

# Donación disimulada en escritura pública

**BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

## RESUMEN

*Desde el año 2007, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende unánimemente que la escritura pública exigida por el artículo 633 del Código Civil para la donación de inmueble ha de ser ella misma de donación. En consecuencia, decreta invariablemente la nulidad de los negocios de donación encubiertos en escritura pública de venta. En general, dicha doctrina parece acertada, pues es la más conforme con las finalidades que cumple la exigencia de escritura pública, como son asegurar la reflexión del donante y proteger a los posibles terceros perjudicados por esa donación. Sin embargo, en los casos excepcionales en que pretende la nulidad el propio donante o su heredero voluntario, no habiendo tercero perjudicado, y valiendo la escritura pública de venta al fin de asegurar la reflexión del donante, parece excesivo que el defecto formal valga para obtener la nulidad de la donación disimulada. La doctrina del abuso de nulidad por motivos formales puede servir entonces para limitar la facultad de impugnación de dichos sujetos.*

## PALABRAS CLAVE

*Donación encubierta; requisitos de forma; finalidad de la escritura; legitimación para impugnar; abuso de nulidad por motivos formales.*

## ABSTRACT

*Since 2007, the Supreme Court holds that the public deed required for the donation of an immovable property by Article 633 of the Civil Code must be itself a deed of donation: the public deed of sale does not serve to fulfill this requirement. Accordingly, courts invariably decree the nullity of donations hidden in public deed of sale. This approach seems right, as it is most consistent with the aims of public deed by donation, such as ensuring the careful aforethought of the donor and protecting third parties from being harmed by the donation. However, in exceptional cases, where there is no injured third party and the donor or his volunteer heir seeks annulment,*

*being worth the deed of sale to ensure the aforethought of the donor, it seems excessive that a mere formal defect allows to annul the disguised donation. The doctrine of abuse of invalidity on formal grounds can then serve to limit the power to challenge the donations that have these subjects.*

### KEY WORDS

*Disguised donation; forms requirements; aims of public deed; legitimation to challenge; abuse of invalidity on formal grounds.*

SUMARIO: 1. *Las Sentencias del Tribunal Supremo de 2007 sobre donaciones encubiertas de inmuebles y la situación posterior:* 1.1. La Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007. 1.2. La consolidación de la interpretación rigorista del artículo 633 en la jurisprudencia posterior. 1.3. Problemas y perplejidades que suscita la doctrina expuesta.—2. *La doctrina jurisprudencial anterior al año 2007:* 2.1. La crítica general a la situación de incertidumbre. 2.2. La existencia de ciertos criterios consolidados de resolución.—3. *Las diversas respuestas teóricas al problema:* 3.1. La validez *a priori* y la defensa del perjudicado mediante remedios específicos. 3.2. La validez *a priori* y el remedio general de la causa ilícita. 3.3. La exigencia en todo caso de una escritura pública de donación. 3.4. La difícil elección de la vía adecuada.—4. *El artículo 633 y Los fundamentos de la exigencia de escritura pública en la donación de inmuebles:* 4.1. La ambivalencia del artículo 633 y los escasos resultados de la interpretación gramatical y sociológica. 4.2. La función de la escritura pública a la luz de sus antecedentes.—5. *Dos tentativas de limitar la impugnación de la donación encubierta:* 5.1. La falta de legitimación del donante, heredero voluntario o abintestato para invocar la simulación relativa. 5.2. La aplicación de la doctrina de los propios actos.—6. *Algunos resultados intermedios.*—7. *Una vía abierta: la doctrina del abuso de la nulidad por motivos de forma:* 7.1. Perfiles de la figura y aplicación al supuesto de la donación encubierta. 7.2. Algunas precisiones para la aplicación de la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales.

## 1. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2007 SOBRE DONACIONES ENCUBIERTAS DE INMUEBLES Y LA SITUACIÓN POSTERIOR

El día 11 de enero de 2007 el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo publicó una Sentencia llamada a unificar su doctrina sobre una de las controversias más persistentes existente hasta entonces en nuestra jurisprudencia. Abordó el tradicional problema de la validez de la donación de inmueble encubierta en escritura pública de compraventa y determinó, con clara pretensión de generalidad, que en ningún caso esa escritura podía servir para cubrir

los requisitos de forma exigidos por el artículo 633 del Código Civil. Los pronunciamientos de aquella Sentencia, reiterados desde entonces en otras muchas, se han acabado convirtiendo en doctrina unánime del Tribunal Supremo en esta materia.

### 1.1 LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE ENERO DE 2007

Los hechos de los que traía causa la demanda arrancaban de un accidente ocurrido hacía años, en el que el hijo de los demandados, entonces menor de edad al igual que el demandante, alcanzó a éste con un disparo cuando ambos habían salido a jugar con sendas escopetas. Dos meses después de ese accidente, del que acabaría derivándose la pérdida total de la visión de un ojo del demandante, el matrimonio demandado vendió a su otra hija, también demandada, una serie de fincas que constituían la parte principal de su patrimonio.

Después de haber obtenido en un pleito anterior una condena a una indemnización pecuniaria, el demandante solicitaba que se declarase la nulidad de esa compraventa suscrita entre el matrimonio demandado y su hija. Subsidiariamente, para el caso de que tal demanda no fuese estimada, instaba la rescisión de dicho contrato por fraude de acreedores, con la consiguiente restitución de prestaciones. Los demandados solicitaron se declarase la validez de la compraventa o, en su defecto, la existencia de una donación remuneratoria a favor de la hija demandada.

Las Sentencias de instancia habían apreciado la existencia de simulación relativa y, pese a declarar la nulidad del contrato de compraventa, habían admitido la validez del contrato de donación encubierta, entendiéndolo que pretendía recompensar a la hija, de dieciocho años, por el sacrificio que suponía aportar su sueldo para el sostenimiento de la familia. La Sentencia de la Audiencia fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo rechaza los dos primeros motivos del recurso, en buena parte por su defectuoso planteamiento procesal, aceptando en consecuencia la existencia de una donación remuneratoria encubierta. Pero acoge, en cambio, el siguiente motivo del recurso, en el que se acusa infracción de la doctrina jurisprudencial que declara la nulidad de la donación de inmuebles hecha bajo la forma de una compraventa totalmente simulada. El Tribunal reconoce ciertamente la existencia de dos líneas jurisprudenciales contradictorias, una la alegada por el recurrente, y otra, también muy numerosa, que acepta la validez de la donación disimulada bajo

ropaje de compraventa. Pero a continuación, y con claras pretensiones de generalidad –de ahí la votación del pleno–, establece que «esta Sala considera que la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y aceptación por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos del pleito seguido sobre la simulación. El art. 633 del Código Civil, cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del art. 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos». Aclarando, a renglón seguido, que «esta tesis no puede ser sustituida por la de la validez cuando la donación se califica como remuneratoria», pues el artículo 633 no hace en ningún caso excepción de lo que preceptúa.

A consecuencia de lo dicho, el Tribunal Supremo acogió el recurso y determinó la nulidad absoluta de la donación encubierta, con el consiguiente reintegró de las fincas al patrimonio de los padres demandados. Tal vez convenga aún recoger un pronunciamiento de la Sentencia, que le sirve en buena parte de fundamento, y en el que se declara que «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)».

Al criterio mayoritario de la Sala, expresado por el Magistrado Antonio Gullón Ballesteros, formuló voto particular discrepante el Magistrado Jesús Corbal Fernández, al que se adhirieron otros tres magistrados. Este voto particular comparte el criterio favorable al acogimiento del recurso, pero por unos fundamentos totalmente distintos. A su juicio, el negocio enjuiciado constituía una clara manifestación de simulación absoluta, pues la escritura pública denominada de compraventa respondía únicamente al propósito de poner los bienes inmuebles de los padres a nombre de una hija mayor de edad, sustrayendo así el patrimonio familiar a la posible

responsabilidad derivada del inicial accidente; hechos éstos que bien pudieron ser acogidos en virtud de los dos primeros motivos del recurso. En cambio, cree que no procedía acoger el motivo tercero, pues el autor del voto particular mantiene «la tesis de la interpretación flexible del art. 633 CC en el sentido de que la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los contratantes es la de otorgarse una donación», entendiéndolo en consecuencia «que la tesis literalista adolece de un excesivo rigor formal». Considera que esa que llama interpretación flexible es la que empezó a predominar en la jurisprudencia a partir de 1980, ya que «permite, sin quebrantar ningún dogma legal, dar una respuesta satisfactoria a comportamientos sociales, que, por los motivos subjetivos legítimos que sean, no quieren que su voluntad real sea conocida por terceros», sin perjuicio de que «el posible perjuicio para derechos legítimos, aparte de ser tanto más factible con el contrato de compraventa, [tenga] adecuada respuesta en la nulidad del negocio disimulado». Termina declarando que el criterio ahora adoptado de forma mayoritaria por la sala supone un cambio jurisprudencial, pues «el argumento interpretativo literalista fue el que determinó durante años la contradicción jurisprudencial y parecía superado (un sólo voto particular, en el año 1995)», con lo cual prevé –lo cual para el redactor del voto particular es particularmente negativo– que el retorno a ese criterio «va a producir una importante afectación social, porque puede dar lugar a la inestabilidad de situaciones jurídicas creadas al amparo de nuestra jurisprudencia».

## 1.2 LA CONSOLIDACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN RIGORISTA DEL ARTÍCULO 633 EN LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR

La realidad es que las ya numerosas Sentencias dictadas desde entonces por el Tribunal Supremo para abordar la misma cuestión no han hecho sino consolidar con total unanimidad el criterio recogido en la Sentencia expuesta<sup>1</sup>. La primera Sentencia que reiteró tal criterio fue la de 26 de febrero de 2007, redactada igualmente por Gullón Ballesteros, y en la que se repiten, casi con las mismas palabras, los argumentos ya transcritos. También recibió un voto

<sup>1</sup> Así lo destaca, por ejemplo, GIL RODRÍGUEZ, en «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2009», *CCJC*, 84 (2010-3), pp. 1263 ss., p. 1280. Los primeros comentaristas de la Sentencia de 11 de enero de 2007 no pensaban, a la vista del voto particular discrepante, que fuese a ser posible unificar la doctrina en esta materia (vid., PARRA LUCÁN, «Comentario a la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007», en *CCJC*, 75 (2007-3), pp. 1293 ss., p. 1305).

particular, está vez del Magistrado Xavier O'Callaghan –uno de los tres que se habían adherido al anterior–, donde se insiste, con otra formulación, en las razones ya aducidas por los magistrados discrepantes con el criterio formulado por la Sentencia de 11 de enero de 2007. Pese a dicho voto particular, lo cierto es que a partir de entonces pueden contarse ya en más de quince las Sentencias del Tribunal Supremo que, sin disidencia ni ruptura alguna, insisten en el criterio entonces sentado<sup>2</sup>.

### 1.3 PROBLEMAS Y PERPLEJIDADES QUE SUSCITA LA DOCTRINA EXPUESTA

Pese al enorme beneficio que para la previsibilidad de las decisiones judiciales tiene el que el Tribunal Supremo haya acogido un criterio unitario en esta materia –luego habrá de volver sobre si el anteriormente imperante era tan contradictorio como a veces se dice–, lo cierto es que puede dudarse de que el adoptado por nuestra jurisprudencia desde 2007 sea el más conveniente para la solución de algunos de los conflictos planteados.

---

<sup>2</sup> De más antigua a más reciente: Sentencias de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007, en un caso de fraude a los legitimarios, en que el argumento formal se emplea como coadyuvante de la nulidad por causa ilícita, típica de la jurisprudencia anterior), 21 de junio de 2007 (Sentencia núm. 733/2007, en un caso en que había también un documento privado, que los donatarios se negaron a elevar a público, fijando cargas), 18 de marzo de 2008 (Sentencia núm. 236/2008, en un caso de fraude de acreedores), 5 de mayo de 2008 (Sentencia núm. 317/2008, en una donación en perjuicio de legitimarios), 17 de octubre de 2008 (Sentencia núm. 977/2008, donde la donante impugnó una donación de acciones a favor de hijos, encubierta en compraventa, y sin entrega –que la hubiese salvado por ser bienes muebles–), 4 de mayo de 2009 (Sentencia núm. 287/2009, en una donación en fraude de legitimarios), 27 de mayo de 2009 (Sentencia núm. 378/2009, en una impugnación por los legitimarios en la que no parece que no hubiese fraude a su legítima, pues la testadora y donante dejó en testamento la mejora y parte libre a los hijos demandantes declarando que al donatario ya se le ha favorecido con la donación), 21 de diciembre de 2009 (Sentencia núm. 826/2009, en una donación en fraude de legitimarios), 3 de febrero de 2010 (Sentencia núm. 25/2010, en una donación de participaciones sociales de madre a hijo en que la madre-demandante pidió luego la nulidad), 15 noviembre 2011 (Sentencia núm. 824/2011, en una donación en perjuicio de legitimario), 28 de noviembre de 2011 y 26 de marzo de 2012 (RJA 580/2012, y Sentencia núm. 199/2012, respectivamente, de nuevo en donaciones en perjuicio de legitimarios), 30 de abril de 2012 (Sentencia núm. 282/2012, en una nulidad de donación demandada por el donante), 5 de noviembre de 2012 (Sentencia núm. 704/2012, en una impugnación de donación interpuesta por el heredero voluntario del donante), 18 de diciembre de 2012 (Sentencia núm. 747/2012, en que la donante pretendía la revocación por incumplimiento de cargas de una escritura de donación en que éstas no figuraban), 16 de enero de 2013 (Sentencia núm. 828/2012, en que la nulidad fue solicitada por unos herederos voluntarios), 15 de febrero de 2013 (Sentencia núm. 86/2013, en que se reitera la doctrina de la Sentencia de 11 de enero de 2007, pero no dio lugar a la nulidad, pues los demandantes pretendían ejercitar el retracto por la venta simulada) 22 de abril de 2013 (Sentencia núm. 284/2013, nulidad de la posible donación del usufructo sobre un inmueble solicitada por las hijas de la posible donante) y 18 de noviembre de 2014 (Sentencia núm. 683/2014, de nuevo en nulidad solicitada por heredero voluntario). También la de 7 de abril de 2015 (Sentencia núm. 187/2015).

