de fondo» y «reglas de forma»; se consideran aplicables las primeras, pero no las segundas a la donación simulada; en cambio, se requieren los requisitos de forma del negocio aparente.

4. *La teoría de Ferrara*

La doctrina jurisprudencial francesa influyó en la práctica judicial de Italia y aunque pronto y autorizadamente se rechazara este extravío (16), quedó el repudio a medio camino; quizá por razones tácticas. En efecto, la doctrina primero (17) y luego la ley (18) admitirán que la donación enmascarada bajo cualquier otro tipo de contrato o acto (compraventa, constitución de renta vitalicia, pago, cc.), será válida, aunque la donación misma no se haga en escritura pública, con tal que sea escriturado el acto o contrato simulado.

Es esta la afirmación en torno a la que ha surgido la discrepancia causa de esta nota; en cuanto ella ha sido recogida por la sentencia de 2 de enero de 1945, que rompió así la uniformidad de la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

Los argumentos utilizados en favor de esta solución pueden resumirse en las siguientes afirmaciones: a) Que la escritura será garantía de que el acto ha sido meditado y espontáneo; b) Que a la ley le basta la forma externa del instrumento público; c) Que hay que aplicar con cautela los principios del «fraus legis»; d) Que «con ello se suprimirá el modo más frecuente y común de simulación relativa, rompiendo una tradición sostenida de muy antiguo en Italia y fuera de Italia y sacrificando intereses dignos de consideración» (19).

Ninguna de las razones enumeradas tiene fuerza convincente: a), porque la forma no se impone sólo ni primordialmente en favor del donante, y porque hasta la protección misma de éste queda disminuida, al no consultar abiertamente con el notario y al no quedar garantizada debidamente la facultad de revocación (no se le harán las advertencias legales, art. 194, R. N.);

(16) Dice FERRARA: «Hay en ello una incoherencia evidente, porque una de dos: o la ley ha querido que la donación fuera libre en su forma o la ha sometido a ciertas formalidades por motivos de interés general. Si lo primero, el edificio de la donación, construido con tanto cuidado, hace en nuestro Derecho la figura de un espantapájaros que no espanta a nadie; y si esto no quiere admitirse, es preciso convenir que el legislador no puede haber procedido con tanta falta de lógica, prohibiendo severamente, por una parte y permitiendo con ternura por otra. ¿A qué tanto rigor si había de permitirse a todo el mundo substraerse de la regla?» p. 250; recoge la frase de EYNOIR en sus lecciones, de que la simulación es convertida así de causa de nulidad en «causa de validez del acto que no contiene todos los requisitos necesarios para su existencia», pág. 251.

(17) Fué decisiva, según se dice, la posición de FERRARA. Este autor, primero coincidiendo con ASCOLI (*Trattato delle donazioni*, p. 399), entendió que la donación disfrazada era siempre ineficaz, aunque se haya hecho en instrumento público el contrato cobertura; pero luego, dando las razones que después se recogen, defiende la validez, loc. cit. p. 263. Esta solución intermedia fué también defendida por LABBÉ, *Re. Crit. leg. et jurispr.* 1882, p. 343. Sobre el influjo de esta doctrina en la jurisprudencia, FERRARA, *N. D. it.* XII, p. 314; respecto a la redacción del nuevo Código civil: GIANASTASSIO: *Obligazioni, Commentario de D'Amelio y Finzi*, 1949, I, p. 620, nota 1.

(18) El art. 1414 del C. c. it. de 1942, dice: «El contrato simulado produce efectos entre las partes. Si las partes han querido concluir un contrato diverso de aquel aparente, tendrá efecto entre ellas el contrato disimulado, con tal que subsistan los requisitos de sustancia y de forma.» La redacción no es del todo clara, y tampoco siempre la explicación de los comentaristas, pero parecen inclinarse a la segunda teoría de FERRARA, *Comp.*: GIANNASTASSIO, loc. cit. p. 620; CARLOTTA FERRARA: *Il negozio giuridico*, s. d. (1949), p. 509-510; BETTI: *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp. s. d. p. 305-306; BARBERO: *Sistema istituzionale del Diritto privato italiano*, 1950, I, p. 304; MESSINNO: *Manuale de Diritto civile e commerciale*, 1947, I, p. 336, *Dottrina generale del contratto*, 1948, p. 309.

