

**ANÁLISIS TEÓRICO Y JURISPRUDENCIAL DE LA  
DONACIÓN, DE LA REVOCACIÓN DE LA MISMA POR  
LA CAUSA PREVISTA EN LOS ARTS. 644, 645 Y 646 CC Y  
NUEVOS RETOS**

***THEORETICAL AND JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF  
DONATION, OF THE REVOCATION OF THE SAME FOR THE  
CAUSE PROVIDED FOR IN ARTICLES 644, 645 AND 646 CC  
AND NEW CHALLENGES***

*Rev. Boliv. de Derecho* N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 472-501

María del Pilar  
TABERNER  
ARROYO

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de diciembre de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 19 de diciembre de 2024

**RESUMEN:** Este artículo analiza, desde un punto de vista teórico y práctico, la donación y la causa de revocación de la misma por supervivencia y superveniencia de hijos del donante, regulada en los arts. 644, 645 y 646 del Código Civil. Junto con ello, se analiza a nivel teórico, en qué sentido resolverán los tribunales en un futuro, según el momento en el que se realiza la donación, si una persona que ha sido padre o madre por gestación por sustitución alega esta causa de revocación.

**PALABRAS CLAVE:** Acción de revocación; Código civil; donación; donante; gestación por sustitución; gestación subrogada; hijo; hijo adoptado; hijo póstumo; supervivencia; superveniencia.

**ABSTRACT:** *This article analyzes, from a theoretical and practical point of view, the donation and the cause of revocation of the same for survival and survival of the donor's children, regulated in articles 644, 645 and 646 of the Civil Code. Along with this, it is analyzed at a theoretical level, in what sense the courts will resolve in the future, depending on the time in which the donation is made, if a person who has been a father or mother by surrogacy alleges this cause for revocation.*

**KEY WORDS:** *Revocation action; Civil Code; donation; donor; surrogacy; child; adopted child; posthumous child; survival; survival.*

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONTRATO DE DONACIÓN.- 1. Regulación y concepto del contrato de donación.- 2. Naturaleza de la donación: ¿modo de adquirir o contrato?.- 3. Elementos personales: sujetos que intervienen en la donación.- 4. Elementos reales: el objeto de la donación.- 5. Forma del contrato.- 6. Causas de revocación del contrato de donación.- III. REVOCACIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN POR SUPERVIVENCIA O SUPERVENIENCIA DE HIJOS.- 1. Superveniencia de hijos.- A) *Superveniencia de un hijo por naturaleza.*- B) *Superveniencia de un hijo adoptado.*- C) *Superveniencia de un hijo póstumo del donante.*- D) *Superveniencia de un hijo reconocido mediante sentencia judicial.*- E) *Donación realizada con conocimiento de la concepción del hijo.*- 2. Supervivencia de hijos.- 3. Cuestiones comunes a la supervivencia y superveniencia de hijos.- A) *El objeto de protección de esta causa de revocación.*- B) *Inexistencia de hijos del donante en el momento de la donación como requisito.*- C) *Aspectos relativos al ejercicio de la acción.*- 4. Nuevos retos de esta causa de revocación: hijos nacidos mediante gestación por sustitución.- IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN.

En nuestra sociedad actual, un gran número de donaciones se siguen produciendo cada año entre personas físicas, personas físicas y personas jurídicas y entre personas jurídicas. En principio, como más adelante se expondrá, las donaciones una vez realizadas y con la finalidad de garantizar seguridad jurídica, éstas son irrevocables.

Sin embargo, existe un número de causas tasadas, concretamente tres causas, por las que es posible que el donante revoque una donación válidamente efectuada. De este modo, el presente artículo va a analizar la primera de ellas, es decir, la superveniencia o supervivencia de hijos del donante, la cual se encuentra regulada en los arts. 644 y siguientes del Código Civil (en adelante, CC). Ya que, aunque si se leen los preceptos que regulan esta causa, parece que ésta no tiene una mayor complicación, lo cierto es que es una causa nada baladí y con aspectos muy interesantes.

Por ello, y con la finalidad de que se pueda comprender esta causa de revocación de forma plena, la primera parte de este artículo se va a dedicar a explicar los aspectos más generales del contrato de donación (concepto, naturaleza, sujetos intervinientes...). Y, ya en la segunda parte del artículo, se procederá a analizar en profundidad esta causa de revocación.

Como se puede intuir por la denominación de esta causa, es posible revocar bien por la superveniencia de hijos del donante, o bien por la supervivencia de

### • **María del Pilar Taberner Arroyo**

Graduada en Derecho por la Universitat de València en 2024. Graduada en Criminología por la Universitat de València en 2024. Estudiante del Máster de Mediación, Arbitraje y Gestión de Conflictos en Derecho Privado en la Universitat de València durante el curso 2024-2025. Beneficiaria de una beca de colaboración del Ministerio de Educación en el Departamento de Derecho Civil de la Universitat de València durante el curso 2024-2025. Correo electrónico: tama3@alumni.uv.es.

hijos del donante. En consecuencia, en esta segunda parte del artículo, ambas serán analizadas a nivel teórico, pero también a nivel práctico a través de supuestos de hecho extraídos de la jurisprudencia. Y junto con ello, se explicarán cuestiones comunes a ambos supuestos de revocación.

Por último, se expondrá el nuevo reto al que esta causa de revocación se enfrentará en breve, que es la gestación por sustitución, ya que, ¿podría alegar un donante, que ha sido padre/madre por un hijo nacido por gestación por sustitución, revocar una donación si la realizó cuando la gestante ya estaba embarazada? ¿y si realizó la donación cuando únicamente el contrato estaba firmado?

## II. EL CONTRATO DE DONACIÓN.

### I. Regulación y concepto del contrato de donación.

El contrato de donación se encuentra regulado en el CC, específicamente, se encuentra en el Libro Tercero, Título II, que se corresponde con los arts. del 618 al 656.

En concreto, el CC en su primer artículo del Título II, art. 618, define la donación como “un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”. De esta definición, es posible extraer los tres elementos básicos que caracterizan a la donación: liberalidad, gratuidad y aceptación del donatario.

En primer lugar, la donación es un acto de liberalidad. Se considera de este modo la donación porque, el donante, sin existir ningún tipo de obligación legal o contractual y siendo únicamente su voluntad como la única causa, decide realizar una atribución patrimonial a una persona (el donatario).

La voluntad o razones que motivan a cada uno de los donantes a realizar dicha donación pueden ser muy diversas. No obstante, si la atribución patrimonial se realizase con el objetivo de cumplir con alguna obligación legal o algún deber jurídico, este acto no puede ser considerado como donación, sino que será otra institución jurídica, puesto que, como se ha comentado, en las donaciones siempre la causa última de la misma es la voluntad de la persona.