En efecto, esa que la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013 denomina «interpretación rigorista del requisito formal del artículo 633 del Código Civil» ha provocado una serie de resultados en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, cuanto menos, suscitan perplejidad, cuando no dejan en el aire la sensación de que no responden a una adecuada ponderación de los intereses en juego. A mi juicio, los grupos de casos problemáticos pueden integrarse en dos: aquéllos en que el Tribunal se ve obligado a rechazar el carácter de donación encubierta de un negocio a fin de evitar la consiguiente nulidad, y aquellos en que la nulidad de la donación encubierta acaba favoreciendo a quien, como el heredero voluntario o abintestato, no parece merecer tal protección.

La mencionada necesidad de no conceptuar como donación a un negocio de claro perfil lucrativo puede verse en las Sentencias de Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 y 8 de noviembre de 2011. En la primera de ellos un padre ya fallecido había vendido una vivienda a los dos hijos que le asistían, por precio confesado del que sólo se ha demostrado pagada una décima parte, habiendo hecho a otro tercer hijo, luego demandante, donaciones menores y pago de préstamos, de forma que no quedaba en modo alguno perjudicado en su legítima. La Sentencia de primera instancia y la Audiencia habían estimado la existencia de una donación remuneratoria eficaz, encubierta en forma de escritura pública de compraventa. El demandante recurre en casación alegando la nulidad del citado negocio, en aplicación de la doctrina fijada desde 2007 sobre nulidad de la donación disimulada de inmuebles. El Tribunal Supremo acepta el recurso, pero asume la instancia y se «permite considerar probada la concurrencia de precio real, que de acuerdo con las valoraciones efectuadas, no resulta extravagante en relación con lo que en el mercado se viene pagando por un inmueble de la misma calidad y en las mismas circunstancias»; entiende que «la existencia del precio se demostró por el efectivo pago de unas cantidades que si bien son de escasa cuantía, demuestran la finalidad del vendedor de no efectuar una donación, sino un contrato oneroso» y, en consecuencia, absuelve a los demandados<sup>3</sup>. Y la misma necesidad de rechazar la caracterización de un negocio como de donación encubierta se observa en la

---

<sup>3</sup> Sentencia núm. 941/2011. Extremadamente forzada por la finalidad de no apreciar una donación encubierta resulta la argumentación del Tribunal cuando declara que «no ha quedado probada, como correspondía, la concurrencia del deseo de liberalidad del vendedor en el momento de otorgamiento del contrato, y de aquí que no quede probada la simulación. Incluso en el caso que se entendiese que después de efectuada la venta, el vendedor desistió de reclamar el precio, no por ello se convertiría la venta en una donación, puesto que la hipotética condonación del pago del precio debería ser tratada como donación de un bien mueble y no de bienes inmuebles, por lo que no hubiera requerido la escritura pública exigida en el art. 633 CC para su validez».

Sentencia de 8 de noviembre de 2011, también en una compraventa a muy bajo precio, acompañada además de una extraña cláusula reversional, en que el Tribunal Supremo reafirma la nulidad de las donaciones encubiertas de inmuebles, declarando en consecuencia que «en virtud de esta doctrina, no cabe otra cosa que calificar el contrato de autos como compraventa, no donación, tal como han hecho las sentencias de instancia. Tanto más cuanto media la obligación de entrega de una cosa –el local– a cambio de la obligación de pago de un precio –200.000 pesetas– por más que éste sea mezquino dadas las relaciones personales entre las partes».

El segundo grupo de casos que juzgo problemático viene representado por aquellas Sentencias en que la exigencia de que la escritura pública prevista por el artículo 633 sea de donación acaba determinando, en beneficio de un heredero voluntario o abintestato, o incluso del propio donante, la nulidad del negocio de donación encubierto. Que el legitimario, el acreedor al que se pretenden sustraer bienes, o el heredero fideicomisario puedan impugnar un negocio efectiva o virtualmente perjudicial para ellos es algo lógico, en cierto modo impuesto por la necesidad de proteger su posición de terceros respecto al caudal relicto. Sin embargo, que, como sucedía en la ya citada Sentencia de 26 de febrero de 2007, un heredero voluntario o abintestato, mero beneficiario de una disposición gratuita o de una previsión legal subsidiaria, pueda impugnar los actos realizados por su propio causante, aumentando así a costa del fallido donatario el caudal que él ha de percibir, provoca cierta extrañeza, tal y como puso de manifiesto el voto particular que recibió<sup>4</sup>. Y sin embargo a esa solución llegan, en virtud de la doctrina hoy dominante, no sólo esa Sentencia, sino también las de 30 de abril de 2012, 5 de noviembre de 2012, 16 de enero de 2013 y 18 de noviembre de 2014, por más que el propio Tribunal Supremo haya reconocido cierta perplejidad ante el resultado por él alcanzado<sup>5</sup>. Perplejidad y extrañeza igualmente fundados, a mi jui-

<sup>4</sup> Lo inadecuado del resultado queda plasmado en las siguientes palabras del mencionado voto particular: «El presente caso es especialmente sangrante. Una persona culta y conocedora del derecho, tras una larga conversación con el notario, celebra en escritura pública una compraventa simulada con el comprador que acepta, como verdadero donatario, como clara donación remuneratoria, como se expresa en la demanda y se recoge en la sentencia (fundamento de derecho preliminar). La donación favorece a persona que había tenido larga relación con el donante y en la sentencia se acoge el pedimento de nulidad que hace el hermano del causante (éste carecía de legitimarios) con el que ninguna relación de cariño le unía. Desde luego, las sentencias de instancia habían mantenido la validez, con cita de numerosas sentencias de esta Sala».

<sup>5</sup> Valgan las siguientes palabras de una de las Sentencias citadas, la de 16 de enero de 2013, para manifestar la escasa convicción con que el propio Tribunal Supremo acepta ese resultado de su rigurosa doctrina: después de haber rechazado una interpretación más flexible del artículo 633, propuesta por la recurrente, que hubiese permitido salvar la donación encubierta, declara la Sentencia que «en parecidos términos debemos pronunciarnos

cio, cuando es el propio donante el que, como ocurre en las Sentencias del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2008 y 3 de febrero de 2010, regresa sobre sus pasos para solicitar –y lograr– la nulidad por defecto de forma de una donación encubierta que el mismo contribuyó a falsear<sup>6</sup>.

A la vista de estos problemas, me parece que puede ser interesante retornar sobre la situación existente antes de que el Tribunal Supremo consagrara su actual criterio, para descubrir cuáles eran los problemas que aquejaban al anterior.

## 2. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL ANTERIOR AL AÑO 2007

### 2.1 LA CRÍTICA GENERAL A LA SITUACIÓN DE INCERTIDUMBRE

Ya se ha señalado que, con anterioridad al año 2007, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no mantenía una postura unánime sobre el problema de la validez de la donación de inmueble encubierta en escritura de compraventa, habiendo dado lugar a dos líneas jurisprudenciales contradictorias, una partidaria de entender que el mero hecho de que la donación de inmueble se hubiese realizado en una escritura de compraventa determinaba la nulidad del negocio, y otra defensora de que esa escritura servía para cumplir los requisitos de forma del artículo 633. La mayoría de la doctrina criticaba esta situación, hasta el punto de ser un lugar común en los escritos de muchos autores la afirmación de que cualquier juicio *a priori* sobre la posible validez de una donación encubierta resultaba meramente aleatorio, pues no era posible prever la línea juris-

---

respecto del argumento, de índole más general, en relación a la mala fe de los actores, ahora recurridos, de no respetar la voluntad de la causante, motivo cuarto del recurso de don Ildefonso y La Herrería, pues si bien es cierto que su actuación no resulta del todo conforme al principio general de buena fe, ya que pudieron impugnar las escrituras de compraventa en vida de la testadora, no obstante, tanto la razón de nulidad expuesta, como el derecho a litigar de los actores en el presente caso, impide que pueda apreciarse ya un ejercicio abusivo del derecho, o bien un ejercicio frontalmente contrario al principio de buena fe».

<sup>6</sup> Se trataba en realidad, en ambos casos, de donaciones de acciones o participaciones sociales realizadas en escritura de compraventa, y sin entrega. Por tanto, no es un caso de inmuebles, sino de muebles. Pero la argumentación que se emplea es la misma que la que aquí estamos tratando, pues al ser escritura de compraventa y no de donación, y al no haber entrega de la cosa, las Sentencias entienden que no se produjo ninguno de los requisitos –escritura o entrega– que el artículo 632 exige para la donación mobiliaria. En un supuesto parecido, el de la STS de 14 de abril de 2011 (Sentencia núm. 234/2011), el Tribunal salvó la donación porque se había realizado la entrega de las participaciones.

prudencial a que había de acogerse la futura Sentencia sobre la materia<sup>7</sup>.

## 2.2 LA EXISTENCIA DE CIERTOS CRITERIOS CONSOLIDADOS DE RESOLUCIÓN

Desde luego, no es posible negar que el Tribunal Supremo venía hasta el año 2007 compaginando las citadas dos líneas argumentales, contraria y favorable respectivamente a la suficiencia de la escritura de compraventa para cumplir los requisitos formales de la donación de inmuebles. Pero coincido plenamente con Santos Morón en la opinión de que ambas líneas jurisprudenciales, ciertamente coexistentes, no eran en realidad ambivalentes, sino que el Tribunal Supremo, sin apenas excepción, empleaba una u otra argumentación en función de unos presupuestos totalmente distintos: la práctica totalidad de casos en que el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación encubierta en escritura pública de compraventa se referían a supuestos en que la pretendida donación se realizaba en perjuicio de un tercero ajeno al negocio –típicamente, un legitimario, pero también herederos-fideicomisarios del donante– o en casos en que existía un problema de consentimiento del donante o una causa de revocación de la donación; en cambio, los supuestos en que el Tribunal Supremo no dudó en sostener la suficiencia de la escritura pública de venta para cubrir los requisitos de forma de la donación de inmuebles se referían fundamentalmente a supuestos en los que, habiendo las partes del negocio simulado alegado y probado la existencia de la donación encubierta, ésta se realizaba sin perjuicio alguno de terceros –legitimarios, acreedores o posibles fideicomisarios defraudados por el donante-heredero fiduciario–. Existiendo, incluso, un número relativamente apreciable de casos en que se sostenía la validez de la donación encubierta pese a la existencia de un perjuicio para terceros, remitiendo a éstos últimos, para la protección de sus derechos, a las acciones tutelares específicas, tales como la acción de reducción de donaciones inoficiosas o la pauliana. Y sin que faltase, finalmente, otro buen número de supuestos en que la falta de convalidación de la donación encubierta no se debía al posible perjuicio de terceros ni a la abstracta falta de requisitos de forma, sino a causas en cierto

---

<sup>7</sup> Así, por citar algunos trabajos próximos al año 2007, DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 219 s.; DURÁN RIVACOBÁ, *Donación de inmuebles – Forma y simulación*, Pamplona, 2003, pp. 20, 136 ss.; ALBALADEJO/DÍAZ ALABART, *La donación*, Madrid, 2006, p. 291.

modo procesales, determinadas por el principio de congruencia y la necesidad de prueba de la existencia y licitud del negocio disimulado impuesta por el artículo 1276: cuando las partes del negocio simulado se habían aferrado a defender la existencia de la compraventa, o no habían conseguido demostrar la existencia de la donación encubierta, mal podían los tribunales desprenderse de su vinculación a la *res allegata et probata*. Veamos brevemente cada uno de estos grupos de casos<sup>8</sup>.

Como acabo de decir, en la inmensa mayoría de casos en que el Tribunal Supremo declaró la nulidad del negocio de donación encubierto en escritura pública de compraventa coexistían otros motivos que llevaban por sí mismos a la nulidad del negocio disimulado. Así, lo más habitual es que la donación se hubiese realizado en fraude de herederos forzosos, que accionaban entonces en defensa de su derecho y demandando la nulidad por ilicitud causal<sup>9</sup>. Pero tampoco era infrecuente que la causa de nulidad fuese ajena al perjuicio de legitimarios. Así, en otro buen puñado de casos el problema radicaba en que el aparente vendedor tenía limitadas sus facultades de disposición por una sustitución fideicomisaria o una reserva que le impedía desprenderse de sus bienes a título gratuito<sup>10</sup>. En otros, que el negocio disimulado había sido otorgado por un apoderado más allá de sus facultades, pues éstas

<sup>8</sup> Vid, amplia y documentadamente sobre estos criterios, en posición muy cercana a la mía, SANTOS MORÓN, *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 169 ss.; también, más recientemente, la misma autora en «De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas – El retorno a la tesis clásica en la STS de 11 de enero de 2007», *RDPat*, 19 (2007-2), pp. 173 ss., 177 ss.