(19) FERRARA, loc. cit. p. 253-254.

b), se afirma lo que es cuestión, pues se trata de saber si la ley exige que la misma donación se otorgue en escritura pública; c), aquí no se trata de aplicar los principios del fraude de la ley, sino la regla de la nulidad de los actos contra la ley; d), porque la desaparición de un uso, la condena de una figura basada en la mentira y la amenaza de intereses nacida precisamente por poner en peligro otros intereses superiores (del Fisco, de la familia, de los acreedores y demás terceros) no parecen motivos suficientes para adoptar la solución propuesta.

Más importante que el contraste de estos argumentos, pues puede tener valor decisivo, será observar el mecanismo de la simulación. Se dice «que en la simulación relativa figuran dos negocios: uno, constituido por la forma externa y aparente que las partes han adoptado con un fin engañoso, y otro, el negocio verdadero disimulado bajo aquel ropaje ilusorio. El primero no tiene valor jurídico alguno, y es, por tanto, el segundo el que debemos considerar» (20). Si se acepta esta premisa, la consecuencia ineludible será la siguiente: el notario ha autenticado la compraventa de la cosa inmueble (negocio simulado), algo meramente externo y sin valor; la donación, o sea la declaración del donante y la aceptación del donatario (negocio simulado), se ha hecho a espaldas del notario, carece por tanto de la exigida forma legal. Considerando sólo a este segundo negocio—como se ha postulado—habrá que tacharlo de inválido, pues carece de una condición esencial para su existencia, la forma notarial.

En verdad, aceptada la regla «*quae simulate geruntur, pro infectis habentur*» (C. 2, 4, 21), resultará que la compraventa, en su forma y en su fondo, es ineficaz. La donación, además, conforme a otro repetido brocardo («*contractus simulatus valet secundum in quod actum est, si eo modo valere possit*») será válida solamente si ella misma fué hecha en la forma legal.

5. La teoría de Beth.

De modo altamente ingenioso se ha tratado de salvar este tan duro obstáculo; formulándose al efecto la teoría siguiente (21). Ante todo, se niega la existencia de dos distintos negocios (simulado y disimulado) (22); y, al efecto, se realiza la conexión entre declaración y contradecación, de modo que ésta será entendida como una comprobación negocial o una interpretación auténtica, con la que las partes determinan el alcance que debe tener para ellos la declaración simulada (23). Después, esta interpretación auténtica

(20) FERRARA, loc. cit. p. 222-223.

(21) BETTI, loc. cit. p. 304-306. Este autor parece haber utilizado para ella ideas de KOHLER y DANZ, como se indica en las notas siguientes (22-23). La concepción de BETTI ha sido seguida, con algunas variantes, por TORRELLA MÁS DE XARÁS, loc. cit. especialmente, págs. 167 y sig.

(22) KOHLER sostuvo que en la simulación no se podía cortar arbitrariamente un trozo separado (p. 98) y que no cabe distinguir bien el negocio simulado y el oculto, pues el uno está en suelo jurídico y el segundo en suelo económico, p. 141, *Studien über Mentalreservation und Simulation*, J. J. 16 (1878).

(23) KOHLER había señalado que la interpretación conforme a la voluntad significaba tener en cuenta, más o menos, hechos fuera de la declaración; ante la dificultad de acudir a tratos o acuerdos sobre el valor de lo pactado en los contratos formales, DANZ sostiene la validez de los pactos accesorios no formales, *La interpretación de los negocios jurídicos*,

tica conducirá a corregir el negocio, es decir, a operar la conversión del negocio simulado en el disimulado, lo que no tendrá dificultad en el supuesto que el primero contenga en sí los elementos sustanciales y formales del segundo; de este modo, la escritura de compraventa podrá interpretarse y convertirse en donación escriturada y, como tal, válida (24).