Sin embargo, como señala COSTAS RODAL, un determinado acto jurídico se puede considerar donación, “aun cuando, en realidad, no exista en el donante un verdadero ánimo liberal (...) Es decir, aun cuando los motivos (...) no sean estrictamente de carácter altruista”<sup>1</sup>. Ejemplo de ello, comenta COSTAS RODAL,

1 COSTAS RODAL, L: “Contrato de donación”, en AA.VV.: *Tratado de Contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ CANO), 4<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, p. 2754.

sería el caso de las empresas que, realizan donaciones en las cuales la finalidad última no reside en la mera voluntad de la empresa, sino que en contribuir a crear una buena imagen social de dicha empresa.

En segundo lugar, la donación es un acto gratuito. Es interesante recordar cómo, en la Teoría General de los Contratos, cuando se estudia la clasificación de los contratos, se diferencia entre el contrato gratuito en contraposición al contrato oneroso, en dónde ambas partes reciben atribuciones patrimoniales. En concreto, la donación se entiende como gratuita porque, el patrimonio del donante, al realizar la donación, disminuye o empobrece, ya que éste (el donante) no recibe ningún tipo de atribución patrimonial por parte del donatario a cambio de lo recibido.

Y, en tercer lugar, en la donación es necesaria la aceptación por parte del donatario. Así lo regula el art. 630 CC al establecer que “El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí, o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante”.

## **2. Naturaleza de la donación: ¿modo de adquirir o contrato?**

Una de las cuestiones más discutidas dentro de la donación ha sido su naturaleza jurídica, ya que existe parte de la doctrina que entiende la donación como un modo de adquisición de la propiedad o de los bienes, mientras que otra parte de ésta, entiende que la donación es un contrato.

Quienes abogan por la tesis de que la donación es un modo de adquisición, fundamentan la misma, entre otras razones, en que, en primer lugar, la donación se encuentra regulada dentro del CC en el Libro Tercero, el cual se rubrica “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, y que, si fuera un contrato, en consecuencia de ello, el legislador la hubiera incluido dentro del Libro Cuarto rubricado como “De las obligaciones y contratos”. En segundo lugar, sustentan su posición sobre el art. 609 CC, en donde se establece que “La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren (...) por donación, (...)”. Y, en tercer lugar, que el art. 618 CC al definir la donación, no lo hace como un contrato, sino que como un acto.

Mientras que, aquellos que sostienen la tesis de que la donación es un contrato, que es la doctrina mayoritaria, argumentan su posición acudiendo a diferentes artículos del CC, como son los arts. 621, 624, 628, 629, 630 o 1274, entre otros.

## **3. Elementos personales: sujetos que intervienen en la donación.**

En cualquier donación, los sujetos que intervienen en la misma pueden ser clasificados como: donante o donatario. OSSORIO SERRANO define que el donante

“es la persona que a título gratuito y con ánimo de liberalidad, transfiere alguna cosa suya o derecho del que es titular, empobreciéndose”<sup>2</sup>, y al donatario como, “aquél que si la acepta, adquiere la cosa o derecho del que se trate, enriqueciéndose”<sup>3</sup>.

De la lectura de los arts. 624 al 628 CC, se observa cómo el legislador no exige la misma capacidad al donante que al donatario para realizar y recibir donaciones, respectivamente. En concreto, el CC conforme al art. 624, exige al donante que, además de tener capacidad de obrar, éste tenga capacidad general para contratar, y a su vez, que tenga capacidad de disposición sobre ese bien o derecho que es objeto de la donación.

Sobre esta capacidad de disposición, REYES LÓPEZ comenta como es “consecuencia de la especial naturaleza de la donación (...) pues sólo de esta forma el donatario podrá llegar a ser dueño de lo donado, habida cuenta de que, según dispone el art. 609 CC, la donación es un modo derivativo de adquisición del dominio”<sup>4</sup>.

Sin embargo, para el donatario, el legislador parece establecer menos requisitos (en general), pues como señala OSSORIO SERRANO, del art. 625 CC se desprende que “basta en general con ser persona, con gozar de capacidad jurídica y no estar incurso en ninguna de esas prohibiciones legales”<sup>5</sup>.

Esto es así, porque como explica CARRIÓN OLMOS, “las donaciones que no sean condicionales u onerosas no inspiran recelo al legislador, en cuanto en principio el donatario no pueda resultar perjudicado por ellas”<sup>6</sup>. En consecuencia, en el caso de las donaciones condicionales u onerosas, el art. 626 CC establece que, “las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”<sup>7</sup>.

Para finalizar con este apartado, destacar tres cuestiones. En primer lugar, que pueden ser donatarios y son válidas las donaciones a favor de los concebidos no nacidos, tal y como regula el art. 627 CC, siempre que el concebido nazca con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno como establece el art. 30 CC.

2 OSSORIO SERRANO, J. M.: “El contrato de donación”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), 12<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 283.

3 OSSORIO SERRANO, J. M.: “Contrato donación”, cit., p. 283.

4 REYES LÓPEZ, M<sup>o</sup>. J.: *Contratos Civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 184.

5 OSSORIO SERRANO, J. M.: “Contrato donación”, cit., p. 284.

6 CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 339.

7 Art. 626 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

En segundo lugar, que es posible que en una donación exista una pluralidad de donatarios, en tal caso y como regla general, se entenderá que se ha realizado la donación a partes iguales y no habrá derecho a acrecer<sup>8</sup>. Y, en tercer lugar, que como establece el art. 628 CC, las donaciones que se realicen a favor de personas inhábiles serán nulas.

#### 4. Elementos reales: el objeto de la donación.

El objeto de la donación, es aquello que el donante, entrega al donatario. En relación a ello, el CC parece no establecer ningún tipo de límite, al regular en el art. 634, que “la donación podrá comprender todos los bienes (...)”, de modo que, es posible donar bienes muebles, bienes inmuebles, dinero...

No obstante, el legislador sí que establece límites al objeto, y lo establece por dos razones tal y como expone CARRIÓN OLMOS, “de un lado, las derivadas de la propia naturaleza de acto jurídico dispositivo (...) de otro, el temor del legislador a que (como consecuencia de la donación) el donante quede de tal modo empobrecido que no pueda siquiera atender a su propia subsistencia, pudiendo así convertirse en una carga para el erario público”<sup>9</sup>.

Concretamente, el primer límite que establece el legislador, lo encontramos en el art. 634 CC, cuando establece que el donante podrá donar “todos los bienes presentes del donante, o parte de ellos, con tal que éste se reserve, en plena propiedad o en usufructo, lo necesario para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias”. Es decir, deja libertad al donante para donar todo aquello que desee, siempre y cuando, aún siga teniendo éste los suficientes bienes y recursos como para poder vivir.

En el caso en que el donante no se guardase los bienes necesarios para su supervivencia, “la donación no es nula, sino susceptible de reducción, en el caso de que se demuestre que el donante no se reservó en el momento de la donación lo necesario para vivir en un estado acorde a sus circunstancias” (SAP Guipúzcoa 4 octubre 2006)<sup>10</sup>.