<sup>9</sup> Así, en la Sentencia de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007), que ya dije que sirve en cierto modo de puente entre la línea jurisprudencial surgida en 2007 y la anterior, pues declara que la nulidad es por causa ilícita –fraude de legitimarios–, pero que también se llegaría a ese resultado por carencia de escritura pública de donación. Y ya con anterioridad a 2007, las de 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005), 23 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 984/2002), 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001), 1 de abril de 2000 (Sentencia núm. 307/2000), 4 de mayo de 1998 (Sentencia núm. 390/1998), 5 de mayo de 1995 (Sentencia núm. 397/1995), 6 de octubre de 1994 (RJA 7459/1994, en que se acumula el fraude de legitimarios y que la alegación de donación es cuestión nueva), 20 de octubre de 1992 (RJA 8088/1992), 11 de febrero de 1992 (RJA 974/1992, en que de nuevo se acumula el perjuicio de legitimario, y que la alegación de la donación es cuestión nueva), 1 de octubre de 1991 (RJA 7438/1991, en la que se acumula el fraude a una legitimaria, con que apoderado que simuló vender fue más allá de poder concedido, que no le autorizaba a donar), 20 de diciembre de 1985 (RJA 6604/1985), 20 de octubre de 1961 (RJA 3607/1961), 7 de octubre de 1958 (RJA 3406/1958), 23 de junio de 1953 (RJA 1992/1953), 13 de febrero de 1951 (RJA 251/1951), 24 de marzo de 1950 (RJA 711/1950) ó 12 de julio de 1941 (RJA 912/1941).

<sup>10</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1996 (Sentencia núm. 1089/1996), 10 de marzo de 1978 (RJA 811/1978, donde explícitamente se declara que si no fuese en fraude y por tanto con causa ilícita, sí que sería válida la donación encubierta), 28 de febrero de 1974 (RJA 737/1974), 13 de mayo de 1965 (RJA 2594/1965) y 5 de noviembre de 1956 (RJA 4114/1956).

sólo comprendían los actos realizados a título oneroso<sup>11</sup>. Y en una ocasión, que el donante carecía de voluntad de realizar tal negocio, que hubiese sido nulo, con independencia de la simulación, por la actitud captatoria del donatario<sup>12</sup>. Sin que falten algunos supuestos en que se recurría a la nulidad de la donación cuando propiamente lo que debió acogerse fue una revocación por incumplimiento de cargas, una resolución por cumplimiento de la condición resolutoria, o una ineficacia por falta del matrimonio previsto en la donación *propter nuptias*<sup>13</sup>. En realidad, apenas puede encontrarse ningún caso antes de 2007 en que, sin que concurriese otra causa, el Tribunal Supremo apreciase la nulidad de la donación por ineptitud de la escritura pública de compraventa para cubrir los requisitos formales del artículo 633<sup>14</sup>. Ciertamente, muchas de esas Senten-

<sup>11</sup> Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1993 (Sentencia núm. 810/1993), 1 de octubre de 1991 (RJA 7438/1991, en que concurren fraude de legitimaria, y extralimitación del apoderado) y 6 de octubre de 1977 (RJA 3713/1977).

<sup>12</sup> Así, en la Sentencia de 29 de diciembre de 1995 (Sentencia núm. 1118/1995), en la que se estimó que había simulación absoluta, por falta de toda otra voluntad subyacente, también por motivos procesales: el pretendido donatario no había alegado oportunamente la donación.

<sup>13</sup> Así, en las Sentencias de Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1993 (Sentencia núm. 457/1993), en una compraventa que encubría una donación a unos sobrinos, que en documento privado aparte se comprometían a cuidar a la donante: no se aclara si hubo incumplimiento de cargas, pues la Sentencia es muy breve, pero en cualquier caso es claro que sí que no se cubren los requisitos del 633 si, como es el caso, parte del negocio de donación –las cargas– no están recogidas en documento público; hubo claro incumplimiento de cargas en la Sentencia de Tribunal Supremo de 22 de abril de 1970 (RJA 2029/1970), lo mismo que en la de 1 de diciembre de 1964 (RJA 5572/1964). Las Sentencias de 6 de abril de 2000 (Sentencia núm. 341/2000) y 10 octubre de 1961 (RJA 3293/1961) recogen supuestos de donación encubierta *propter nuptias*, en que no llegó a celebrarse el matrimonio –además, en la primera de ellas el donante no figuraba como vendedor, sino como comprador en comunidad, pagando en realidad todo–. En la de 4 de diciembre de 1975 (RJA 4449/1975) se trataba de una donación encubierta, sometida a resolución si la donante superaba la enfermedad que le aquejaba, como sucedió –además de que sólo en casación los demandados alegaron la donación, con lo cual el Supremo la entendió cuestión nueva–.

<sup>14</sup> Algunos vestigios de esta situación pueden encontrarse en la Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990 (RJA 7462/1990); pero la existencia de donación sólo se alegó en casación, con lo cual el Tribunal no entró en su apreciación por ser cuestión nueva, y se limitó a declarar la simulación absoluta de la compraventa por inexistencia de precio; también una nulidad a favor de herederos voluntarios puede verse en la Sentencia de Tribunal Supremo de 17 de abril de 1985 (RJA 1767/1985), referida no a una donación de inmueble, sino de dinero: el demandado alegó que no había fraude ni otra causa de nulidad, pues los demandantes eran simple herederos abintestato, sin legitimación para impugnar los actos de su causante; pero dicha alegación sólo se realizó en la vista oral de apelación, por lo cual el Tribunal entendió que era cuestión nueva, y además parece que hubo abuso de poder conferido al representante –el cotitular de la cuenta corriente llevó a cabo la donación del dinero cuando el titular estaba a punto de fallecer–; y lo mismo sucede en la de 14 de mayo de 1966 (RJA 2425/1966), en la que también impugnaron la donación unos herederos voluntarios: pero la Sentencia dice que no puede apreciar su posible falta de legitimación pues fue cuestión nueva alegada por el demandado en la vista oral. Igualmente en la de 24 de octubre de 1995 (Sentencia núm. 917/1995), pero de nuevo el problema es de falta de alegación, hasta el punto de que el Supremo hace todo un alegato negando que el heredero voluntario tenga legitimación para impugnar una donación encu-

cias razonan apoyándose, como argumento principal o coadyuvante, en la necesidad de que la escritura pública sea propiamente de donación, sin que dicho requisito pueda ser suplido por una escritura de compraventa. Pero el dato real es que en todos los casos existía otra causa para llegar a ese resultado, y que con frecuencia fue la argumentación basada en ese otro motivo de nulidad el que determinó el fallo<sup>15</sup>.

En cambio, como ya he dicho, cuando en la impugnación de la donación encubierta no concurría más causa de nulidad o ineficacia que la inexistencia de escritura pública de donación, el Tribunal Supremo adoptaba una interpretación flexible del artículo 633, y concluía que la escritura pública de venta bastaba a efectos de cubrir los requisitos de forma. Así, típicamente, en los casos en que el heredero voluntario o abintestato del donante pretendía la nulidad de la donación disimulada realizada por su causante, buscando aumentar de esta forma el caudal relicto<sup>16</sup>. Pero también en supuestos en que solicitó la nulidad el propio donante, al parecer por haberse arrepentido de su propósito<sup>17</sup>. Y al mismo resultado convalidante de la donación se llegaba cuando se alegó un fraude de acreedores que no se pudo probar, o cuando demandaron quienes, amparándose en el negocio simulado de compraventa, pretendían ejercitar el retracto sobre el bien enajenado, o demandó un posible legitimario futuro cuyo causante aún no había muerto<sup>18</sup>. En fin,

---

bierta, para concluir al final que, con todo, si no se alegó la donación, como aquí sucedió, el Tribunal no puede estimarla sin incurrir en incongruencia.

<sup>15</sup> Así, por citar algunas, argumentan fundamentalmente con una tesis formalista del 633 las Sentencias de 20 de octubre de 1992 (RJA 8088/1992, fraude de legitimarios), 1 de octubre de 1991 (RJA 7438/1991, fraude de legitimarios y extralimitación del apoderado), 6 de octubre de 1977 (RJA 3713/1977, extralimitación del apoderado) o 10 de octubre de 1961 (RJA 3293/1961, donación *propter nuptias* no celebrada). En cambio, argumentan directamente por el fraude y causa ilícita del negocio disimulado las más recientes de 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005), 23 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 984/2002), 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001) o 1 de abril de 2000 (Sentencia núm. 307/2000; todas ellas, en casos de fraude de legitimarios).

<sup>16</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 991/2002, pretendía la nulidad una hermana), 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002, impugna el heredero testamentario no legitimario), 23 de enero de 1995 (Sentencia núm. 22/1995), 20 de julio de 1993 (Sentencia núm. 799/1993, donación realizada por quien no tenía legitimarios), 2 de abril de 1990 (RJA 2689/1990, donación encubierta realizada por quien no tenía legitimarios), 10 de octubre de 1989 (RJA 6905/1989, en la que el que impugnaba había renunciado a herencia), 16 de octubre de 1965 y 24 de abril de 1961 (RJA 4467/1965 y RJA 2564/1961 respectivamente, impugnaban los herederos voluntarios), 15 de enero de 1959 (RJA 1044/1959, en que impugnaba la validez quien era mero fideicomisario de residuo pudiendo el heredero fiduciario enajenar en vida onerosa y gratuitamente), 2 de junio de 1956 (RJA 2691/1956) y 30 de junio de 1944 (RJA 959/1944, demandaba una heredera abintestato).

<sup>17</sup> Sentencias de Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2003 (Sentencia núm. 89/2003) y 13 de diciembre de 1993 (Sentencia núm. 1188/1993, donde alegó también una ingratitud que no demuestra).

<sup>18</sup> En las Sentencias de Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1993 (Sentencia núm. 314/1993) se pretendió, sin demostrarlo, que la donación era en fraude de acreedores;

aunque fuese por causas procesales, también prevalecía la validez de la donación encubierta cuando el demandante no alegó su condición de heredero forzoso y el consiguiente perjuicio a su legítima, pues entonces el principio de congruencia impedía al Tribunal atender a esa causa de nulidad<sup>19</sup>.

En realidad, la única clara ruptura de ese esquema –suficiencia de la escritura de venta cuando no existía otra causa de invalidez, insuficiencia en caso contrario– venía dada por un grupo menor de Sentencias que, en casos en que la donación disimulada entrañaba un perjuicio a la legítima, entendían que no era procedente declarar la nulidad del negocio, sino sólo dejar la puerta abierta a la reducción de la donación por inoficiosa<sup>20</sup>. Con lo cual concurrían dos líneas jurisprudenciales, una antes citada, más numerosa, que entendía que la donación realizada en fraude a la legítima da lugar siempre a la nulidad –ya sea por ilicitud de la causa del negocio disimulado, según establece el artículo 1276, ya sea apoyándose en la interpretación formalista del 633–, con otra que sostenía que la donación encubierta realizada en perjuicio de legitimarios era válida y eficaz, pero estaba sometida a la acción de reducción de donaciones inoficiosas y a la obligación de colacionar. Por cierto, vale la pena apuntarlo, esa interpretación menos rigurosa de las consecuencias del fraude aparecía fundamentalmente –aunque no exclusivamente– cuando la donación no era pura y simple, sino remuneratoria: tal vez la presencia de esa causa remuneratoria, contemplada en el artículo 1274, excluía que se considerase el fraude a la legítima como finalidad del negocio, y lo salvaba así de ser considerado nulo por ilicitud causal<sup>21</sup>. Sea como fuere, el resultado de lo hasta ahora dicho es que, así como en todos los casos en

---

en las de 19 de noviembre de 1992, 22 de enero de 1991 y 16 de noviembre de 1956 (RJA 9417/1992, 306/1991 y 4115/1956, respectivamente) impugnaban la validez quienes querían ejercitar un retracto; en las de 30 de diciembre de 1998 (Sentencia núm. 1251/1998) y 17 de octubre de 1958 (RJA 3098/1958) demandó la nulidad un futuro legitimario, pero aún no había muerto el donante que habría de ser causante.

<sup>19</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2004 (Sentencia núm. 939/2004, en que parece, además, que no habría perjuicio alguno a la legítima) y 21 de enero de 1993 (RJA 481/1993).

<sup>20</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2004 (Sentencia núm. 394/2004), 30 de septiembre de 1995 (Sentencia núm. 832/1995, desgraciadamente, muy poco clara), 3 de mayo de 1995 (Sentencia núm. 405/1995), 14 de marzo de 1995 (Sentencia núm. 222/1995), 29 de noviembre de 1989 (RJA 7921/1989), 23 de septiembre de 1989 (RJA 6352/1989), 9 de mayo de 1988 (RJA 4048/1988), 31 de mayo de 1982 (RJA 2614/1982), 22 de marzo de 1961 (RJA 965/1961), 19 de enero de 1950 (RJA 29/50) y 10 de diciembre de 1904 (CL 1904-3, núm. 92). Las Sentencias que entienden en cambio que la donación con fraude de legítima tiene causa ilícita y procede por tanto su nulidad se refirieron ya en nota 9.

<sup>21</sup> De las Sentencias citadas en la nota anterior como representativas de esa línea, se refieren a supuestos de donación remuneratoria las de 14 de marzo de 1995, 29 de noviembre de 1989, 9 de mayo de 1988, 31 de mayo de 1982, 22 de marzo de 1961.

que el Tribunal Supremo declaró la nulidad de la donación por defecto de la escritura de venta para cubrir los requisitos de forma del artículo 633 concurría otra causa de nulidad o ineficacia, no todos los casos en que el Tribunal declaró la suficiencia de la escritura de venta están libres de tacha, pues unas veces el perjuicio a la legítima se enfocó como un problema de ilicitud causal, con la consiguiente nulidad, mientras que otras se afrontó como un problema de mera inoficiosidad. Dualidad de soluciones que también podría haberse dado en caso de fraude de acreedores, según se hubiese recurrido a la nulidad o a la pauliana<sup>22</sup>.