La habilidad con que esta teoría ha conseguido conjuntar sus diversos elementos es digna de admiración. Si se le examina con algún despacio se descubrirá que, para obtener tal resultado, se ha forzado el significado o se ha desnaturalizado la función de cada uno de ellos; de modo y manera que su valor parece quedar reducido al de una brillante acrobacia mental.

Téngase presente el esquema del negocio. El contrato disimulado o contradeciaración, que precede (25) al negocio simulado o aparente, contiene acuerdos sobre: 1.º, que la compraventa a celebrar será mediante escritura pública simulada e ineficaz; 2.º, que la cosa inmueble objeto de la compraventa es, en verdad, objeto de la donación, desde ahora o desde el momento de la firma de la escritura. Estos pactos, si se mantienen y cumplen, vacían a la compraventa de su valor, pues demuestran que no es querida; mientras que se mantendrá o no se mantendrá—según tenga o no todos los requisitos legales—el negocio disimulado, sin que éste pueda encontrar apoyo alguno en una falsa apariencia.

En efecto, no pueden conectarse ambos negocios, dando a este negocio simulado el valor de un negocio interpretativo. Los medios negociales de interpretación son los que sirven para fijar o precisar el sentido de lo querido en una declaración, y excede de la función interpretativa la intervención destructora de la voluntad, o declaración, oculta (reserva mental, simulación); en este caso, no se interpreta *este* negocio, sino se revela querida otra cosa, *otro* negocio. Con razón, no se habla, en estos casos, de declaración explicativa o interpretativa, sino de *contra*-declaración. Lo declarado en la venta no se complementa, no es compatible con lo declarado ocultamente, sino que la declaración de donar excluye la de vender; no hay compraventa porque no se quiso y hay donación, *a pesar* de que se declaró abiertamente querer comprar y vender (26).

En la teoría criticada llamará la atención del lector atento que, después de afirmarse que el negocio oculto actúa como interpretativo, se acuda todavía a la figura jurídica de la conversión de los negocios; ya que, si el negocio simulado se interpretó conforme a la voluntad de las partes, no hay para qué, ni queda siquiera posibilidad de recurrir a la conversión. La aplicación de

trad. esp., 1931, p. 223 y sig. También OERTMANN (que después cambia de opinión, vide nota 27). *Rechtsordnung und Verkehrsitte*, 1914, p. 144, 145.

(24) BERTI parece también incluir al negocio disimulado o contradeciaración en los que denomina negocios de segundo grado, loc. cit., p. 190, 250.

(25) No cabe la simultaneidad, pues la simulación ha de ocultarse al notario, y no puede ser posterior, pues habría entonces una compraventa válida novada por una donación o un acuerdo de simulación absoluta con posterior acuerdo de donación.

(26) El mismo BERTI enseña que los tratos preliminares «como los demás medios interpretativos extratextuales podrán ser utilizados con sólo el límite de la *compatibilidad*: en la medida en que no estén en contradicción, sino en que sean en algún modo *compatibles* con el tenor de la declaración concluyente o con el significado fijado en una declaración interpretativa subsiguiente» (El subrayado no es de BERTI), *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, 1949, p. 280.

esta aparición —«Zeus ex machina»— de la conversión pudiera estar en la necesidad—sentida o presentida—de salvar un grave obstáculo, el de la ineficacia de los pactos sin forma, modificativos de los negocios formales: ¿Cómo cambiar el contenido de un negocio formal, de compraventa en donación, mediante un pacto oculto y sin forma? La doctrina se ha preocupado mucho de fijar los límites de la interpretación de los negocios formales con datos extraños al documento (27); pero el común sentir de los autores concluye que la forma ha de cubrir todos los elementos esenciales del contrato; si queda alguno fuera no podrá decirse ya que *el contrato* se ha otorgado en forma (28). De estos elementos esenciales de un contrato (art. 1.261) no es posible excluir la causa; que, precisamente, es la determinante del tipo del negocio. No se puede, pues, decir que una donación se ha hecho en escritura pública cuando en ésta no aparece el carácter gratuito, cuando no se ha declarado ante notario que se hace y se acepta la donación.