En dicha sentencia, se expone el caso de una mujer, que tiempo después de divorciarse de su marido, decide donar todos sus bienes a sus hijas mayores de edad con la condición de que éstas renunciaran expresamente a reclamarle cualquier

8 Aunque la regla general es que la donación se entienda realizada a partes iguales y sin derecho a acrecer, es posible encontrar dos excepciones a esta regla general. En primer lugar, que el donante hubiera dispuesto cosa distinta a esta regla general, y, en segundo lugar, que los donatarios de la donación sean conjuntamente un matrimonio, pues conforme al art. 637 CC, entre las dos personas que conforman el matrimonio, sí que existe el derecho a acrecer, excepto que el donante no hubiera dispuesto lo contrario.

9 CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, cit., p. 341.

10 Fundamento Derecho Sexto SAP Guipúzcoa 4 octubre 2006 (EDJ 2006, 411510).

tipo de pensión alimenticia. Conforme a las pruebas aportadas, se observó que, aunque la madre en la escritura pública de la donación afirmó que “sí se reservó bienes suficientes”, realmente no fue así, pues la madre únicamente disponía de 132€ al mes de una pensión que recibía. En consecuencia, de lo anterior, el tribunal falló a favor de la madre, y acordó la reducción de la donación de uno de los inmuebles donados.

El segundo límite, se establece por parte del legislador en el art. 635 CC, al definir como bienes futuros, “aquello de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación”<sup>11</sup>, y al establecer que, “la donación no podrá comprender los bienes futuros”<sup>12</sup>. Por consiguiente, si se diese el supuesto de que el objeto de la donación fueren bienes futuros, será posible instar la nulidad de dicha donación.

La sentencia SAP Valencia 18 febrero 2005<sup>13</sup> expone el caso de una madre, que en fecha 14 de enero del 2000, a través de escritura pública, dona a su hija el dominio de una determinada vivienda. Pero, que en fecha 6 de septiembre del 2000, dona a su hijo la nuda propiedad de esa misma vivienda reservándose para ella el usufructo vitalicio, siendo esta última escritura pública, la que se inscribe en el Registro de la Propiedad. En consecuencia de lo expuesto, el tribunal falló que la segunda donación era nula y que debía de cancelarse la inscripción realizada en el Registro de la Propiedad, ya que, la madre dejó de disponer de dicha propiedad el 14 de enero del 2000, al realizar la escritura pública de donación, y por lo tanto, el objeto de esta segunda donación era un bien futuro.

Por último, el tercer límite se encuentra en el art. 636 CC, como forma de protección a las legítimas, al regular que “ninguno podrá dar ni recibir, por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento”<sup>14</sup>, resultando de este modo la donación inoficiosa en todo lo que exceda.

## 5. Forma del contrato.

Aunque el art. 1278 CC establece, como principio o regla general, que los contratos serán obligatorios sea cual sea la forma en que se hayan celebrado, siempre y cuando, en ellos concurren las condiciones esenciales. Este principio, no se aplica a la donación, pues la donación es formal o solemne tal y como se desprende de los arts. 632 y 633 CC.

Como expone COSTAS RODAL, el motivo de que se exija a la donación esta formalidad es porque, “un acto a título gratuito exige una mayor madurez y

11 Art. 635 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

12 Art. 635 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

13 SAP Valencia 18 febrero 2005 (EDJ 2005, 39879).

14 Art. 636 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.



reflexión que los actos onerosos por la trascendencia que tendrá en el patrimonio del donante, evitando así donaciones impulsivas y precipitadas<sup>15</sup>.

Esta solemnidad o formalidad del contrato de donación, supone que no sólo es necesario el acuerdo de las partes (donante y donatario), sino que como a continuación se expondrá, también es necesario que se cumplan diferentes requisitos de forma para que el contrato de donación sea válido, ya que, si no se cumplen con estas solemnidades exigidas por la Ley, la donación será nula.

En primer lugar, el art. 632 CC, establece que cuando el objeto de la donación es una cosa mueble, las partes pueden realizar la donación de forma verbal o por escrito a su elección. Como establece la sentencia SAP Málaga 14 de julio 2021<sup>16</sup> “la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente o por escrito, más la primera exige por un lado la entrega de la cosa por el donante, que ha de manifestar su voluntad indubitada de desprenderse del bien donado, y de otro la recepción de la misma por el donatario, actos que han de ser simultáneos e indefectiblemente unidos. Pero si la donación de bienes muebles se hace por escrito, (...) debe constar también y de forma escrita la aceptación. De tal forma que, hecha la donación por escrito, tiene que ser aceptada también por escrito, sea en el mismo o en otro, y si no ha existido aceptación de la donación por parte del donatario con las formalidades del artículo 633 del Código Civil, la misma pueda revocarse por causa legal<sup>17</sup>.”

Es decir, si la donación de bienes muebles se hace de forma verbal, es necesario que en ese mismo momento se entregue el objeto de la donación para que esa donación sea válida. Pero, si la donación de bienes muebles se hace de forma escrita, es necesario que exista la aceptación de los donatarios también de forma escrita, porque si no la donación realizada no será válida.

Concretamente, el caso que expone esta sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, es el caso de una mujer que pocos días antes de fallecer, ordena mediante un documento, a una de las partes en el proceso, que, en primer lugar, todas las entidades bancarias en donde tenga cuentas con activos a su favor, incluya a determinadas personas como cotitulares de dichas cuentas, para de esa forma, realizar una donación en favor de ellos con el fin de agradecerles y corresponderles. Y que, en segundo lugar, entregue 3000€ a modo de donativo, a las Hermanitas de los Pobres y a otras personas cercanas, por su buen comportamiento con ella.

15 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2768.

16 SAP Málaga 14 julio 2021 (EDJ 2021, 865020).

17 Fundamento Derecho Tercero SAP Málaga 14 julio 2021 (EDJ 2021, 865020).

En este caso, la cuestión que se dirime es que, como la mujer realizó la donación de bienes muebles (dinero) a través de un documento (es decir, de forma escrita), la aceptación de dicha donación también debe realizarse por escrito, pero no se aceptó de tal forma, y, en consecuencia, el tribunal falló en declarar la donación realizada como ineficaz.

Y, en segundo lugar, el legislador, en el art. 633 CC, establece que cuando se produzca una donación de bienes inmuebles, es necesario que ésta se realice en escritura pública, individualizando los bienes donados, el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario (si las hubiera), y establece como la aceptación se puede realizar en esa misma escritura o en otra escritura separada durante la vida del donante. No obstante, en el caso de realizarse en escritura separada, habrá que notificar la aceptación al donante en forma auténtica y anotar dicha diligencia en ambas escrituras.

Es decir, en el caso de los bienes inmuebles, el legislador aún es más estricto estableciendo que, la única forma de donación posible es a través de la forma escrita, en concreto a través de una escritura pública y con todos los requisitos señalados.

En relación con el art. 633 CC, con las donaciones de bienes inmuebles y con las formalidades exigidas para éstas, es interesante destacar la sentencia STS (Civil) 19 junio 1999<sup>18</sup> en donde se expone el caso de dos partes, una persona física (Antonia) y una persona jurídica (E. S.A.), que, en abril de 1977, realizan en escritura pública, una permuta de dos parcelas de terreno a cambio de diversos locales comerciales.