Para completar el cuadro de la situación existente antes de 2007 se debe sumar una serie de Sentencias en que, existiendo una escritura de compraventa que ocultaba una donación de inmueble, el Tribunal Supremo no apreció ni aptitud ni insuficiencia de esa escritura para cumplir los requisitos de forma del artículo 633: son todos aquellos casos en que se demandó la nulidad de la compraventa y la parte demandada no invocó en su momento la existencia de la donación disimulada, sino que se aferró a la validez de una compraventa cuya vaciedad quedó luego demostrada<sup>23</sup>. Exigiendo en general las normas procesales la alegación y demostración de

---

<sup>22</sup> La única Sentencia que aborda el problema de una donación disimulada en fraude de acreedores, la de 10 de diciembre de 1904 (CL 1904-3, núm. 92), no decretó la nulidad del negocio, sino su rescisión parcial para pago del acreedor. Pero bien podría pensarse que también podía haber abordado el problema como un supuesto de ilicitud causal por fraude de acreedores.

<sup>23</sup> A tal grupo pueden adscribirse las Sentencias de Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1996 (Sentencia núm. 414/1996, en una donación en claro fraude de legitimarios, pero en que nadie alegó la donación, sino que se sostuvo la compraventa), 24 de octubre de 1995 (Sentencia núm. 917/1995, en la que el Supremo casó la Sentencia de la Audiencia por haber incurrido en incongruencia al dar por existente una simulación relativa no alegada por nadie), 6 de octubre de 1994 y 11 de febrero de 1992 (RJA 7459/1994 y 974/1994, respectivamente, en las que la Sentencia funda la nulidad tanto en el fraude de legitimarios como en que la alegación de la donación es cuestión nueva), 7 de febrero de 1992, 22 de abril de 1991 y 22 de febrero de 1991 (RJA 839/1992, 3013/1991 y 1590/1991, en las que parece que no se alegó donación pues ésta era en fraude de acreedores, y por eso se sostuvo la realidad de la venta), 1 de octubre de 1990 (RJA 7462/1990), 2 de diciembre de 1988 (RJA 9292/1988, en la que un documento privado desdecía la realidad de la venta diciendo que el vendedor seguía siendo propietario), 1 de julio de 1988, 4 de abril de 1988, 24 de febrero de 1986 y 14 de diciembre de 1975 (RJA 5550/1988, 2648/1988, 935/1986 y 4451/1975, respectivamente: en las cuatro la donación se alegó tardía y extemporáneamente, a veces ya en la misma casación, y con frecuencia concurriendo otros problemas), 22 de febrero de 1940 (RJA 102/1940, en la que no se alegó donación, que en cualquier caso provenía de una relación entonces llamada *more uxorio*), y 3 de marzo de 1932 (RJA 941/1932-33, muy citada como iniciadora de la tesis formalista, pero en la que la posible donante no alegó siquiera donación, sino que se empeñó en sostener la realidad de la venta). Por más que en algunos de estos casos la argumentación sea muy cercana a la interpretación rigorista del 633 –así, por ejemplo, en las Sentencias de 6 de octubre de 1994 o 24 de febrero de 1986–, la realidad es que las causas de fondo para la nulidad son otras: la imposibilidad de apreciar la validez del negocio disimulado, por no haber sido alegado oportunamente por la demandada, y otra causa concurrente: en la primera Sentencia, fraude de legitimarios, en la segunda, existencia de una donación *mortis causa*, no admitida por nuestro ordenamiento.

los hechos y pretensiones por las partes (arts. 216 y 218 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil), y en particular las normas civiles la alegación y demostración de la simulación relativa (art. 1276 del Código Civil), es lógico que en tales casos el Tribunal Supremo no pudiera hacer otra cosa que declarar la nulidad del negocio simulado, sin estimar la validez de un negocio disimulado que no se invocó oportunamente.

Resumen de todo lo dicho es que, a mi juicio, no pueda hablarse para la jurisprudencia anterior a 2007 de una situación caótica o contradictoria, sino de una línea jurisprudencial consolidada partidaria de una interpretación flexible del artículo 633. Lo cual no significa, lógicamente, que dicha línea jurisprudencial esté exenta de críticas. De hecho, tal vez sea llegado el momento, una vez expuestas esas soluciones jurisprudenciales, de analizarlas de cerca desde un plano más doctrinal, exponiendo los pros y contras que pueden presentar cada una de ellas.

### 3. LAS DIVERSAS RESPUESTAS TEÓRICAS AL PROBLEMA

#### 3.1 LA VALIDEZ *A PRIORI* Y LA DEFENSA DEL PERJUDICADO MEDIANTE REMEDIOS ESPECÍFICOS

Yendo de una postura más flexible a otra más estricta, la primera solución al problema de la posible validez de una donación de inmueble disimulada en escritura pública de compraventa –o de otro negocio oneroso, aunque eso sea inusual– es la que he dicho que sostenía una línea jurisprudencial menor con anterioridad a 2007: entender que la escritura pública de compraventa cubre los requisitos de forma del artículo 633, y que, todo lo más, si existe un perjudicado por la donación, éste deberá acudir a los remedios específicos que el ordenamiento pone a su disposición: típicamente, la acción de reducción de donaciones inoficiosas en casos de perjuicio a la legítima, la acción pauliana en caso de fraude de acreedores, y la acción de impugnación de enajenaciones gratuitas, en caso de fraude al heredero fideicomisario. Si no existe un perjuicio contra tercero, sino un problema de voluntad del propio donante, como vimos en la jurisprudencia que sucedía en algunas ocasiones, éste no contará con otros remedios que los generales con que contaría si el negocio hubiese sido realizado sin simulación alguna: acción de nulidad por falta de consentimiento, dolo, etc. Al fin y al cabo, la clave de interpretación de esta tesis es que la escritura

pública cumple los requisitos del artículo 633 y, una vez levantada la simulación y descubierto el negocio disimulado, las partes se encontrarán con las mismas acciones con que se encontrarían si el negocio se hubiese realizado abierta y manifiestamente.

Este criterio favorable a la validez de la donación disimulada en escritura pública de compraventa fue el preponderante entre nuestros autores hasta mediados del siglo pasado, y fue sostenida hasta el final por autores de la talla de Lacruz y Vallet de Goytisolo<sup>24</sup>. Como ya he dicho, pervivió hasta 2007 en nuestra jurisprudencia. Entiende que la escritura pública exigida por el 633 no ha de ser una determinada y, llegado el caso, fuerza el argumento entendiendo que lo que el notario autorizó era realmente un contrato de donación<sup>25</sup>. A su favor actúa, preferentemente, el respeto a la voluntad del disponente en aquello que no sea contrario a la ley, y la consideración de que, con frecuencia, las causas para llevar a cabo un negocio relativamente simulado, y en concreto esta donación, no son el afán de defraudar, sino el interés lícito y atendible de no revelar a terceros los perfiles de las propias actuaciones<sup>26</sup>.

Pero en su contra pueden aducirse argumentos de gran peso. Así, como dijo don Federico de Castro, esta tesis fomenta en cierto modo la simulación y el fraude pues si «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 de modo eficaz», la tesis flexible recién expuesta «pudiera llevar a la conclusión de que, se descubra o no el artificio, la donación será siempre válida;

<sup>24</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, pp. 542; VALLET DE GOYTISOLO, «La donación de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 591 ss., 666 s.; vid. una relación de autores anteriores que sostuvieron la misma posición en *ibidem* pp. 662 ss.

<sup>25</sup> Así, frente a un recurrente en casación que alegaba la falta de escritura de donación en el negocio disimulado de donación de inmuebles, declaraba la Sentencia de Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1995 (Sentencia núm. 832/1995) que «si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio a que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente; yerra por tanto el recurrente, al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple aplicando lo que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación». En el mismo sentido las Sentencias de Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991 (RJA 306/1991), 23 de septiembre de 1989 (RJA 6352/1989), 9 de mayo de 1988 (RJA 4048/1988).

<sup>26</sup> Así, Fuenmayor, aunque se inclina por entender que la donación encubierta en escritura de compraventa que pretende defraudar los derechos de terceros incurre en ilicitud causal –tal y como expone la siguiente tesis que a continuación expondré–, admite que puede haber casos en que la finalidad de la simulación no tenga nada que ver con la ilicitud, como el de aquél donante que, respetando la legítima, quiera favorecer a un hijo evitando susceptibilidades en sus hermanos (FUENMAYOR CHAMPÍN, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948-1, pp. 46 ss., 57).

de modo que resultará aconsejable el uso de la simulación, ya que nada se perderá y mucho se puede ganar con su empleo»<sup>27</sup>. Pero es que, además, ese estímulo del fraude no se produciría sólo indirectamente, por falta de toda penalización a su empleo, sino por vía directa, tal y como recogió la varias veces citada Sentencia de 11 de enero de 2007 que condenó dicha tesis, pues «el criterio favorable a la validez de la donación disimulada propicia por sí mismo fraude a los acreedores y legitimarios del donante, en cuanto les impone la carga de litigar para que se descubra la simulación, a fin de que se revele el negocio disimulado, y una vez conseguido, combatirlo si perjudica a sus derechos (acción rescisoria) o para que sean respetados (acción de reducción de donaciones por inoficiosidad)». A lo que todavía se podría sumar un dato que, a mi parecer, estuvo muy presente en la mente de magistrados propulsores de la Sentencia recién citada, en la que la donación escondía un claro fraude de acreedores que las sentencias de instancia no apreciaron por dar por prescrita la acción: que las acciones específicas de protección de acreedores y legitimarios pueden tener un demasiado breve plazo de prescripción o caducidad —cuatro años de caducidad de la pauliana, según el artículo 1299.

### 3.2 LA VALIDEZ A *PRIORI* Y EL REMEDIO GENERAL DE LA CAUSA ILÍCITA

Como vimos antes, a salvo la línea jurisprudencial menor partidaria de la tesis recién expuesta, era ésta la postura que parecía uniformemente sostenida por la jurisprudencia con anterioridad a 2007<sup>28</sup>. En síntesis, parte también de la suficiencia de la escritura pública de venta para cubrir los requisitos de forma del artículo 633, entendiendo como la anterior que nos encontraremos ante un supuesto de simulación relativa admitida a la luz del artículo 1276

<sup>27</sup> Así, DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, p. 1003. Igualmente, POVEDA BERNAL, *Relajación formal de la donación*, Madrid, 2004, p. 148.

<sup>28</sup> Entre la jurisprudencia, insisten explícitamente en el ilicitud causal de la donación disimulada realizada en fraude de terceros las Sentencias de Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007), 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005), 23 de octubre de 2002 (Sentencia núm. 984/2002), 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001), 4 de mayo de 1998 (Sentencia núm. 390/1998), 20 de diciembre de 1996 (Sentencia núm. 1089/1996), 5 de mayo de 1995 (Sentencia núm. 397/1995), 11 de diciembre de 1986 (RJA 7432/1986), 20 de diciembre de 1985 (RJA 6604/1985), 10 de marzo de 1978 (RJA 811/1978), 20 de octubre de 1961 (RJA 3607/1961), 7 de octubre de 1958 (RJA 3406/1958), 23 de junio de 1953 (RJA 1992/1953), 13 de febrero de 1951 (RJA 251/1951), 24 de marzo de 1950 (RJA 711/1950), 12 de julio de 1941 (RJA 912/1941). En la doctrina, Fuenmayor Champín, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948-1, pp. 46 ss., 56 s.

del Código Civil. Pero el rasgo característico de esta tesis es que sostiene que, cuando por medio de donación encubierta se ha pretendido defraudar los derechos de un tercero –legitimarios, acreedores, fideicomisarios–, el propio negocio disimulado de donación incurre en ilicitud causal, procediendo por tanto la declaración de nulidad sin salvación de elemento alguno.

Esta tesis comparte los aciertos con la anteriormente descrita: el respeto a la voluntad del disponente en lo que no sea contrario a la ley y la consideración de que, en numerosos casos, la finalidad del encubrimiento no es defraudar a terceros. Evita además algunos de sus problemas, salvando el reproche que dirigió de Castro a aquella tesis, pues no puede ya decirse que descubierto el artificio y la finalidad defraudatoria el resultado sea el mismo que si la donación se hubiese realizado sin encubrimiento alguno: ahora la donación entera resultará nula, y no simplemente impugnabile o reducible en lo que perjudique al tercero. Se introduce por tanto un claro elemento penalizador del fraude. Y además, la imprescriptibilidad de la acción de nulidad por ilicitud causal evita que el transcurso del tiempo –lógicamente, más largo cuando ha de descubrirse un fraude que cuando el perjuicio se realizó manifiestamente– pueda frustrar el derecho de los terceros perjudicados.