El recurso «in extremis» a la conversión no bastará para salvar a la teoría examinada. Los supuestos de la conversión de los negocios y los del negocio disimulado son tan distintos, que su simple comparación convence de la radical diferencia entre ambas figuras jurídicas. Se señalan como requisitos de la conversión: 1.º, que las partes han querido un determinado negocio y que desconocen su nulidad; 2.º, que el negocio convertido pueda suponerse también querido por las partes, produciendo prácticamente el mismo resultado (semejanza de la causa) (29). En el caso del negocio disimulado, las partes no han querido el negocio simulado y han conocido su nulidad; a la vez que nada impide que el negocio simulado y el disimulado pueden ser de naturaleza, tipo jurídico y resultado práctico, completamente dispares (30). Por ello, la doctrina ha cuidado de separar a las dos figuras jurídicas de la conversión del negocio y de la eficacia del negocio disimulado (31).

Declarado, pues, que la compraventa es sólo vacía apariencia al descubrirse que se había simulado para encubrir una donación, ha de reconocerse que la

(27) OERTMANN (modificando su opinión primera, citada en nota 23), dice que si las partes conscientemente han expresado en el documento otra cosa que la querida, el documento no podrá, por medio de la interpretación, corregirse conforme a la verdadera voluntad pues es imposible que mediante la interpretación se entienda la declaración de modo contrario al que precisamente han querido declarar: agregando «que la voluntad necesita, por tanto, manifestarse especialmente en la forma prescrita y esta forma no se ha prestado por el negocio de cobertura». *Doppelseitiger Irrtum bei Vertragsschlusse*, A. C. Pr. 117 (1919), p. 313. Comp. v. THEB, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 1914, II, 1, § 63, p. 507, p. 84.

(28) LEHMANN: *Recht der Schuldverhältnisse (Lehrbuch de ENNEBCHERUS)* 1960, p. 116; NISSE: *B. G. B. Schuldrecht*, 1949, p. 22; LAENE: *Lehrbuch des Schuldrechts*, 1962, I, p. 50 (todo el contrato); BLOMEYER: *Allgemeines Schuldrecht*, 1953, p. 101; DANCKELMANN, en PALANDT: *Bürgerliches Gesetzbuch*, 1962, § 117, p. 79, Comp: BETTI, p. 206.

(29) Así la generalidad de la doctrina y el mismo BETTI, loc. cit. p. 375.

(30) La conexión entre las figuras conversión y negocio simulado lleva a varias confusiones: entender que son de tipo negocial afín la compraventa y la donación (BETTI, p. 305-306) y pensar que el negocio de compraventa no puede simularse por el arrendamiento o viceversa (id. p. 306). La práctica y la doctrina muestran lo contrario; el servir de cobertura (encubrir) requiere sólo una conexión entre la apariencia y lo disimulado y se puede dar de muchos modos, especialmente mediante el paso de la posesión.

(31) MESSINHO (criticando a BETTI): *Dottrina generale del contratto*, p. 313 núm. 31. También la doctrina alemana: OERTMANN: *Allgemeiner Teil*, 1927, § 140, p. 512; DANCKELMANN, en PALANDT, § 140, p. 115.

compraventa no se ha convertido en donación, sino que se ha hecho un doble descubrimiento: que la compraventa ni existió ni existe y que ha aparecido una donación antes escondida.

6. Especial maticz del Derecho español.

El resumen hecho de los argumentos que generalmente se alegan, en favor de la validez de la donación encubierta carente de forma, y su contraste crítico, permitirá ya—parece—emitir un juicio favorable a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1953 y lamentar fundadamente la desviación que supuso la sentencia de 2 de enero de 1945 del mismo alto Tribunal.