En febrero de 1979, en documento privado, estas mismas partes acuerdan, que de esas permutas realizadas los bienes inmuebles que le correspondieron a Antonia, ahora pasan a ser propiedad del hijo de ésta (Gabriel). En 1981 Gabriel fallece, y la mujer de éste, en representación de ella misma y de su hija, demanda a Antonia reclamando que las herederas de esos bienes inmuebles son ella y su hija, teniendo en cuenta, que esos bienes inmuebles fueron transmitidos por documento privado en febrero de 1979.

Ante este caso, la Sala Civil del Tribunal Supremo, lo que falló en primer lugar fue, que este negocio realizado en febrero de 1979, aunque las partes la denominaron "permuta", realmente no fue tal, sino que fue una donación, ya que Gabriel a cambio de esos bienes inmuebles no le dio nada a Antonia. Y, en segundo lugar, como se trata de una donación de bienes inmuebles que se ha

18 STS (Civil) 19 junio 1999 (EDJ 1999, 16802).

realizado en documento privado, carece de validez la donación realizada por no cumplir con los requisitos exigidos por el art. 633 CC.

Para finalizar este apartado, reseñar como en principio, tal y como se ha explicado, para la donación de bienes muebles no es necesario individualizar cada uno de los bienes. Sin embargo, como señala COSTAS RODAL, "la expresión individualizada de los bienes donados en la escritura no es más que una forma de exigir una determinación exacta de los bienes objeto del contrato. Por eso, esa exigencia de determinación no es privativa de los bienes inmuebles, sino que alcanza también a los bienes muebles, aun cuando en ese caso no sea necesaria la forma pública"<sup>19</sup>.

## 6. Causas de revocación del contrato de donación.

En principio y como regla general, una donación resulta irrevocable desde que la misma se perfeccionó, ya que como expone REYES LÓPEZ, la justificación de esta irrevocabilidad "es la protección de la persona del donatario, así como de los herederos del donante, al que se exige cierta reflexión antes de realizar este acto que implica la pérdida de sus bienes con imposibilidad de recuperarlos en el futuro"<sup>20</sup>.

De hecho, tal y como señala COSTAS RODAL, "no se admitiría que el donante se reservase la facultad de revocar a su libre arbitrio o a consecuencia de su arrepentimiento, por ir ello en contra de la fuerza obligatoria de los contratos del art. 1256 CC"<sup>21</sup>.

No obstante, como la donación es un contrato, y para los contratos (en general) se prevén causas de extinción o revocación del mismo, es posible sostener que, pese a esta regla general de irrevocabilidad, en determinados supuestos muy concretos se podrá revocar la donación.

El CC, en los arts. 644 y siguientes, prevé las causas por las que una donación se puede revocar o extinguir, resultando estos de aplicación y no las causas de extinción de los contratos (en general), por el principio de especificidad. Éstas, son causas taxativas o excepcionales, en las que no cabe aplicar la analogía, de modo que, únicamente se podrá revocar una donación si ésta, encaja con una de estas causas previstas en los arts. 644 y siguientes del CC.

En concreto, las causas por las cuáles es posible revocar una donación, son: por supervivencia o superveniencia de hijos del donante (arts. 644, 645, 646 CC), por

19 COSTAS RODAL, L: "Contrato donación", cit., p. 2770.

20 REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J.: "Donación", cit., p. 196.

21 COSTAS RODAL, L: "Contrato donación", cit., p. 2786.

el incumplimiento del donatario de alguna de las cargas impuestas por el donante (art. 647) y por ingratitud del donatario (arts. 648, 649 y 650 CC).

## II. REVOCACIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN POR SUPERVIVENCIA O SUPERVENIENCIA DE HIJOS.

Como se ha expuesto en el apartado anterior, una de las causas que prevé el CC en los arts. 644, 645 y 646 CC, por la que es posible revocar la donación, es cuando exista una supervivencia o superveniencia de hijos del donante. Fundamentalmente, el legislador reguló esta causa ya que entendió, que el donante no hubiera realizado la donación si hubiera sabido de la supervivencia o superveniencia de algún hijo.

De la lectura del art. 644 CC<sup>22</sup>, se desprende que para que sea de aplicación esta causa de revocación es necesario que se cumplan determinados requisitos. En primer lugar, que la donación realizada debe de ser una donación *inter vivos*, que como define OSSORIO SERRANO, la donación es *inter vivos* cuando "se realiza para que el donatario adquiera la cosa donada y produzca plenos efectos en vida del donante"<sup>23</sup>.

En consecuencia, para que se pueda aplicar esta causa de revocación necesariamente la donación debe de ser *inter vivos*, ya que en el caso de las donaciones *mortis causa* no tiene sentido su aplicación. Básicamente, una donación *mortis causa* es aquella que, aunque el donante ordena la realización de la donación en vida, ésta no despliega sus efectos para el donatario hasta la muerte del donante y, por lo tanto, el donatario no adquiere la cosa hasta la muerte del donante. En consecuencia de ello, como señala BLASCO GASCÓ, "esta clase de donaciones son revocables *ad libitum* hasta el momento de la muerte del causante"<sup>24</sup>, y por ello, no tiene sentido la aplicación de esta causa de revocación en las donaciones *mortis causa*.

En segundo lugar, es preciso que el donante en el momento de realizar la donación no tenga hijos, ni descendientes. Y, en tercer lugar, debe de producirse, o bien la supervivencia o bien, la superveniencia de un hijo.

En principio, estas son las condiciones necesarias, que se aprecian de la lectura del art. 644 CC, para que se pueda aplicar esta causa de revocación. No obstante,

22 Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos, ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes:

1º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos.

2º Que resulte vivo el hijo del donante que éste reputaba muerto cuando hizo la donación.

23 OSSORIO SERRANO, J. M.: "Contrato donación", cit. p. 297.

24 BLASCO GASCÓ, F. P.: "Instituciones de Derecho Civil: Contratos en particular", 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 183.

a continuación, se va a analizar de una forma más detallada tanto la superveniencia de hijos como la supervivencia de hijos.

### I. Superveniencia de hijos.

La superveniencia debe de ser entendida como “el supuesto en el que al realizar la donación el donante no tiene hijos, y después de hecha, los tiene”<sup>25</sup> tal y como define CARRIÓN OLMOS.

#### A) *Superveniencia de un hijo por naturaleza.*

Se trata del supuesto más sencillo o más simple, ya que nos encontramos, ante el caso de que, el donante, en un momento posterior a aquel en el que realizó la donación, tiene un hijo.

En relación con este primer supuesto, es interesante señalar la sentencia SAP Alicante 15 enero 2014<sup>26</sup>, en la cual, la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Alicante, conoce del siguiente supuesto de hecho. Aún constante el matrimonio de D. Patricio y Dª. Angélica, D. Patricio en fecha 18 de enero de 2007, dona a Dª. Angélica en escritura pública su mitad pro indivisa de una vivienda, una plaza de garaje y un trastero, quedando desde la aceptación, Dª. Angélica como única propietaria de dichos bienes inmuebles.