Con todo, sigue quedando un argumento de mucho peso en contra de esta interpretación, el que ya recogió la Sentencia de 11 de enero de 2007: que su acogimiento impone al perjudicado una doble carga, en cuanto que primero tendrá que litigar y probar la simulación y, una vez conseguido, combatir el negocio disimulado como perjudicial para sus derechos. A lo que hay que sumar que presenta un grave problema de construcción teórica, precisamente el que hizo que Vallet y Lacruz no se inclinasen por ella: dado que la tesis parte de que el negocio simulado de compraventa es meramente aparente, y lo realmente querido es una donación disimulada, no se sabe en qué se funda la reiterada afirmación de la jurisprudencia de que la donación encubierta en perjuicio de terceros incurre en causa ilícita mientras que la realizada sin encubrimiento alguno se tiene por válida pero sometida a reducción o impugnación<sup>29</sup>. Si el problema es de simulación relativa, descubierto el negocio disimulado, sus consecuencias habrán de ser las mismas que si se hubiese realizado manifiestamente, sin que quepa distinguir las consecuencias en cuanto a la licitud de la causa por el hecho del encubrimiento<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Vid, entre las últimas Sentencias que sostuvieron este punto de vista, las de 20 de junio de 2007 y 23 de octubre de 2002.

<sup>30</sup> Como dice Vallet «destruido el artificio simulado y descubierto el negocio disimulado, también queda destruido el fraude, puesto que cara a cara de la Ley queda el

### 3.3 LA EXIGENCIA EN TODO CASO DE UNA ESCRITURA PÚBLICA DE DONACIÓN

Se trata de la postura acogida por nuestra jurisprudencia desde 2007 y alentada ya antes por muchos autores. Su propulsor fundamental fue el profesor de Castro, hasta el punto de que puede decirse que su toma de posición originó un giro en la doctrina mayoritaria hasta ese momento<sup>31</sup>.

La tesis, como es bien sabido, sostiene simple y llanamente que la escritura pública exigida por el artículo 633 ha de ser ella misma de donación. En consecuencia, cualquier intento de prescindir de esa específica escritura estará condenado al fracaso, en cuanto que producirá la nulidad del negocio mismo por falta de forma. Y esto, con independencia de quién sea el tercero que solicite la nulidad – legítimo, acreedor defraudado, heredero voluntario o abintestato, donante mismo– y de cuál sea la entidad del perjuicio causado. La nulidad se impone aquí como un resultado *a priori*, que evita una ponderación de las circunstancias del caso.

La tesis presenta una serie de ventajas claras: no es la menor la homogeneidad que provoca en todos los casos enjuiciados, pues las soluciones serán siempre idénticas con independencia de los hechos. Desincentiva completamente el fraude, incluso el fiscal, pues las partes del negocio saben que éste perderá cualquier eficacia tan pronto un tercero demuestre su carácter encubierto. Además, y esto es muy importante, elude el problema que compartían las dos tesis anteriores, en cuanto que evita al perjudicado por la donación encubierta una doble carga probatoria, primero referida a la simulación, y luego al perjuicio. Aquí, la propia prueba de la simulación entraña la declaración de nulidad del negocio. Y, lógicamente, impide que el transcurso del tiempo pueda llevar consigo la convalidación del negocio por prescripción o caducidad de las acciones para impugnarlo.

Pero frente a todas esas ventajas se sitúan unas desventajas que ya fueron aludidas en otro momento. Así, esta postura implica acoger las pretensiones de nulidad del negocio planteadas por personas que difícilmente pueden considerarse, a la vista de los intereses

---

negocio disimulado al que directamente puede aplicársele ésta. En él no hay fraude, el fraude se intentó con la simulación que ha sido descubierta y consiguientemente destruida» (VALLET DE GOYTISOLO, «La donación de bienes inmuebles...», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, p. 666). De forma parecida, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, p. 544.

<sup>31</sup> Su trabajo básico en esta materia ya se indicó antes: «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003 ss.; vid. también *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 353 ss.

en juego, como mercedoras de esa protección, como es el heredero voluntario o abintestato, que puede aprovecharla para obtener, mediante la nulidad del negocio emprendido por su causante, un aumento del caudal relicto. Ciertamente, resulta lógico que eso lo pueda hacer un legitimario, al menos en cuanto que la donación perjudique su legítima. Pero no parece del todo congruente que impugne el negocio el heredero no legitimario, pues, como ha dicho Díez-Picazo resumiendo el parecer de la jurisprudencia «a nadie es lícito desconocer la eficacia de los actos realizados por su causante», y el heredero voluntario o abintestato, como sucesor universal, no cuenta con una legitimación externa para oponerse a los actos realizados por aquél<sup>32</sup>. Y, además, no se trata sólo de la impugnación por el heredero no legitimario, sino que vimos también que esta tesis da lugar a la posibilidad de impugnar por el propio donante al que, de este modo, se le atribuiría un derecho de revocación ilimitado, con el abuso que frente al donatario puede llevar consigo que impugne la donación el mismo que, con su actuación, contribuyó a crear la causa de nulidad que luego alega.

### 3.4 LA DIFÍCIL ELECCIÓN DE LA VÍA ADECUADA

A la vista de lo dicho, parece claro que ninguna de las posiciones expuestas, tampoco la actualmente en vigor en nuestra jurisprudencia, responde satisfactoriamente a la pluralidad de puntos de vista e intereses en juego que conviene integrar en la solución. La primera tesis tiene un particular respeto por la voluntad del disponente, pero estimula el fraude con su pasividad en su represión, y carga al perjudicado con una doble exigencia de litigar y probar simulación y fraude que resulta a todas luces excesiva. La segunda soluciona algunas de estas cuestiones, pero mantiene el problema de la grave carga de prueba que impone al perjudicado. Mientras que la tercera, claramente restrictiva en ese punto, lleva consigo el grave efecto de proteger a quien, como el heredero voluntario o el propio donante, no parece merecer tal protección.

En esta situación, no es fácil tomar ninguna opción. De antemano hay que decir que, cualquiera que se tome, debe ser muy ponderada, y tener muy en cuenta el giro jurisprudencial de 2007, pues los cambios de criterio siempre se han revelado muy peligrosos en materia judicial. Pero el elemento fundamental a la hora de decidir entre las teorías expuestas habrá de ser el propio artículo 633 del Código Civil, pues la elección entre las diversas soluciones en liza

<sup>32</sup> Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, p. 232.

deberá hacerse en función de cuál de ellas sea la más congruente con dicho artículo. Se impone, por tanto, realizar un análisis de la citada norma y sus fundamentos, para determinar luego qué solución es la más coherente con el sistema diseñado por el Código Civil.

#### 4. **EL ARTÍCULO 633 Y LOS FUNDAMENTOS DE LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA EN LA DONACIÓN DE INMUEBLES**

##### 4.1 LA AMBIVALENCIA DEL ARTÍCULO 633 Y LOS ESCASOS RESULTADOS DE LA INTERPRETACIÓN GRAMATICAL Y SOCIOLÓGICA

A la hora de interpretar el artículo 633 del Código Civil, parece obligado acudir a los criterios previstos por el artículo 3.1 del propio texto legal: las comúnmente llamadas interpretación gramatical, sociológica, histórica y teleológica.

A mi juicio, el texto del artículo 633 no responde en modo alguno a la pregunta de si la escritura pública exigida para la donación de inmueble ha de ser propiamente de donación, o basta otra escritura que sirva para encubrir ese acto dispositivo. Podría decirse que la norma trasciende esa cuestión, que ni siquiera parece plantearse. El artículo se limita a imponer la forma de escritura pública para la donación de inmueble, y presupone en cierto modo que esa escritura será efectivamente de donación. Pero ni prevé ni excluye la suficiencia o insuficiencia de otra escritura pública: su texto, como no podía ser de otra manera, está pensado para el supuesto ordinario, y no para el anómalo de la simulación. Su frase primera, ciertamente, apoyará más la suficiencia de la escritura pública simulada, pues no adjetiva el tipo de escritura pública exigido –y a salvo el problema de la necesidad de expresar la posible existencia de cargas–, mientras que el párrafo segundo, al hablar de «escritura pública de donación» puede dar más apoyo a una interpretación más estricta. Pero creo que hay que aceptar que el problema con el que nos enfrentamos no está resuelto en el propio texto del artículo.

Si la interpretación gramatical del artículo no sirve para alumbrar la cuestión, creo que tampoco la sociológica será determinante. Aunque excede plenamente de la metodología y fines de este trabajo, no me parece excesivamente atrevido afirmar que la reprobación de las conductas fraudulentas es un valor que ha ido ganando creciente peso en nuestra sociedad en los últimos años y que la

interpretación formalista del 633, en cuanto dificulta el empleo de medios defraudatorios indirectos, parece especialmente conforme con esa actitud; pero el argumento no me parece concluyente, más aún si se tiene en cuenta que la libertad es valor supremo de nuestro sistema, y que la reprensión del fraude cuenta con sus instrumentos propios en las interpretaciones más flexibles del artículo en cuestión —causa ilícita, acciones de defensa de acreedores y legitimarios.

Si de la interpretación gramatical y sociológica del artículo 633 no se deduce ningún resultado decisivo para resolver el problema planteado, parece necesario acudir a los criterios histórico y teleológico. Este último si puede arrojar un dato determinante. En efecto, aunque la cuestión no ha sido en exceso tratada, no puede desconocerse que los partidarios de la aptitud de la escritura pública de venta a efectos del 633 entienden que la función de ésta es sólo asegurar la libertad y reflexión del donante en el acto dispositivo, concluyendo de ahí que cualquier escritura pública sirve a dichos fines, pues será el hecho mismo de comparecer ante notario el que asegura la seriedad del disponente. Mientras que los que niegan la suficiencia de cualquier tipo de escritura para cubrir las exigencias del 633, lo hacen por entender que la escritura cumple una segunda finalidad, a saber, proteger a los terceros alertándoles de las enajenaciones gratuitas del disponente; función que sólo podrá cumplirse si la escritura pública es de donación, pues la constancia de una simulada disposición onerosa no les prevendría contra el posible riesgo de perjuicio a su derecho<sup>33</sup>. En consecuencia, parece necesario rastrear en los antecedentes inmediatos del Código cuáles fueron los motivos que llevaron a sus redactores a exigir la forma de escritura pública en la donación de inmuebles. Pues, según pretendieran una finalidad u otra, podremos decidir qué tesis ha de ser acogida en nuestro ordenamiento.

#### 4.2 LA FUNCIÓN DE LA ESCRITURA PÚBLICA A LA LUZ DE SUS ANTECEDENTES

La realidad es que, desde el siglo XVIII, parece claro que las finalidades de autores y legislador al exigir la forma de escritura pública en la donación de inmuebles es doble: tanto asegurar la libertad y

---

<sup>33</sup> Pueden verse estos dos modos de argumentación, respectivamente, en VALLET DE GOYTISOLO, «La donación de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, p. 609; y DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, p. 1005. También éste último en *El negocio jurídico*, p. 354.

seriedad del donante al realizar un acto de disposición gratuito de carácter irrevocable, como la necesidad de proteger a los terceros, titulares de derechos actuales o futuros sobre ese patrimonio –acreedores, fideicomisarios, legitimarios–, frente a la conducta del disponente que se desprende gratuitamente de sus bienes. Así, José Febreiro, refiriéndose al requisito de documentación fijado por Partidas 5.4.9 para las donaciones que excedan de cierta cuantía, declara que se impone «para que donación tan excesiva sea hecha con mayor deliberación, y conocimiento, y se eviten fraudes»<sup>34</sup>. Y si bien hay autores que sólo insisten en una de estas funciones, como Asso y de Manuel, que juzgan que la finalidad de la escritura es evitar los perjuicios de los hijos, o Juan Sala, que en cambio sólo menciona el riesgo de falta de reflexión del disponente, la realidad es que el Proyecto de 1851 parece acoger ambas funciones, pues García Goyena, comentando la exigencia de escritura pública del artículo 946, precedente inmediato al 633, declara que «las donaciones son muchas veces obra de la sugestión, de la sorpresa y asechanza; otras veces se hacen para defraudar los derechos de un tercero, *clandestinis ac domesticis fraudibus*, ley 21, título 54, libro 8 del Código: además, la presunción de donar es resistida por derecho, y debe constar claramente la voluntad expresa de hacerlo; la escritura pública aleja, al menos en parte, estos inconvenientes»<sup>35</sup>. Es más, puede decirse incluso que la finalidad de evitar los fraudes a terceros fue la que más pesó en el definitivo 633 del Código, ya que, aunque el artículo es trasunto casi literal del citado 946 del Proyecto, lo cierto es que en la base 26 de la Ley de Bases de 1888 sólo se insistió en la necesidad de instrumentar en el Código «cuanto tienda a evitar los perjuicios que de las donaciones pudieran seguirse a los hijos del donante, o a sus legítimos acreedores o a los derechos de tercero».

Si admitidos, como parece coherente, que la finalidad de la escritura pública es tanto certificar la libertad y reflexión del donante, como prevenir el posible fraude de terceros, hay que entender que dichas finalidades plantean diversas exigencias en cuanto a la escritura pública. La función de evitar actos de irreflexiva generosidad puede cumplirla cualquier escritura pública, también la que no es de donación: lo fundamental para este fin es la reflexión que impone el hecho de acudir ante notario, en la medida que su presencia impide la precipitación en la realización del acto.

<sup>34</sup> FEBREIRO, *Librería de Escribanos*, parte primera, tomo primero, Madrid, 1789 (facsimilar, Madrid, 1991), p. 377.

<sup>35</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I-II, Barcelona, 1973, p. 292. Vid. también JORDÁN DE ASSO/DE MANUEL, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805, p. 165; Juan SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, II, Coruña, 1837 (reimpr. Pamplona, 2002), p. 37.

Desde este punto de vista, no existe, por tanto, problema alguno en que la donación se instrumente en escritura pública de venta.