Además de las consideraciones hechas, abona esta conclusión el que las normas de nuestro Derecho inducen a dicho recomendado «criterio sanamente restrictivo», con muy propias y acentuadas razones:

1.ª El artículo 633 no se limita a exigir la forma pública para el objeto de la donación de cosa inmueble, sino que exige que la forma cubra hasta los elementos no esenciales del negocio. Ordena que se haga en escritura pública, «expresándose en ella individualmente los bienes donados y *el valor de las cargas* que deba satisfacer el donatario». La aceptación deberá hacerse o bien en la misma escritura de donación o bien en *otra escritura* separada, y deberá notificarse la aceptación en *forma auténtica* al donante y se anotará esta diligencia en ambas escrituras. Estas circunstancias indican claramente la tendencia legal a que todo el negocio jurídico donación quede fijado de forma auténtica, para general seguridad de los terceros interesados.

2.ª La forma pública se exige para la donación de inmuebles y también para otros diversos negocios, que suponen o pueden suponer una transmisión gratuita o semigratuita (arts. 1.137, 1.321, 1.324, 1.328, 1.339 y hasta artículo 1.367). Lo que importa señalar, en cuanto muestra el propósito del legislador de imponer la forma pública a las vías directas e indirectas de donar cosas inmuebles.

3.ª La enemiga de nuestro Derecho al fraude, negocios indirectos y simulados, manifestada reiteradamente por la jurisprudencia. La causa falsa (artículo 1.276), la mentira (art. 1.901) y el disimulo vician las declaraciones y los contratos (S. T. S. 12 julio 1941). Sería contrario al espíritu de nuestro Derecho un principio como el siguiente: será válido sin la forma legal cualquier negocio jurídico, sólo con que se le disimule mediante otro negocio formal aparente (32).

7. La jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Los Tribunales han tenido que fallar muchos asuntos sobre simulación y, en esta materia, la jurisprudencia es muy abundante; sin embargo, sólo en sentencias relativamente recientes se ha abordado de frente la cuestión que nos ocupa; ello permitirá que sin extender demasiado esta nota, se puedan recoger literalmente los textos más importantes de la doctrina jurisprudencial.

(32) Que no se aplicaría sólo a la donación, sino que habría que respetarlo de modo general: p. ej., hipoteca por escrito privado oculta por censo enfiteutico o arrendamiento inscrito.

La sentencia de 3 de marzo de 1932 es fundamental (33). La sentencia de instancia pronunció que las dos escrituras de compraventa de unas fincas, otorgadas por una tía en favor de su sobrina, y cuya nulidad la tía pide se declarase, ocultaban sendas donaciones, y que éstas eran válidas por la virtualidad de aquellas escrituras. El Tribunal Supremo dió lugar al recurso de casación diciendo:

«Considerando que si bien al amparo del artículo 1.276 del Código civil pueden ser admitidos los negocios disimulados o sean los actos válidos y tácitos encubiertos por contratos aparentes, pero privados de la causa específica que va unida su existencia, es necesario para que aquéllos produzcan plenos efectos que se justifique no sólo la concurrencia de los indispensables elementos personales de capacidad y consentimiento, así como la existencia del objeto en que han de apoyarse las relaciones obligatorias o reales ciertamente concertadas, sino también la causa verdadera y lícita en que se funde el acto que las partes han querido ocultar y *el cumplimiento de las formalidades que la ley exigiría a quienes actuaran paladinamente.*

Considerando que esta *rigurosa doctrina* ha de ser especialmente impuesta, *con arreglo a la tradición española*, en el campo de las donaciones puras y simples de inmuebles por reflejar los hechos inter vivos más que un modo abstracto e independiente de transferir la propiedad, un acto liberal que atribuye el dominio al donatario gratuitamente y que por significar una merma, sin contraprestación, del patrimonio del donante y su enriquecimiento sin gravamen, del beneficiario, requiere requisitos y solemnidades que protejan al transferente contra sus desordenados impulsos, a su cónyuge, herederos forzosos y acreedores contra las lesiones de los derechos que el régimen económico familiar, la ley sucesoria o el principio patrimonial le confieren y al donatario contra los riesgos de una adquisición en apariencia precaria o por lo menos desprovista de las defensas que las obligaciones recíprocas y los actos formales ponen en juego.