En fecha 8 de septiembre de 2011 y mediante sentencia firme, Dª. Angélica y D. Patricio se divorcian, naciendo un hijo de D. Patricio en 2012 fruto de su relación con otra mujer. En consecuencia del nacimiento de su hijo y para poder cubrir las necesidades de éste, D. Patricio solicita la revocación de la donación fundamentando jurídicamente ello en los arts. 644 y siguientes del CC.

El Juzgado de Primera Instancia que conoció de este caso, revocó la demanda presentada por D. Patricio, otorgando por lo tanto la razón a Dª. Angélica. En consecuencia, D. Patricio recurrió dicha sentencia en apelación, resolviendo dicho recurso la Audiencia Provincial de Alicante y fallando que, sí ha lugar la revocación de la donación ya que como señala expresamente la sentencia, “los hijos o descendientes a los que se refiere este artículo (el 644 CC) son los matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos”<sup>27</sup>.

A su vez, también destaca la sentencia SAP Madrid 29 noviembre 2019<sup>28</sup>, ya que ésta establece como, no es requisito que el hijo por el que el donante reclama

25 CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, cit., p. 346.

26 SAP Alicante 15 enero 2014 (EDJ 2014, 55667).

27 Fundamento Derecho Segundo SAP Alicante 15 enero 2014 (EDJ 2014, 55667).

28 SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ I6311, 2019).

la revocación de la donación, deba de ser hijo de una persona distinta a la del donatario. Concretamente, esta sentencia presenta el supuesto de hecho de, un matrimonio (D. Victorino y D<sup>a</sup>. Julia) en donde él (donante), mediante transferencia bancaria, en 5 de diciembre de 2016, le donó a ella (donataria) 350.000€, dinero que se destinó al pago del 50% de la vivienda habitual. Con posterioridad a dicha fecha, el 29 de marzo de 2018, fruto de su matrimonio tienen una hija, y Victorino, tras el nacimiento de ésta, insta la revocación de la donación realizada a su mujer por superveniencia de una hija.

El Juzgado de Primera Instancia que conoce de este asunto, falla a favor de la entonces mujer, porque entiende que la revocación de las donaciones por superveniencia de un hijo no resulta aplicable a este caso en concreto, pues ésta “sólo podía prosperar cuando el donante tuviese un hijo con posterioridad a la misma, pero con persona distinta del donatario”<sup>29</sup>.

D. Victorino, no conforme con el fallo, interpuso recurso de apelación del que conoció la Sección 20<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, que falló (en la sentencia anteriormente citada) que sí que resulta de aplicación la causa de revocación de la donación por superveniencia de hijos, puesto que “basta con que el nacimiento se hubiese producido con posterioridad a la donación, no exigiendo en ningún momento el citado precepto que el hijo deba nacer de persona diferente a la que fuera donataria”<sup>30</sup>. Ya que, como acertadamente sí que señala la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, el fundamento o justificación de esta revocación de la donación es “salvaguardar o proteger el interés familiar del donante, en este caso representado por el de su hija, que obviamente podría quedar seriamente perjudicado si la donataria y ex mujer, tuviere más descendencia con otro progenitor distinto”<sup>31</sup>.

#### *B) Superveniencia de un hijo adoptado.*

Este caso que se plantea, es igual al supuesto anterior, pues nos encontraríamos ante un donante, el cual en el momento de realizar la donación, no tenía ningún hijo, pero con posterioridad a la misma, adopta a un hijo.

Ante este supuesto, los tribunales deberían de resolver de la misma forma que lo harían si se encontraran con el supuesto anterior (superveniencia de un hijo biológico), porque por una parte, el art. 644 CC cuando habla de hijos lo hace de forma genérica, sin diferenciar entre los hijos por naturaleza y los hijos adoptados;

29 Fundamento Jurídico Primero SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ 16311, 2019).

30 Fundamento Jurídico Tercero SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ 16311, 2019).

31 Fundamento Jurídico Tercero SAP Madrid 29 noviembre 2019 (ROJ 16311, 2019).

y por otra parte, debe de recordarse que, el art. 108 CC, establece la igualdad entre los hijos por naturaleza y los hijos adoptados.

Aunque en las diferentes bases de datos de jurisprudencia, no he encontrado expresamente, un supuesto de hecho en donde se plantee el caso de un donante que realiza una donación, y con posterioridad, adopta a un hijo solicitando tras ello la revocación de la donación. Bien es cierto, que el Tribunal Supremo en la sentencia STS (Civil) 6 febrero 1997<sup>32</sup>, estableció que, en este ámbito, no se podía discriminar a los hijos según si fueran hijos por naturaleza (hijos biológicos) o hijos adoptados.

Como expone dicha sentencia, en un primer momento, la redacción original del art. 644 sí que expresamente hacía referencia únicamente a los hijos por naturaleza o biológicos, ya que el primer punto se redactó de la siguiente forma: “1.º Que el donante tenga, después de la donación, hijos legítimos o legitimados, o naturales reconocidos, aunque sean póstumos”<sup>33</sup>.

Sin embargo, en 1981, la Ley 11/1981<sup>34</sup> que modificó el CC en materia de filiación (entre otros aspectos), modificó la redacción del art. 644, la cual se mantiene vigente hasta la actualidad, en donde ya no se diferencia o se trata de diferente forma a los hijos adoptivos. De modo que, “toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes (sin discriminación alguna, incluyendo todo tipo de hijos) será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes. Y el primero de ellos (núm. 1), es: que el donante tenga, después de la donación, hijos (sin distinguir la clase), aunque sean póstumos”<sup>35</sup>.

### *C) Superveniencia de un hijo póstumo del donante.*

En este tercer supuesto, se plantea el caso de, un donante que realiza una donación, fallece tras realizar la misma, pero con posterioridad a su muerte y mediante las técnicas previstas en la Ley 14/2006<sup>36</sup>, la cónyuge supérstite tiene un hijo, el cual ha sido concebido con los gametos que el donante proporcionó en vida.

Pese a que no parece haber ninguna sentencia en la que se plantee precisamente este supuesto de hecho ante los tribunales, conforme a la dicción del CC en su art. 644 en donde expresamente señala “aunque sean póstumos”, parece indiscutible

32 STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

33 Redacción original del art. 644 1.º del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

34 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

35 Fundamento Derecho Segundo STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

36 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

que si el donante, aún ya habiendo fallecido, tiene un hijo, podría revocarse las donaciones que aquel donante efectuó, alegando esta causa de revocación.

No obstante, para que se puedan emplear estos gametos del donante, con posterioridad a su muerte, el donante (conforme el art. 9 de la Ley 24/2006 en donde expresamente se regula aquellos supuestos de premoriencia del marido) deberá de prestar un consentimiento "libre, consciente y formal"<sup>37</sup> en "escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas"<sup>38</sup>, ya que de esta forma, podrán emplearse los gametos del donante para la fecundación en el plazo de los 12 meses siguientes a su muerte. De modo que, en caso de ausencia de este consentimiento, no podrá emplearse dichos gametos<sup>39</sup>, excepto que, la cónyuge superviviente ya se encontrara en un proceso de reproducción asistida con transferencia de preembriones, siempre que éstos (los preembriones) hayan sido constituidos con anterioridad al fallecimiento del donante (cónyuge), tal y como regula expresamente el párrafo segundo del apartado segundo del art. 9 de la Ley 24/2006.