En cambio, la finalidad de protección de terceros titulares de un derecho actual o expectante sobre el patrimonio del donante sólo la realiza la escritura pública de donación, y no otra de un negocio oneroso. En sí, y salvo que se hagan precisamente en la modalidad de *negotium mixtum cum donatione* –y entonces, precisamente, por ese elemento de liberalidad–, los negocios realizados a título oneroso no perjudican a esos terceros, pues en ellos la existencia de una contraprestación impide el perjuicio mismo. En consecuencia, la constancia de un negocio simulado oneroso sobre un inmueble –advertida, típicamente, a través de su inscripción en el Registro–, no alertará a legitimarios, acreedores o fideicomisarios del menoscabo sufrido por su derecho: sólo la constancia manifiesta de que el negocio dispositivo es una donación les pondrá sobre aviso para emplear las oportunas acciones de impugnación del acto lesivo.

Por tanto, podemos ahora suscribir con seguridad la tesis de que la donación de inmueble, para su validez, requiere escritura pública de donación, sin que ésta pueda ser suplida por una de compraventa. Sólo la escritura pública de donación cumple las dos funciones atribuidas a dicha forma, a saber, asegurar la reflexión del donante y advertir a los legitimarios, acreedores insatisfechos y fideicomisarios del posible perjuicio de su derecho. Una escritura de venta cumpliría ciertamente la primera función, pero no protegería la posición de los mencionados terceros, y debe por tanto rechazarse como insuficiente a efectos del artículo 633.

Sin embargo, lo dicho no significa que haya que aceptar todos los resultados que del giro jurisprudencial de 2007 se han deducido, precisamente porque se ha de distinguir según la escritura pública de venta haya cumplido o no, respecto al sujeto que impugna, la función para el que la previó el legislador. Dado que la escritura pública de venta no cumple la finalidad de proteger a los terceros titulares de derechos actuales o en expectativa sobre el patrimonio del donante, es lógico que éstos puedan, en todo caso, obtener la nulidad del negocio de donación encubierto en ella; esa escritura no cumple la función protectora para la que la previó el legislador y su empleo mismo resulta perjudicial para legitimarios, fideicomisarios y acreedores insatisfechos.

En cambio, la situación cambia cuando el que impugna el negocio disimulado es el propio donante o su heredero no legitimario. Aquí la escritura pública de compraventa, lo hemos visto, ha cumplido su función de imponer una cierta reflexión y seriedad en la decisión de donar. El hecho de que la escritura hubiese sido de

donación no hubiese aumentado su consciencia de la gravedad patrimonial del acto. En consecuencia, parece un tanto abusivo que el donante o su heredero voluntario o abintestato aprovechen el defecto de escritura pública de donación, exigida para proteger a los terceros, para basar una pretensión de nulidad, siendo así que su posición no sufrió detrimento alguno por ese motivo. Y sin embargo a esta solución se ha visto abocado con relativa frecuencia el Tribunal Supremo a partir de 2007, en virtud de su adopción del criterio de que la donación encubierta en escritura pública de compraventa no cumple en general los requisitos de forma del artículo 633<sup>36</sup>.

Se impone, por tanto, hacer una tentativa de evitar esos resultados excesivos, de forma que la escritura pública de venta simulada, en cuanto suficiente para cumplir la finalidad buscada por la norma en relación con los herederos voluntarios o el donante, no pueda ser impugnada por éstos, mientras que lo pueda ser siempre por parte de legitimarios, acreedores insatisfechos o fideicomisarios. Pero previamente, y antes de realizar ese intento, conviene llevar a cabo un par de aclaraciones, la primera referida a la posición del heredero voluntario o abintestato, y la segunda a la posición del legitimario.

En cuanto al heredero no legitimario, conviene tener en cuenta que lo inapropiado de concederle un derecho a impugnar los actos realizados por su causante más allá del que éste tendría se basa en la idea de sucesión a título universal, en virtud de la cual el heredero subentra en la generalidad de relaciones jurídicas del causante sin alterar su condición: los actos del causante devienen ahora actos propios suyos (arts. 1218 y 1257). Ciertamente, como ha dicho el Tribunal Supremo, es técnicamente incorrecta la idea de que el heredero es «continuador de la personalidad del causante», pues la personalidad se extingue con el fallecimiento; pero sí es verdad que el heredero ocupa la misma posición que su causante, sin que del hecho mismo de la sucesión se derive una ampliación de las facultades que a aquél correspondían<sup>37</sup>.

Y en cuanto al heredero forzoso, me parece necesario rechazar las declaraciones de alguna jurisprudencia anterior a 2007 de que

---

<sup>36</sup> Como ya se dijo en el epígrafe primero, el Tribunal Supremo, a partir de la admisión de la tesis formalista en 2007, ha declarado a instancias del propio donante la nulidad de la donación encubierta en las Sentencias de 17 de octubre de 2008 y 3 de febrero de 2010. Y ha apreciado, en favor de herederos voluntarios o abintestato, la nulidad de la donación encubierta en las Sentencias de 26 de febrero de 2007, 30 de abril de 2012, 5 de noviembre de 2012 y 16 de enero de 2013.

<sup>37</sup> Vid, al respecto, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988, pp. 21 ss. y 104 ss.; en la doctrina alemana más reciente, y en perspectiva histórica, ha subrayado este punto de vista WACKE, «Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsfortsetzung? – Personelle Identifikation mit dem Verstorbenen oder Rollenverschiedenheit von Nachlassinhaber und Erben. Rechtsgeschäftliche Abwicklung versus Konfusion», *SZ (RA)*, 123 (2006), pp. 197 ss.

la donación encubierta no le perjudica cuando, por su cuantía, puede ser imputada al tercio de libre disposición<sup>38</sup>. A mi juicio, la donación oculta, aun cuando quepa en el tercio libre, le es siempre perjudicial al legitimario, no sólo porque la realizada a otro heredero forzoso, y salvo que el donante hubiese declarado lo contrario – supuesto harto extraño en un negocio disimulado –, debiera colacionarse a efectos de legítimas, sino porque reduce el patrimonio sobre el que se calcula la legítima misma (art. 818), abriendo por tanto la posibilidad a perjudicar su derecho. En consecuencia, siendo una de las funciones de la escritura pública proteger a legitimarios, acreedores insatisfechos y fideicomisarios, y siendo siempre necesario para su protección que la escritura pública lo sea efectivamente de donación, es consecuente con la finalidad de la norma apreciar la nulidad del negocio disimulado por el hecho mismo de que haya prescindido de la forma prevista.

## 5. DOS TENTATIVAS DE LIMITAR LA IMPUGNACIÓN DE LA DONACIÓN ENCUBIERTA

La conveniencia de restringir la posible impugnación de la donación encubierta en escritura pública de compraventa ha sido una necesidad sentida también por la doctrina y la jurisprudencia, que han ensayado algunas vías en busca de ese objetivo. Un primer camino, transitado sobre todo por cierta jurisprudencia anterior a 2007, apuntaba a la falta de legitimación del heredero voluntario para impugnar un negocio relativamente simulado. Otro, más cercano a la doctrina, ha señalado la posible aplicación de la doctrina de los actos propios. Conviene empezar estudiándolos para ver en qué medida pueden ser vías apropiadas para conseguir ese objetivo.

### 5.1 LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL DONANTE, HEREDERO VOLUNTARIO O ABINTESTATO PARA INVOCAR LA SIMULACIÓN RELATIVA

Existe, en la jurisprudencia anterior a 2007, una línea jurisprudencial consolidada que venía sosteniendo que el heredero voluntario o abintestato carecía de legitimación para impugnar la dona-

---

<sup>38</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1966 (RJA 4721/1966) y, en cuanto al fondo, 29 enero de 1945 (no figura en el RJA, y no me ha sido accesible la Colección Legislativa; pero la transcribe VALLET, en el artículo ya citado de «Estudios sobre donaciones», pp. 621 ss.).

ción disimulada en escritura pública de venta, ya que ellos eran meros continuadores de la posición de su causante, al que tampoco correspondía esa facultad impugnatoria<sup>39</sup>. Entendían estas Sentencias que uno de los rasgos que precisamente diferenciaban la posición de los herederos legitimarios de la de los voluntarios o abintestato era que los primeros estaban legitimados para impugnar tanto por simulación absoluta como relativa los actos de su causante, mientras que los segundos carecían de la facultad de invocar la simulación relativa. Y de ahí deducían que, configurada la donación encubierta como una anomalía contractual encuadrable dentro de la simulación relativa, el causante y sus herederos no legitimarios no se hallaban facultados para invocar la falta de forma del negocio disimulado, pues ni siquiera podían denunciar la simulación misma<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002), 24 de octubre de 1995 (Sentencia núm. 917/1995, aunque luego no acepta esa aplicación concreta, por entender que la donación nunca fue invocada por la demandada, y se incurriría por tanto en incongruencia), 10 de octubre de 1989 (RJA 6905/1989), 14 de noviembre de 1986 (RJA 6392/1986), 7 de marzo de 1980 (RJA 845/1980), 16 de octubre de 1965 (RJA 4467/1965), 21 de marzo de 1964 (RJA 1689/1964), 26 de octubre de 1962 (RJA 4075/1962), 3 de abril de 1962 (RJA 1847/1962), 24 de abril de 1961 (RJA 2564/1961) y 30 de junio de 1944 (RJA 959/1944).

<sup>40</sup> Particularmente expresivas de la diferenciación de la posición del heredero legitimario de la del heredero voluntario o abintestato y de su causante pueden ser las siguientes palabras de la Sentencia de Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1995: «En efecto, la jurisprudencia de esta Sala ha distinguido a los fines de reconocer legitimación (otras veces dice “acción”, concepto equivalente según la teoría abstracta o concreta en que se profese del derecho de accionar) entre la que tienen los herederos legitimarios y la que corresponde a los herederos voluntarios, o simplemente *ab intestato*. Mantiene así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 abril 1962 que la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 enero 1950, que como resulta de lo declarado en Sentencias de 11 octubre 1943 y 12 abril 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuando por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador, sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni siquiera de disminuirlos, y en tal supuesto su condición jurídica no es, como sostiene la doctrina más autorizada, la de un continuador de la personalidad jurídica del *de cuius*, sino que se asimila en ese aspecto a la de los terceros interesados en la impugnación, distinción razonable conforme al Derecho y a la equidad, que legitima al heredero forzoso para el ejercicio de la acción impugnatoria, con independencia del vínculo que para los demás efectos le ligue con el causante de la sucesión. En lo que concierne al heredero voluntario puede impugnar los actos de simulación absoluta [...]. Que los herederos voluntarios no vienen legitimados para la impugnación de la simulación relativa por no existir este derecho a su causante, según resulta del artículo 1302 del Código Civil y por consiguiente no habérseles podido transmitir *mortis causa*, y en este sentido debe entenderse la Sentencia de esta Sala de 30 junio 1944 en que se declara que para el ejercicio eficaz de la acción de simulación de contratos, no basta justificar que el negocio en litigio se ha efectuado de modo aparente, con ausencia real de los requisitos esenciales del contrato, sino que es preciso, además, que quien procesalmente con dicha finalidad tenga un interés jurídico tutelable por el órgano jurisprudencial, esto es, que ese titular de un derecho subjetivo o de una situación jurídica que el negocio simulado vulnera o amenaza, no siendo parte legítima en los autos el heredero voluntario, por falta de interés jurídico para

La tesis así expuesta ha sido abandonada al producirse el giro jurisprudencial del año 2007, y ya vimos en el epígrafe primero como la jurisprudencia actual admite la legitimación tanto del heredero voluntario o abintestato, como del forzoso o del propio causante, para invocar la nulidad por falta de forma de la donación encubierta. Pero lo cierto es que, con independencia de la asunción por nuestra jurisprudencia de la tesis formalista, la doctrina recién reseñada, pese a su bien intencionada voluntad de rechazar el defecto de escritura pública de donación alegado por el propio donante o su heredero no legitimario, resultaba difícilmente sostenible. Fundamentalmente, porque no es en absoluto cierto que las partes de un negocio relativamente simulado y sus herederos no legitimarios no estén facultados para invocar la simulación relativa de éste, pues son numerosas las Sentencias del Tribunal Supremo que, en otros casos, han atendido a esa alegación: típicamente, para evitar el posible retracto pretendido por unos terceros a la vista del negocio de compraventa aparente<sup>41</sup>. También muy ilustrativa, y demostrativa de lo erróneo de la citada opinión, es la Sentencia de Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1987, que atendió la demanda de un donante para que se declarase la simulación relativa de una donación encubierta en escritura pública de venta y se procediese a revocar ésta por ingratitud. Pero es que, además, sostener la citada tesis ha llevado a veces al Tribunal Supremo a convalidar unos resultados totalmente excesivos, como es que el fingido vendedor y verdadero donatario y sus herederos voluntarios y abintestato no puedan tampoco alegar el defecto de forma aun cuando éste se refiera a la inexistencia misma de escritura pública: al rechazarse que ellos puedan invocar la simulación relativa del negocio, se rechaza que se examine cualquier posible defecto de la donación disimulada, incluso el hecho de que se haya realizado en documento privado

---

accionar sobre simulación de venta de bienes de la exclusiva propiedad de la causante que ésta transmitió por acto real de libertad encubierto con causa onerosa de compraventa, pues lo que la ley tutela no es la mera conveniencia, sino el derecho actual del accionante, que necesita ser definido frente al acto simulado que lo lesiona, y es manifiesto que en el caso no hay posibilidad de lesión de ningún derecho del actor, porque no teniendo aquélla herederos forzosos, ninguna otra restricción en la facultad dispositiva, pudo transmitir libremente la propiedad de sus bienes por acto oneroso o lucrativo *inter vivos* o *mortis causa* y, la posición jurídica de su hermano, como heredero voluntario, no le atribuye otro derecho que el comprometido en el marco de su institución, que le impone acatamiento a la voluntad real y verdadera de enajenar que tuvo la causante, siquiera fuera por acto de liberalidad disfrazada con causa onerosa en las escrituras de compraventa y en su propio testamento».