Considerando que a tenor del artículo 633 del Código civil, para que sea válida la donación de cosa inmueble ha de hacerse en escritura pública, con expresión de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, pudiendo formalizarse la aceptación en la misma escritura u otra separada, y aunque con tales preceptos no se cierra el paso a toda donación que pretenda llevarse a cabo en un instrumento público de compraventa, los intereses más arriba mencionados *no quedan a salvo si los elementos jurídicos que integran el acto disimulado y en especial el acuerdo de voluntades sobre gratuidad, alcance y condiciones de la transferencia no son puestos de relieve de una manera indiscutible y auténtica.*»

Esta doctrina, magistral en el fondo y en la forma, es natural que tenga amplio eco y que sea seguida por los Tribunales y por los autores.

En 22 de febrero de 1940, el Tribunal Supremo tuvo ocasión de ratificar su doctrina. El Tribunal de instancia había estimado que la escritura de compraventa ocultaba un contrato de donación perfectamente válido; el Tribunal Supremo da lugar a la casación y en segunda sentencia declaró la nulidad

(33) Respecto a bienes muebles y aceptación, pueden citarse S. T. 8., 10 diciembre 1904, 6 junio 1906, 27 junio 1914, sobre inmuebles. S. 26 octubre 1926, 23 octubre 1929.

de la escritura, basándose en que: «si bien medió una voluntad para la apariencia, no la hubo para la integridad del efecto jurídico real», y en que: «es de tener presente que la recta aplicación del citado precepto (art. 1.276) exige que en los negocios simulados, o sea con causa falsa, se justifique la verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la Ley»; recogiendo después, en parte literalmente, la doctrina de la sentencia de 3 de marzo de 1932.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1941 también casa la del Tribunal de instancia, reproduciendo la doctrina de la sentencia de 22 de febrero de 1940 y citando a la sentencia de 3 de marzo de 1932; pero se basa, sobre todo, en la falta de una causa lícita (venta de bienes para sustraerlos a su sucesión, en perjuicio de los hijos).

La sentencia de 29 de enero de 1945 vino a romper la coherencia de la doctrina jurisprudencial, al sentar, precisamente, una doctrina del todo contraria (34). Declara no haber lugar al recurso de casación por la siguiente consideración: «Que si la compraventa encubrió una donación con causa lícita y verdadera, según estima la sentencia recurrida, sin impugnación de este aspecto del recurso y, si, además, resulta que tanto el *animus donandi* como la aceptación y la designación de la cosa inmueble donada se hicieron constar, sin móvil fraudulento, que ni siquiera fué alegado, en escritura pública de fingida compraventa que sirve, para amparar la voluntad interna de liberalidad y la aceptación, el contrato realmente celebrado reviste los caracteres de una donación perfecta e irrevocable, porque concurren todos los requisitos de fondo y forma exigidos por los arts. 1.261 y 633 en relación con el 1.276 y con el 1.258 del Código Civil». Añadiéndose: que «quiebra la tesis de la sentencia recurrida (35) en cuanto, por un lado afirma la carencia de requisitos esenciales en la donación por falta de escritura pública, en que *sin disfraza* se expresase el consentimiento para donar y aceptar, lo que equivaldría a negar la eficacia que en nuestro Derecho puede tener en sí mismo el negocio encubierto».

Bastará la lectura de las frases copiadas para reconocer en esta sentencia

(34) Dice esta misma sentencia «que no se pretende rectificar la doctrina de las sentencias de 3 de febrero de 1932, 22 de febrero 1940 y 12 de julio de 1941, que se invocan en la resolución de instancia, ya que entre el caso de autos y los examinados por aquellas sentencias existe tal diferencia de hechos enjuiciados, que si en el presente opera sobre donación perfecta, según se dirá después, en aquellos otros casos se apreciaron a examen de la Sala donaciones, unas veces con causa ilícita y otras en forma condicional con retractación oportuna del donante, y no se puede pretender que una misma norma regule la estructura jurídica de hechos dispares o contradictorios». No es posible aceptar esta afirmación más que en el caso de la sentencia de 1941 y, respecto de ella misma, se podría preguntar si la referencia al incumplimiento de las formalidades legales (escritura de compra y no escritura de donación) no significa afirmación de doctrina respecto a las donaciones en general. La S. de 3 de marzo (no de febrero) de 1932 no dice que se trate de una donación condicional, sino que alude a que la demandante lo afirma, y, sobre todo, adviértase que en los hechos que se dan por probados en la sentencia de instancia (aceptados y no recurridos) se sienta ser una donación pura; además, no es imaginable porqué el criterio severo de la forma se ha de exigir sólo para la donación condicional. En la S. de 23 de febrero 1940 no se calificó a la donación—ni siquiera se alegó—de condicional ni de ilícita.