Como indica COBAS COBIELLA, "un antecedente a esta regulación se encuentra en el derecho francés, en el conocido caso affaire Parpalaix, resuelto por los tribunales franceses en el año 1984, cuyos argumentos se centran en que los gametos masculinos depositados, están fuera del comercio de los hombres y que estas muestras tomadas para proceder a la inseminación no forman parte del caudal hereditario del causante. La demanda prosperó, sobre el argumento jurídico de la intención que tuviera el causante de procrear, con su mujer, y hacer a la misma madre de un hijo en común"<sup>40</sup>.

En relación con lo anteriormente expuesto y para resaltar la importancia del consentimiento, es interesante el auto AAP Valencia 23 diciembre 2003<sup>41</sup>, en donde a la Audiencia Provincial de Valencia, se le plantea el caso de, un matrimonio en el cual, el marido (enfermo de leucemia) decide congelar gametos para que, cuando se cure de dicha enfermedad el matrimonio los emplee para tener un hijo. Justo unos días después de haber realizado la congelación con dicha finalidad, el marido fallece, por lo que la mujer solicita autorización judicial para que sea inseminada con los gametos de su viudo, porque su viudo no había dejado de forma expresa

37 Art. 6.3 *in fine* de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

38 Art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana.

39 En tal sentido véase, junto con el art. 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida humana, y el art. 7 del Real Decreto 413/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los Requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los Centros y Servicios Sanitarios relacionados con las técnicas de Reproducción Humana Asistida.

40 COBAS COBIELLA, M<sup>o</sup>. E.: "La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones", *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 68-83.

41 AAP Valencia 23 diciembre 2003 (EDJ 2003, 224246).



un consentimiento para que ella pudiera ser inseminada con dichos gametos si él fallecía.

La Audiencia Provincial de Valencia, tras analizar toda la normativa que afectaba a este caso, concluyó que, “aunque en la Legislación sobre reproducción asistida examinada, prime el deseo de una maternidad en solitario sobre el hecho de que el hijo nazca en una familia no monoparental, cuando éste se ha de concebir por una inseminación post-mortem del marido fallecido, ha de mediar su consentimiento expreso per se no sustituible”<sup>42</sup>, evidenciándose la necesidad de la existencia de un consentimiento previo y expreso por el marido.

*D) Superveniencia de un hijo reconocido mediante sentencia judicial.*

Esencialmente, en este cuarto supuesto, nos encontraríamos ante el caso de un donante que realiza una donación, y con posterioridad en el tiempo, mediante sentencia judicial se determina la filiación no matrimonial de un hijo.

A pesar de que los tribunales no se han pronunciado de forma expresa acerca de este supuesto, de acuerdo con el art. 120 CC, una de las formas de determinar la filiación no matrimonial es por sentencia firme.

Como consecuencia de dicha sentencia firme, al donante le sobrevendría un hijo (superveniencia de hijo), siendo por lo tanto dicha sentencia, en mi opinión, título suficiente como para solicitar la revocación de las donaciones que el donante pudiera haber realizado antes de dicha sentencia judicial.

*E) Donación realizada con conocimiento de la concepción del hijo.*

Por último, un caso muy interesante, es el que se plantea en el caso de que un donante a sabiendas o teniendo conocimiento de la concepción de su hijo, realiza igualmente una donación, y tras el nacimiento del menor, pretende revocar dicha donación alegando la superveniencia de un hijo.

Sin lugar a dudas, este supuesto podría definirse como un tanto dudoso, puesto que no queda del todo claro si dicha donación podría ser o no revocada por el donante, y por el momento los tribunales no se han pronunciado sobre dicha cuestión.

---

42 Fundamento Derecho Séptimo AAP Valencia 23 diciembre 2003 (EDJ 2003, 224246).

No obstante y como es sabido, conforme a la expresa dicción del art. 29 CC, “el concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables”<sup>43</sup> pero, como señala LACRUZ, “la irrevocabilidad no es efecto favorable”<sup>44</sup>.

Junto con lo anterior, el fundamento o la justificación por la que el legislador estableció esta causa de revocación de las donaciones, es porque el donante, no hubiera realizado la donación si hubiera sabido de la superveniencia de un hijo (en este caso).

En consecuencia, y siguiendo la argumentación dada por LACRUZ, “es probable que la presencia, conocida en el momento de la donación, de un hijo meramente concebido haga irrevocable la donación, mas no por virtud del art. 29 (...), sino por fallar entonces la motivación de la norma”<sup>45</sup>. Puesto que, ¿qué sentido tendría permitir la revocación de la donación a un donante que ya sabía o conocía que su hijo ya estaba concebido?

En mi opinión, el único supuesto en el que podría revocarse dicha donación respetando el fundamento u origen de esta causa de revocación, sería en el caso de que el hijo/a que el donante esperaba, no llegase a nacer con vida, ya que como señala el Tribunal Supremo “la revocabilidad de la donación por tal causa tiene como fundamento salvaguardar o proteger el interés familiar del donante, en este caso representado por el de su hija (...)”<sup>46</sup>.

## 2. Supervivencia de hijos.

El concepto de supervivencia ha de ser entendido, como aquel supuesto en el que, un donante realiza una donación, convencido de que su hijo está muerto, sin embargo, posteriormente el donante descubre como ese hijo que reputaba muerto está vivo y por lo tanto, en el momento de realizar la donación estaba vivo.

De acuerdo con el art. 193 CC, se establecen los diferentes plazos (según las circunstancias) que deben de transcurrir para que a una persona se le declare como fallecida. En consecuencia de ello y a efectos de esta causa de revocación, ¿sería necesario que el hijo fuera declarado fallecido? Como señala COSTAS RODAL, no es necesario que sea declarado como fallecido, “sólo que el donante crea muerto al hijo”<sup>47</sup>.

43 Art. 29 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

44 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de derecho civil. Tomo II: derecho de obligaciones. Volumen II: Contratos y cuasicontratos* (5<sup>a</sup> ed.), Dykinson, Madrid, 2013, p. 99.

45 LACRUZ BERDEJO, J. L.: *La Donación*, cit., p. 99.

46 Fundamento Derecho Segundo ATS (Civil) 25 mayo 2022 (EDJ 2022/584458)

47 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2787.

### 3. Cuestiones comunes a la supervivencia y superveniencia de hijos.

#### A) El objeto de protección de esta causa de revocación.

La justificación por la cual el legislador prevé esta causa de revocación de la donación, en palabras de LACRUZ es porque, “el donante se priva de unos medios económicos que pueden serle precisos a él o a los suyos (...), es razonable que se faculte a aquél a retirar los bienes cuando se producen ciertos eventos en los que la Ley supone que, de conocerlos, no hubiera realizado la liberalidad”<sup>48</sup>.