<sup>41</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2013 (Sentencia núm. 86/2013), 19 de noviembre de 1992 (Sentencia núm. 1045/92), 22 de enero de 1991 (RJA 306/1992), 1 de junio de 1982 (RJA 3400/1982) ó 16 de noviembre de 1956 (RJA 4115/1956).

(Sentencias Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 1986 y 21 de marzo de 1964).

En fin, a la vista de lo expuesto, no cabe sino rechazar esta tentativa de limitar la legitimación del donante y sus herederos voluntarios o abintestato para impugnar la donación disimulada<sup>42</sup>. Ciertamente contiene varias intuiciones correctas; pero cualquier intento que se realice en esta dirección no debe pretender limitar la invocación de la simulación, sino apuntar directamente a la suficiencia de la escritura pública de venta para cumplir las finalidades que se le exigen en relación al donante y sus herederos voluntarios.

## 5.2 LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS PROPIOS ACTOS

Otra línea argumental que se ha insinuado en el intento de limitar la posibilidad de que el donante y sus herederos voluntarios impugnen la donación encubierta en escritura de compraventa es la que se acoge a la prohibición de venir contra los propios actos. Como es bien sabido, esta doctrina rechaza el ejercicio de un derecho por quien previamente haya observado una conducta relevante objetivamente contradictoria o incompatible con el derecho que ahora pretende ejercitar. Conforme con lo dicho, y según se ha sugerido a veces, podría incidir en la prohibición, y habría por tanto de rechazarse, el ejercicio de la acción de impugnación de una donación encubierta realizado por el propio donante o su heredero apoyándose en el defecto de forma en el que aquél incurrió. Problema que no se suscitara en caso de ejercicio de la acción de impugnación por el heredero legitimario porque éste ocupa una posición de tercero, titular como heredero forzoso de un derecho propio, frente a los actos de su causante<sup>43</sup>.

La posibilidad de que la alegación de nulidad por defecto de forma en la donación encubierta pueda incurrir en la prohibición del *venire contra factum proprium* ha sido apuntada por algunos

<sup>42</sup> Advierten igualmente estos problemas, VALLET DE GOYTISOLO («La donación de bienes inmuebles...», en Estudios sobre donaciones, Madrid, 1978, pp. 670 ss.), DÍAZ ALABART («La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias, y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, pp. 1101 ss., 1110 ss.) y DURÁN RIVACOBA (*Donación de inmuebles – Forma y simulación*, Pamplona, 2003, pp. 234 ss.).

<sup>43</sup> La distinción entre la posición de los herederos del causante, como vinculados por la conducta de éste, y la posición de los legitimarios, terceros a estos efectos, ha sido desarrollada en particular por DÍEZ-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 232 ss.

autores y alguna aislada sentencia, aunque como argumento más bien coadyuvante y sin excesiva convicción<sup>44</sup>. La realidad es que dicha alegación, pese a lo justificado del propósito, tampoco supera un juicio de corrección técnica. Los autores que se han ocupado de delinear la doctrina de los propios actos han puesto de relieve que requisito ineludible para poder aplicarla es la validez y eficacia de los actos frente a los que se alega la posterior contradicción<sup>45</sup>. En consecuencia, dada la nulidad por defecto de forma de la donación disimulada en escritura de venta, la jurisprudencia que se ha enfrentado específicamente con el problema no ha podido sino rechazar que la conducta de quien impugna esa donación incurra en prohibición de venir contra los propios actos<sup>46</sup>. Únicamente en los limitados supuestos en que la contradicción de la impugnación no se plantea con la donación misma, sino con los actos de confirmación y cumplimiento posterior, sería posible aplicar la mencionada doctrina.

## 6. ALGUNOS RESULTADOS INTERMEDIOS

De todo lo dicho creo que se pueden sacar algunas conclusiones. Por una parte, que dentro de las tres tesis que en su momento expuse como aparentemente posibles para afrontar el problema de la donación encubierta en escritura de venta –validez *a priori* con aplicación de remedios específicos, validez *a priori* salvo apreciación de ilicitud causal, nulidad por defecto de forma–, esta última es la que responde plenamente a las finalidades de protección de donante y de terceros para las que se previó la escritura. Por otra, y

<sup>44</sup> En la doctrina, ALBALADEJO, gran propulsor por otra parte de la interpretación formalista del 633 («Comentario a los artículos 632 y 633», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2, Madrid, 1986, pp. 200 s.). También, con reservas, ASÚA GONZÁLEZ («Comentario a la STS 14 de marzo de 1995», en *CCJC*, 38, 1995-2, pp. 811 ss., 819) y ATAZ LÓPEZ, aplicándolo a la falta de forma de la aceptación («Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, pp. 111 ss., 136 ss.). En la jurisprudencia se cita a veces la Sentencia de 23 de mayo de 1987 (RJA 3557/1987), pero que se refiere a lo que conceptúa como renta vitalicia de constitución gratuita, y no a una donación. Apunta también en esta línea, sin ampararla, la Sentencia de Tribunal Supremo de 16 de enero de 2013, que ya se citó en nota 5 respecto a esta cuestión.

<sup>45</sup> SANTAMARÍA ANSA, «Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante», *RDP*, 1961, pp. 269 ss., 276; Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963, pp. 201 ss. También, PUIG BRUTAU, *Estudios de Derecho comparado – La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951, pp. 128 s.

<sup>46</sup> Así, Sentencias de Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1993 (Sentencia núm. 457/1993), 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002), 21 de diciembre de 2009 (Sentencia núm. 826/2009). También, en la doctrina, ALBIEZ DOHRMANN («Comentario a los artículos 632-633», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, IV, Valencia, 2013, pp. 4816 ss., 4834).

en congruencia con eso, que esas mismas finalidades se ven ya cumplidas en relación al donante y sus herederos no legitimarios cuando la donación se encubre en escritura pública de venta. En consecuencia, que resulta excesivo desde un punto de vista teleológico que el donante o el heredero voluntario impugnen el negocio amparándose en un defecto de forma que no menoscabó su posición. Y por último, que las tentativas que se han hecho de restringir esos excesos, aunque bien encaminadas, no han conseguido la coherencia técnica que las avale.

Si a lo anterior se suma que la jurisprudencia tomó un decidido camino a partir de 2007, y que un nuevo cambio de rumbo introduciría grave inestabilidad, se entiende que de lo que se trata ahora es de buscar un criterio corrector, bien articulado dentro del sistema, que permita restringir la acción de nulidad por defecto de forma emprendida por el propio donante o sus herederos voluntarios. Este remedio, como bien ha visto José María Miquel, no puede ser otro que la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales.

## 7. UNA VÍA ABIERTA: LA DOCTRINA DEL ABUSO DE LA NULIDAD POR MOTIVOS DE FORMA

### 7.1 PERFILES DE LA FIGURA Y APLICACIÓN AL SUPUESTO DE LA DONACIÓN ENCUBIERTA

Hemos visto antes como el intento de restringir la impugnación de la donación disimulada por parte del donante y sus herederos voluntarios apoyándose en la prohibición del *venire contra factum proprium* fracasaba por el carácter nulo del acto impugnado. Pues bien, la doctrina del abuso de la nulidad por motivos formales constituye un cuerpo doctrinal ya creado, del que se debe usar ciertamente con gran prudencia, pero que sirve precisamente para paralizar la acción de nulidad basada en vicios de forma cuando su ejercicio sea contrario a la buena fe<sup>47</sup>.

Los autores que han estudiado la figura la consideran una aplicación o derivación del principio de buena fe objetiva que debe regir todas las relaciones jurídicas. A juicio de la doctrina alemana,

<sup>47</sup> Sobre ella, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007, pp. 304 s.; MIQUEL GONZÁLEZ, voz «Buena fe», en *Enciclopedia Jurídica Básica Civitas*, I, Madrid, 1995, pp. 831 ss., 845 s. También en los Comentarios más usuales al artículo 7 del Código civil. Así, el propio MIQUEL, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, pp. 54 s.; ASUA GONZÁLEZ, en CAÑIZARES LASO *et al.* (dir.), *Código civil Comentado*, I, Pamplona, 2011, p. 94; CARRASCO PERERA, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, I, Valencia, 2013, p. 175.

y tal como expone Wieacker, la regla está emparentada con la doctrina de los actos propios, pues el rechazo de la nulidad en estos casos «deriva del hecho de que la inadmisibilidad de la invocación del vicio de forma presupone en todo caso una conducta previa del demandante: ha ocasionado (de modo no necesariamente imputable) el vicio de forma en cuestión o pese a él ha manifestado la ejecución del contrato mediante el comienzo de su cumplimiento»<sup>48</sup>.

En España, la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales ha sido mucho menos desarrollada que en Alemania, donde nació. El hecho es lógico, pues el grave formalismo del sistema alemán en comparación con el español ha forzado a su empleo: piénsese que el § 125 del BGB alemán sanciona con la nulidad el incumplimiento de formas legal o contractualmente prescritas, y que, entre otros contratos, requieren forma notarial todos aquellos que obligan a la transmisión de inmuebles (§ 311 b). Pese a ello, en la jurisprudencia española ha sido apreciada en ciertas ocasiones, en supuestos en que la invocación de la nulidad por motivos formales, ateniéndose a las circunstancias del caso, resultaba contradictoria con las pautas de lealtad exigibles a las partes<sup>49</sup>. A mi juicio, es lógico recurrir a ella en estos casos excepcionales en que la donación, acto solemne, presenta problemas de forma que no obstaculizan el cumplimiento de los fines de garantía para los que esa forma se previó.

A juicio de los autores que han tratado de la cuestión, la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales se aplica en aquellos casos en que el que invoca el defecto ha colaborado dolosa o culpablemente a su existencia, resultando además que la finalidad por la que se impuso la forma se ha visto cumplida<sup>50</sup>. Estos requisitos se dan plenamente en los supuestos de donación disimulada impugnada por el propio donante o sus herederos. Si es el propio donante el que invoca el vicio formal, el abuso deriva de que voluntariamente ha realizado el negocio en una escritura pública de compraventa – que respecto a él cumple la función asignada a la forma, pero no respecto a los posibles terceros–, y pretende luego aprovecharse

<sup>48</sup> WIEACKER, *El principio general de buena fe*, Madrid, 1977, p. 62.

<sup>49</sup> Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1985 (RJA 525/1985), en un requerimiento resolutorio de compraventa inmobiliaria; Sentencia de Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1985 (RJA 6436/1985), en un cierto error formal en letras de cambio; Sentencia de 23 de mayo de 1987 (RJA 3557/1985), en la que falta la aceptación en una donación o renta vitalicia gratuita –que de una u otra manera la configura la Sentencia–. También la de 20 de abril de 2015 (Sentencia núm. 212/2015).

<sup>50</sup> Así, Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007, pp. 305. Vid. en la doctrina alemana, ampliamente MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, marg. 628 ss.; PALANDT/ELLENBERGER, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 2009, § 125, marg. 22 ss.; ERMAN/PALM, *Kommentar zum BGB*, Colonia, 2008, § 125, marg. 23 ss.

del defecto por él consentido para deshacer el negocio jurídico. Como he dicho, la irregularidad de tal conducta se advierte si se tiene claro y se distingue la diversa función que cumple el requisito de escritura pública del artículo 633 respecto a las partes y respecto a terceros: si *inter partes* la escritura pública se impone meramente a fin de asegurar la voluntariedad y reflexión del acto –y esa función la cumple tanto la de compraventa como la de donación–, y sólo en salvaguarda de los terceros se exige que la escritura sea de donación, excede de la finalidad buscada por la norma que el donante invoque como defecto formal la inexistencia de una escritura pública de donación. Más aún si se tiene en cuenta que él mismo colaboró, en posible perjuicio de los terceros, a provocar el vicio del que ahora pretende aprovecharse para impugnar el acto<sup>51</sup>.

Si el defecto formal es alegado por el heredero voluntario o abintestato del donante, la solución sería la misma. Ciertamente, él tiene un interés en que dicha donación sea declarada nula, para aumentar así el caudal relicto. Pero su posición es idéntica en este punto a su causante, e incluso más débil, pues los actos de éste le son imputados como propios, y no puede oponerse a la misma voluntad de su causante de la que deriva su posición de heredero.