(35) La sentencia de instancia es criticada por sus considerandos pero se acepta el fallo recurrido: se niega que la escritura sea eficaz por prescripción de la acción de anulabilidad y se afirma su eficacia por contener una donación válida.

el reflejo de la teoría, antes expuesta de Ferrara; de la que se recoge, y casi literalmente, uno de sus argumentos. Incurre, pues, en sus mismos defectos, y por las razones ya señaladas, parece no deberá recibirse su doctrina.

La sentencia de 23 de junio de 1953, ocasión de esta nota, ha venido a restablecer la buena doctrina. Se trataba de una escritura de compraventa de inmueble; la persona que compra (que convive con la que vende) no tiene bienes para comprar ni para dar el precio confesado, y alega que se trata de donación remuneratoria por alojamiento y cuidados. La Audiencia declaró que faltaba *animus donandi*, no se había probado el carácter remuneratorio y había causa ilícita (defraudar a los herederos). El Tribunal Supremo, aunque acepta estos extremos, no se ha limitado a la cómoda reproducción de las afirmaciones de hecho, sino que ha aprovechado esta oportunidad para sentar doctrina sobre el asunto aquí discutido. Después de decir que no hubo compraventa, porque «no existió coincidencia entre la voluntad real y la voluntad declarada, falta de conformidad que integra, gramatical y jurídicamente el concepto de simulación», continúa: «preciso era que justificara que el contrato simulado tenía una causa verdadera y lícita y el cumplimiento de las formalidades impuestas por la ley a su peculiar naturaleza, «es doctrina de esta Sala, reiteradamente manifestada, y entre otras en las sentencias de 3 de marzo de 1932 y 22 de febrero de 1940, que si bien al amparo del artículo 1.276, puede admitirse la validez de los negocios simulados, es necesario que se justifique la causa verdadera y lícita en que se funda el acto que las partes han querido ocultar y el cumplimiento de las formalidades previstas, doctrina rigurosa que ha de ser especialmente aplicable en materia de donaciones puras y simples, cuando consta en una escritura en que se hace figurar una compraventa, que es nula en cuanto falta el precio y no puede servir de donación por no resultar probada su existencia en la manera y forma que exige el artículo 633 del Código Civil; la alegación de que el requisito de la escritura pública se cumple «bajo la forma de compraventa», se rechaza diciendo que es «argumentación que carece de eficacia, en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación».

En esta sentencia se condensa la buena doctrina sobre la cuestión y hasta pudiera pensarse que es una réplica o rectificación a la sentencia de 29 de enero de 1945, ya que, sin citarla, se contestan pertinentemente sus consideraciones de fondo e incluso se corrige su equivocada referencia a la anterior doctrina de la Sala.

8. Reflexiones finales.

Pudiera terminarse esta nota diciendo que la sentencia de 23 de junio de 1953 ha venido a cerrar el corto periodo de dudas abierto por la decisión de 29 de enero de 1945 y que esta sentencia, como aislada, no tuvo ni tiene valor de doctrina jurisprudencial, debiéndose, en fin, reconocer como indiscutible la «doctrina rigurosa» o «sano criterio restrictivo». Así es y así probablemente será, pero no puede ocultarse el temor de una nueva recaída en la laxitud. Existe la amenaza de la pseudo-equidad, de la desgraciada tendencia a interpretar las leyes sentimentalmente, dejando que su sentido cambie, según las circunstancias extrajurídicas del caso. Un par de ejemplos, respecto al objeto