El legislador, mediante la regulación de esta causa de revocación, protege y garantiza, por una parte, el patrimonio del donante ya que, consigue retornar a dicho patrimonio, bienes que salieron del mismo a través de una donación realizada válidamente. Pero no sólo ello, sino que también, protege a los hijos y descendientes del donante, ya que tal y como señala el propio Tribunal Supremo “la revocabilidad de la donación por tal causa tiene como fundamento salvaguardar o proteger el interés familiar del donante, en este caso representado por el de su hija”<sup>49</sup>.

Dentro de esta protección a los hijos y descendientes del donante, esta causa de revocación, en primer lugar, protege el deber de alimentos que puede tener el donante sobre sus hijos o descendientes, el cual se encuentra regulado en los arts. 142 y siguientes del CC. En concreto, conforme al art. 142 CC, se entiende por alimentos (en general) todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. No obstante, este concepto se amplía a la educación e instrucción mientras que el alimentista (quién recibe los alimentos) sea menor de edad, o siendo mayor, no haya finalizado su formación por causa que no le sea imputable.

En mi opinión, protege este derecho de alimentos, porque al incorporar de nuevo, al patrimonio del donante, aquellos bienes que habían salido, se introducen en el patrimonio bienes con los que es posible cumplir con esta obligación que tienen los padres sobre sus hijos de proporcionarles alimentos.

Pues como prevé el art. 152 CC, junto con la muerte del obligado a prestar a alimentos (art. 150 CC), existe toda una serie de causas por la que es posible cesar la obligación de alimentos, destacando entre ellas la prevista en el art. 152.2° CC, en donde es posible cesar dicha obligación cuando la fortuna del obligado, se hubiera reducido hasta el punto de no poder satisfacerlos sin atender sus propias necesidades.

<sup>48</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La Donación”, cit., p. 99.

<sup>49</sup> Fundamento Derecho Segundo ATS (Civil) 25 mayo 2022 (EDJ 2022, 584458).

En consecuencia de lo anterior, si por ejemplo, un hombre realiza una donación, y posteriormente a realizar esta donación tiene un hijo, a través de esta causa de revocación, podría volver a incorporar en su patrimonio, aquellos bienes que donó, pudiendo hacer frente de este modo a todas las necesidades que pueda tener su hijo tras el nacimiento.

Y, en segundo lugar, considero que también es objeto de protección la porción de legítima que le corresponde a los hijos y descendientes del donante, ya que, como destaca COSTAS RODAL, “la revocación de la donación hace que retornen al patrimonio del donante los bienes que de él salieron, aumentando así sus expectativas hereditarias con respecto a una futura sucesión”<sup>50</sup>.

Teniendo en cuenta el fundamento o la justificación por la cual el legislador prevé expresamente esta causa de revocación, en mi opinión, cuando el donante revoca esta donación válidamente efectuada es porque quiere que sus hijos y descendientes bien en vida, o tras su muerte, puedan disponer de esos bienes que han sido objeto de revocación de la donación.

Desde mi punto de vista, no tendría sentido que un donante revocase una donación porque conoce que va a tener un hijo o que su hijo realmente estaba vivo, para posteriormente donar a otra persona (distinta de los hijos y descendientes) estos mismos bienes, ya que, si la donación ha sido revocada, es porque el donante querrá que esos bienes sean para sus hijos o descendientes. Y si se produjese esta donación a persona distinta, sería interesante estudiar si la misma podría ser objeto de revocación por mala fe, porque esos bienes no están siendo empleados o reservados para los hijos y descendientes del donante.

Concretamente, este aumento de las expectativas hereditarias de los hijos del donante, se produce en el momento en el que retornan dichos bienes al patrimonio del donante, ya que dicho retorno hará que el patrimonio del donante aumente, y en consecuencia, aumentará el valor de su futura porción de la legítima que les corresponda. Concretamente MARTÍNEZ VELENCOSO, define que la legítima es “una cuota a la que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona (...), a percibir a partir de su muerte, sino se recibió en vida”<sup>51</sup>, la cual se encuentra regulada en los arts. 806 y siguientes CC.

Junto con lo anterior, es interesante destacar como la protección de la legítima también se ve reflejada en otro aspecto, y es que, se permite la imputación de donaciones hechas a extraños (a aquellos que no son legitimarios), que como define MARTÍNEZ VELENCOSO, la imputación es “la operación que consiste en

50 COSTAS RODAL, L: “Contrato donación”, cit., p. 2788.

51 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones* (coord. J. ALVENTOSA DEL RIO y M.E. COBAS COBIELLA), 2<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 598.

asociar cada una de las atribuciones patrimoniales a título gratuito realizadas por el causante a la porción correspondiente de la herencia (legítima, mejora o libre disposición) a los efectos de determinar la existencia de inoficiosidad y, por consiguiente, determinar su reducción<sup>52</sup>.

Conforme indica el art. 819 CC, estas donaciones hechas a no legitimarios, se imputan a la parte libre, ya que se entiende que es aquello que el testador ha podido disponer conforme a su libre voluntad, aunque “si se excede, se reducen por inoficiosas, pero después de reducirse o anularse los legados (arts. 819 y 820.2 CC)”<sup>53</sup>, protegiendo de este modo la legítima.

*B) Inexistencia de hijos del donante en el momento de la donación como requisito.*

El art. 644 CC, cuando regula esta causa de revocación de la donación, expresamente indica, “hecha por persona que no tenga hijos, ni descendientes”. Sin embargo, ante los tribunales se han planteado diferentes supuestos de donantes, que en el momento de realizar la donación ya tenían otros hijos y, como tras realizar dicha donación, le sobreviene otro hijo, intentan revocar la donación por esta causa.

Concretamente, al Tribunal Supremo se le planteó el siguiente supuesto de hecho. D<sup>a</sup>. Nicolasa, en fecha 21 de junio de 2006 mediante escritura pública, realizó una donación a favor de su marido D. Marcial, teniendo D<sup>a</sup>. Nicolasa dos hijos nacidos del matrimonio en el momento en que realizaba la donación.

El Juzgado de Primera Instancia n° 45 de Madrid, que conoció su supuesto de hecho, estimó parcialmente su demanda y falló que dicha donación debía de ser revocada ya que, a D<sup>a</sup>. Nicolasa, le había sucedido un hijo tal y como indica el precepto 644.

D. Marcial, no conforme con dicha sentencia, recurrió la misma en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid. Recurso que conoció la Sección 14<sup>a</sup>, estimando el recurso presentado por D. Marcial y fallando a favor de éste, ya que como expresamente señaló la Audiencia, “la sentencia, (...), ha ignorado que la donante en el momento de la donación tenía dos hijos nacidos del matrimonio con el hoy demandado y solo ha tenido en cuenta que la misma tuvo una nueva hija en el año 2015”<sup>54</sup>, en consecuencia, la Audiencia Provincial de Madrid, falló que la donación no debía ser revocada.

52 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, cit., p. 607.