En resumen, parece que la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales es el instrumento adecuado para restringir los excesos a que puede llevar el rigor formalista que el artículo 633 ha impuesto a la donación de inmuebles. Aplicándola correctamente, se consigue limitar la legitimación del propio donante o de sus herederos voluntarios, salvaguardando a la vez las finalidades de protección de terceros para las que se exige que la escritura pública del artículo 633 sea de donación. Se logra así, con una pequeña corrección, consolidar y tornar más coherente la doctrina jurisprudencial asumida por nuestro Tribunal Supremo desde 2007. Es más, esta corrección puede que estuviese en su origen contemplada en esa misma doctrina: transcribo a este respecto las palabras de Gullón Ballesteros –el magistrado ponente de las Sentencias de 11 de enero y 26 de febrero 2007–, en un voto particular precursor de la actual postura jurisprudencial, en el que disiente de la doctrina anteriormente en vigor de que la escritura pública de venta era suficiente a efectos del artículo 633. Se trataba de la Sentencia de Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1995, en la que el demandante alegaba ser heredero voluntario del testador, perjudicado por una donación encubierta,

---

<sup>51</sup> La Sentencia de 9 de diciembre de 2012 (Sentencia núm. 779/2012) rechaza la nulidad de un acuerdo societario precisamente porque quien pretende la nulidad «contribuyó decisivamente en la gestación de los negocios jurídicos cuya nulidad postula».

y el voto particular dice así: «la *ratio decidendi* de la sentencia mayoritaria es que una donación de inmueble disimulada bajo compraventa cumple el requisito formal del artículo 633 CC. Opino lo contrario, de acuerdo con otra doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre esta misma materia. [...] La *ratio decidendi*, del fallo debió de ser la falta de legitimación del actor para impugnar la donación, pues, como heredero universal de la donante, debe acatar lo actuado por su causante, que en ningún momento, según lo probado, ha manifestado voluntad de poner de relieve la nulidad de la donación hecha sin cumplir requisitos legales de forma, sin que tampoco se haya probado (ni alegado en los escritos expositores del pleito) que le perjudica como heredero forzoso, circunstancia bajo la cual sí estaría legitimado. Nada obsta a lo razonado el que el negocio jurídico fuese nulo absolutamente por infracción del artículo 633 del Código Civil. Si el causante del heredero voluntario no ha querido accionar en vida con fundamento en ese vicio contra el donatario, no cabe que tal heredero le suplante en esa voluntad».

## 7.2 ALGUNAS PRECISIONES PARA LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE NULIDAD POR MOTIVOS FORMALES

Con lo hasta aquí dicho podría acabar el trabajo. Pero me parece conveniente hacer algunas puntualizaciones, de carácter sobre todo procesal, a la propuesta realizada. En los casos que estamos viendo de escrituras de compraventa meramente simuladas, quien persiga esa declaración deberá accionar solicitando se declare su nulidad y alegando cuantos hechos y pruebas puedan demostrarla. La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, consciente de la dificultad que entraña la prueba de la simulación, ha ido estableciendo una serie de indicios que apuntan a la inexistencia de la compraventa, tales como la ausencia de motivos para la enajenación, el vínculo de afecto entre comprador y vendedor, el hecho de que el bien siga en manos de este último o la existencia de un precio meramente confesado<sup>52</sup>. Hay que tener en cuenta que, aunque

<sup>52</sup> Así, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (Sentencia núm. 684/2007), 20 de diciembre de 1996 (Sentencia núm. 1089/1996), 20 de julio de 1993 (Sentencia núm. 799/1993), 7 de febrero de 1992 (RJA 839/1992) y 12 de julio de 1941 (RJA 912/1941) que los sistematizó por primera vez. La dificultad que lleva consigo la prueba de la simulación ha sido resaltada por el propio Tribunal Supremo en sus Sentencias de 5 de mayo de 2008 (Sentencia núm. 317/2008), 18 de marzo de 2008 (Sentencia núm. 236/2008) o 11 de febrero de 1992 (RJA 974/1992). Sobre los indicios de la simulación, ampliamente, DURÁN RIVACOBA (*Donación de Inmuebles – Forma y simulación*,

el control de los notarios sobre los medios de pago, introducido por la Ley 36/2006 de medidas para la prevención del fraude fiscal, dificulta hoy esa simulación del precio, siempre existen medios para que su presencia sea meramente fingida.

Si quien demanda que se declare la simulación es un heredero legítimo, un acreedor insatisfecho o un fideicomisario, demostrada la simulación, no aprovechará al demandado oponerse invocando la existencia de una donación encubierta. Como ya he dicho, dicha donación no cumple los requisitos de forma, previstos en garantía de estos terceros, y deberá por tanto ser declarada nula en todo caso. Sólo podría salvarse, y aquí sí en virtud de la doctrina de los actos propios, en supuestos muy excepcionales en que el propio tercero hubiese consentido a su realización<sup>53</sup>.

En cambio, si reclama que se declare la simulación el propio donante o su heredero no legítimo, puede fracasar su demanda si el demandado invoca y demuestra la existencia de una donación disimulada en la que todos sus elementos esenciales queden cubiertos por la escritura pública de venta<sup>54</sup>. Conviene subrayar que la existencia de una donación encubierta habrá de ser invocada por el demandado que pretenda sostenerla: conforme con los principios de justicia rogada y alegación de parte, vigentes en nuestro sistema procesal civil, incurriría en incongruencia la Sentencia que estimase existente un negocio disimulado de donación –así sea nulo por defecto de forma– en un juicio en que las partes sólo han discutido sobre la existencia o inexistencia de un negocio oneroso de compraventa. Además, frente a la demanda de nulidad absoluta por simulación de la compraventa, quien alegue la existencia de una donación encubierta deberá probar, conforme con el artículo 1276, la existencia y licitud de la *causa donandi*<sup>55</sup>. Es decir, habrá de llevar a cabo la actividad probatoria necesaria a fin de traer al con-

pp. 97 ss.) y NÚÑEZ IGLESIAS («La donación de inmuebles encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991-5 (606), pp. 1811 ss., 1815 ss.).

<sup>53</sup> El supuesto es francamente excepcional, pero no he querido dejar de reseñarlo pues se ha dado en alguna Sentencia del Tribunal Supremo, y a mi parecer la donación quedaría entonces convalidada por actos propios de quien podía impugnarla: así, en las Sentencias de Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2009 (Sentencia núm. 378/2009) y 18 de marzo de 2002 (Sentencia núm. 240/2002).

<sup>54</sup> Dado que el artículo 633 impone que se recojan en la escritura pública las posibles cargas que ha de satisfacer el donatario, no podría salvarse la donación, pese a ser impugnada por el donante o su heredero voluntario, si esas cargas no han quedado expresadas en la escritura pública de venta, sino en un documento privado adjunto: así sucedió en las Sentencias de Tribunal Supremo de 21 de junio de 2007 (Sentencia núm. 733/2007) y 7 de mayo de 1993 (Sentencia núm. 457/1993).

<sup>55</sup> Que en casos de donación disimulada, demostrada la simulación, recae sobre el donatario la prueba de la existencia y licitud de la causa, lo reiteran las Sentencias de Tribunal Supremo de 29 de julio de 2005 (Sentencia núm. 613/2005) y 2 de abril de 2001 (Sentencia núm. 314/2001).

vencimiento del juzgador que el negocio oneroso simulado esconde uno de donación existente y lícito –por más que aquejado de un grave vicio formal.

En relación con eso, y precisamente en estos casos en que la donación no entraña fraude de terceros, es posible que se aprecie que el motivo de la simulación ha sido la búsqueda fraudulenta de una fórmula de tributación fiscal más favorable: la que proporcionan los menores tipos tributarios de los negocios onerosos en comparación con los lucrativos. Con lo cual se introduce en el problema un aspecto nuevo, como es la posible ilicitud causal del entero esquema simulatorio que ha servido de instrumento a esa defraudación. Pero frente a esa posible tacha de ilicitud causal del negocio de donación, deben decirse dos cosas. La primera, que la jurisprudencia ha establecido que las hipotéticas infracciones fiscales no afectan a los derechos sustantivos civiles –también, como dicen esas Sentencias, por aplicación del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*–<sup>56</sup>; lo cual, lógicamente, como dice la citada jurisprudencia, no impide que se impongan las correspondientes sanciones tributarias. La segunda y más importante, que se debe tener presente que la posible ilicitud causal radicará exclusivamente en el negocio simulado, y no en el disimulado: la aparente compraventa será efectivamente un artificio simulatorio creado en su caso para defraudar a hacienda, pero la donación que encubre no pretende defraudación tributaria alguna, sino las finalidades liberales propias de una donación. Y a la donación no hay que imputarle los vicios que lastren al negocio aparente, sino aplicarle la normativa que le corresponda –incluida la fiscal.

Alegada y probada la donación encubierta, nula en principio por defecto de forma, llegará el momento de la posible aplicación de la doctrina del abuso de nulidad por motivos formales, tal como ha quedado expuesta. A mi juicio, y con esto acabo, no hará falta siquiera invocarla por parte del donatario interesado en mantener la donación, pues la cuestión radica en que el donante o su heredero voluntario carecen de legitimación para impugnar la donación realizada en escritura pública de venta, y ésta es una cuestión apreciable de oficio por los tribunales<sup>57</sup>. Lo cual no significa, lógicamente, el rechazo *in limine litis* de la demanda, ya que la legitimación,

<sup>56</sup> Así, con claridad, la Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2002 (Sentencia núm. 50/2002); también Sentencias de 19 de mayo de 2004 y 15 de octubre de 1999 (Sentencias núm. 394/2004 y 855/1999).

<sup>57</sup> Son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo que reiteran que la legitimación es una cuestión apreciable de oficio por los tribunales: entre las últimas, las de 15 de enero de 2014 (Sentencia núm. 3/2014), 18 de diciembre de 2013 (Sentencia núm. 766/2013), 2 de abril de 2013 (Sentencia núm. 214/2013), 9 de diciembre de 2012 (Sentencia

como trasunto que es de la titularidad, sólo puede determinarse en la propia sentencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario a los artículos 632 y 633», en ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, VIII-2, Madrid, 1986, pp. 152-201.
- *Estudio de la jurisprudencia sobre la validez o no de la escritura de venta simulada para cubrir la forma de la donación disimulada*, Madrid, 1998.
- ALBALADEJO, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *La donación*, Madrid, 2006
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus-Jochen, «Comentario a los artículos 632-633» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, IV, Valencia, 2013, pp. 4816-4835.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara I., «Comentario a la STS 14 de marzo de 1995», en *CCJC*, 38, 1995-2, pp. 811-820.
- «Comentario al art. 7», en CAÑIZARES LASO *et al.* (dir.), *Código civil Comentado*, I, Pamplona, 2011, pp. 90-99.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín, «Sobre el valor esencial de la forma en la aceptación de donaciones», en *Estudios de Derecho civil en Homenaje al Profesor Lacruz Berdejo*, I, Barcelona, 1992, pp. 111-144.
- CARRASCO PERERA, Ángel, «Comentario al art. 7», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código civil*, I, Valencia, 2013, pp. 170-176.
- DE CASTRO, «La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble», *ADC*, 1953, pp. 1003-1016.
- *El negocio jurídico*, Madrid, 1971.
- DÍAZ ALABART, Silvia, «La nulidad de las donaciones de inmuebles simuladas bajo compraventa de los mismos en escritura pública, y su validez por no necesitar forma si son remuneratorias, y el valor del servicio remunerado absorbe el del inmueble donado», *RDP*, 1980, pp. 1101-1123.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *La doctrina de los propios actos*, Barcelona, 1963.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Pamplona, 2007.
- DURÁN RIVACOBA, Ramón, *Donación de inmuebles – Forma y simulación*, Pamplona, 2003.
- *Donaciones encubiertas*, Barcelona, 2009.
- ELLENBERGER, Jürgen, «Comentario al §125», en *Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch*, Munich, 2009, pp. 102-105.
- FEBRERO, José, *Librería de Escribanos*, parte primera, tomo primero, Madrid, 1789 (facsimil, Madrid, 1991).
- FUENMAYOR CHAMPÍN, Amadeo, «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1948-1, pp. 46-77.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, I-II, Madrid, 1852 (facsimil, Barcelona, 1973).
- GIL RODRÍGUEZ, Jacinto, «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2009», *CCJC*, 84 (2010-3), pp. 1263-1283.
- JORDÁN DE ASSO, Ignacio/DE MANUEL, Miguel, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, Madrid, 1805.

---

núm. 779/2012), 30 de abril de 2012 (Sentencia núm. 260/2012) ó 13 de septiembre de 2011 (Sentencia núm. 538/2011).

- LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1988.
- MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, «Comentario del art. 7.1», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1993, pp. 37-56.
- Voz «Buena fe», en *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, I, Madrid, 1995, pp. 831-847.
- DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro, «La donación de inmueble encubierta como compraventa», *RCDI*, 1991-5 (606), pp. 1811-1855.
- PALM, Heinz, «Comentario al § 125», en *Erman-Kommentar zum BGB*, Colonia, 2000, pp. 313-322.
- PARRA LUCÁN, María Ángeles, «Comentario a la Sentencia de Tribunal Supremo de 11 de enero de 2007», en *CCJC*, 75 (2007-3), pp. 1293-1318.
- POVEDA BERNAL, Margarita Isabel, *Relajación formal de la donación*, Madrid, 2004.
- PUIG BRUTAU, José, *Estudios de Derecho comparado – La doctrina de los actos propios*, Barcelona, 1951.
- SALA, Juan, *Ilustración del Derecho real de España*, II, Coruña, 1837 (reimpr. Pamplona, 2002).
- SANTAMARÍA ANSA, Juan, «Legitimación del sucesor hereditario para la impugnación de actos jurídicos de su causante», *RDP*, 1961, pp. 269-283.
- SANTOS MORÓN, María José, *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996.
- «De nuevo sobre la jurisprudencia en materia de donaciones disimuladas – El retorno a la tesis clásica en la STS de 11 de enero de 2007», *RDPat*, 19 (2007-2), pp. 173-191.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms., «La donación de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 591-681.
- WACKE, Andreas, «Erbrechtliche Sukzession als Persönlichkeitsforsetzung? – Personelle Identifikation mit dem Verstorbenen oder Rollenverschiedenheit von Nachlassinhaber und Erben. Rechtsgeschäftliche Abwicklung versus Konfusion», *SZ (RA)*, 123 (2006), pp. 197-247.
- WIEACKER, Franz, *El principio general de buena fe*, Madrid, 1977.