de esta nota, aclarará mejor que nada el peligro señalado. Un tía dona generosamente a su sobrina (por escritura de compraventa) la finca que constituye toda su fortuna, con la condición de que la cuide (a la tía), hasta su muerte; dueña de la finca, la sobrina se casa y después abandona a su anciana tía, dejándola vivir en la más negra miseria; la tía pide entonces la nulidad de la donación. Otro caso. Una huérfana de cortos años es recogida por una señora que la trata como a hija, es madrina de su confirmación y boda, mientras que la ahijada le sirve y cuida como a una madre querida; para recompensar sus desvelos, y en prenda de cariño, la señora le dona sus bienes ((fincas rústicas y urbanas) más para ahorrar derechos reales hace la donación en forma de escritura pública; muerta la señora, un pariente lejano (dentro del cuarto grado) que le había manifestado despego y hasta clara enemistad, reclama los bienes, alegando su condición de heredero abintestato y la nulidad de la donación (36). La falta de forma es la misma en ambas hipótesis; sin embargo, sería probable que, con un criterio emotivo, en el primer caso se vea clara la nulidad y en el segundo se busquen y encuentren medios para afirmar la validez.

Sea permitido por último, hacer esta pregunta: ¿Los Tribunales de Derecho deben o pueden decidir como jurados populares? Hace años hubiera parecido absurda y hasta ofensiva; en estos últimos tiempos, se propone en serio y por sesudos juristas. Cuestión árdua de siempre y que reaparece con especial gravedad en las épocas de crisis; no puede ser tratada debidamente aquí y ahora; mas, sin otro alcance que el reducido del asunto concreto, parece obligado decir porqué se estima preferible «la doctrina rigurosa» a «la regla de cera». Aparte el riesgo del engaño o la confusión, cuando se manipulan datos a efectos sentimentales, y es decisiva la imaginación y la hábil retórica, hay que tener en cuenta el respeto debido a la justicia legal, cuya superioridad señalaba Santo Tomás, en que mira al bien común. Si la exigencia de la forma bajo pena de nulidad es mandato legal y tiene por motivo el interés general, toda acepción de personas, condición y circunstancias para evitar la sanción, será ilegal e injusta (37).

También las leyes, se dirá y con razón, deben ajustarse y no chocar con la realidad, pues sólo así merecen el calificativo de justas. La regla cuya infracción es excusada por la conciencia social se revela, al menos, como inadecuada. En la donación, se considera justificado esquivar las disposiciones del impuesto de derechos reales (no al art. 633 C. c.) Sea, por ello, permitido—por si llegara a su noticia—un ruego a los especialistas de Derecho fiscal: que procuren acomodar sus normas a las aspiraciones del Derecho privado, pues es muy conveniente que el ordenamiento jurídico, en todas sus partes, está orientado en la misma dirección. Que los padres doten a sus hijas, establezcan a sus hijos y den parte de sus bienes a sus futuros herederos debería ser facilitado, por

(36) Estos dos ejemplos, a pesar de su semejanza, se presentan con tales variantes que los hace ser distintos de los casos que motivaron las sentencias de 3 de marzo de 1932 y de 29 de enero de 1945.

(37) El sistema llevaría a una completa inseguridad en la aplicación de las normas. Si se declara válida una donación para amparar a la sobrina «buena» cuya tía hizo una compraventa falsa, ¿porqué no hacer lo mismo con una tía y sobrina, ambas «buenas», que por ignorancia (o por ahorrarse el gasto de la escritura) hicieron verbalmente o por escrito (lo que no hicieron las anteriores) la donación de una cosa inmueble?

intrinsecamente justo, útil para la estabilidad social y favorable para la más rápida distribución de la riqueza. En vez de perseguir inadecuadamente el fraude fiscal, sometiendo a la tarifa de las sucesiones hereditarias a la venta hecha por el padre a su hijo, sería aconsejable desgravar las donaciones, aumentar ciertos tipos de imposición sucesoria y comprobar eficazmente el valor de los bienes transmitidos.

FEDERICO DE CASTRO