53 MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, cit., p. 612.

54 Fundamento Derecho Primero ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

D<sup>a</sup>. Nicolasa, en desacuerdo con la sentencia dictada por la Audiencia, interpuso contra la misma, recurso de casación, conociendo del mismo, el Tribunal Supremo en el auto ATS (Civil) 22 diciembre 2021<sup>55</sup>, en donde inadmitió dicho recurso, ya que “el requisito para que pueda pedirse la revocación por superveniencia de hijos (...) exige que el donante “no lo tuviere” [al hijo] al tiempo de la donación; no que tuviere unos hijos y después tuviere otros, y ello con independencia del fundamento de esta causa de revocación”<sup>56</sup>.

Por último, destacar el supuesto de hecho que se presenta en la sentencia STS (Civil) 6 febrero 1997<sup>57</sup>. En esta sentencia, al Tribunal Supremo se le planteó el caso de un matrimonio, D. David y D<sup>a</sup>. María del Carmen, que adoptaron a un hijo (D. Darío) y que a favor del mismo y de su esposa realizaron unas donaciones que las partes calificaron como contratos. Un tiempo después, D. David y D<sup>a</sup>. María del Carmen, adoptaron a otros dos hijos más.

Como expone claramente el Tribunal Supremo en la sentencia, la donación encubierta que D. David y D<sup>a</sup>. María del Carmen realizaron a favor de D. Darío y su mujer, no puede ser revocada, porque “la existencia de un hijo (sin importar la clase) del donante, impide que éste o sus hijos puedan revocar la donación, por superveniencia de otros hijos (también sin importar la clase)”<sup>58</sup>.

### *C) Aspectos relativos al ejercicio de la acción.*

La acción de revocación de la donación, está expresamente regulada en el art. 646 CC. Concretamente del primer párrafo de dicho artículo, se puede extraer que, en primer lugar, existe un plazo de cinco años para ejercitar la acción; en segundo lugar, que es un plazo de prescripción ya que el legislador emplea el término “prescribe”; y en tercer lugar, que este plazo de cinco años comienza a contar desde que se tiene noticia de la superveniencia o supervivencia de un hijo, es decir, desde que se tiene noticia del nacimiento del hijo o desde que se conoce que aquél hijo que se reputaba muerto realmente estaba y está vivo.

A su vez, del segundo párrafo, es posible extraer como la acción es irrenunciable, de modo que, en principio no se podría firmar una cláusula en donde de forma anticipada se renunciara a dicha acción, y ésta se transmite a los hijos y descendientes del donante cuando éste fallece.

55 ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

56 Fundamento Derecho Segundo ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

57 STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

58 Fundamento Derecho Tercero STS (Civil) 6 febrero 1997 (EDJ 1997, 126).

Sin perjuicio de todo lo anterior, que es todo aquello que es posible extraer de la literalidad del precepto, es interesante señalar ciertos aspectos en relación con esta acción de revocación.

En primer lugar, en relación a la legitimación activa, como señala SABORIDO SÁNCHEZ, “podrá ejercitarla el donante o los hijos o descendientes”<sup>59</sup>. No obstante, no debe confundirse éstos, con los herederos del donante, pues aunque los hijos pueden ser herederos del donante, los hijos tienen la legitimación activa por su condición de hijos (no por su condición de herederos), ya que, como bien señala SABORIDO SÁNCHEZ, “el texto del precepto no alude a los herederos, por lo que se defiende que estos carecen de legitimación activa”<sup>60</sup>.

En segundo lugar, como señala la sentencia SAP Girona 30 abril 2008<sup>61</sup>, “la revocación es un derecho que tiene el donante, que puede ejercitar o no frente al donatario, (...) el derecho sobre la decisión a revocar o no una donación no precisa de ningún consentimiento o aceptación del donatario”<sup>62</sup>.

En tercer lugar, es interesante explicar cómo, para revocar la donación, no necesariamente el donante debe acudir siempre a la vía judicial, pues como de forma detallada explica esta misma sentencia, “el donante puede perfectamente acudir a un Notario y declarar la revocación de la donación por cualquiera de las causas legales. Y tal declaración en absoluto es nula, pero no debemos confundir la nulidad con la eficacia de dicha declaración. Es claro que para que una revocación de una donación sea plenamente eficaz debe ser aceptada por el donatario y si así ocurre, restituirá los bienes muebles o aceptará que los inmuebles se inscriban de nuevo a favor del donante. Pero, si no acepta la revocación, el donante debe ejercitar la acción judicial correspondiente y mientras judicialmente no se declare la donación revocada, la revocación hecha extraprocesalmente no tiene ninguna eficacia jurídica.”<sup>63</sup>.

En cuarto lugar, en cuanto al plazo, aunque de la literalidad del precepto parece deducirse la prescripción de la acción, ya que tal y como se ha comentado, el legislador emplea la palabra “prescribe”, diferentes sentencias señalan que realmente el plazo es de caducidad. De este modo, la sentencia SAP Pontevedra 20 mayo 2013<sup>64</sup>, al hacer referencia a la acción de reducción de las donaciones inoficiosas señala, “la acción de reducción de donaciones inoficiosas debe regirse,

59 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “Artículos 644, 645 y 646”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil 5 Tomos* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 3199.

60 SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “Artículos 644”, cit., p. 3199.

61 SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

62 Fundamento Derecho Tercero SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

63 Fundamento Derecho Tercero SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

64 SAP Pontevedra 20 mayo 2013 (EDJ 2013, 94288).

por su analogía, con la de revocación de las donaciones por supervivencia o superveniencia de hijos, luego no ha de tener naturaleza distinta su plazo de ejercicio que los de caducidad". Al igual que la sentencia SAP Girona 30 abril 2008<sup>65</sup>, que también señala el plazo de caducidad de esta acción "pero siempre interponiendo la acción antes del vencimiento del plazo, no interrumpible como de caducidad que es"<sup>66</sup>.

En quinto y último lugar, esta acción de revocación de la donación, no se produce de manera automática en el momento en que se tiene noticia del nacimiento de un hijo o se conoce que el hijo no estaba muerto, sino que como señala el Tribunal Supremo en sentencia STS (Civil) de 8 marzo 1972<sup>67</sup>, "tanto por superveniencia de hijos como por supervivencia de ellos, aunque parece que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 644 (...), se produce "ipso facto" por el hecho de ocurrir cualquiera de aquellos dos supuestos como sucedía en Derecho Romano y en nuestra Legislación de Partidas, sin embargo no es así, pues como se deduce del artículo 646 (...) y del 651 (...) requiere que sea postulada por el propio donante o por sus hijos y descendientes legítimos, según los casos"<sup>68</sup>.

#### **4. Nuevos retos de esta causa de revocación: hijos nacidos mediante gestación por sustitución.**

Debido al paso del tiempo, las sociedades avanzan y el Derecho, debe de seguir cada uno de estos avances, adaptándose a las nuevas realidades que tienen ocasión en esa sociedad. En este caso, esta causa de revocación de las donaciones por superveniencia y supervivencia de hijos, mantuvo su redacción original hasta 1981, momento en el cual su redacción fue modificada por la Ley 11/1981<sup>69</sup>.

Sin embargo, y pese a dicha modificación operada por el legislador, tal y como recoge el auto ATS (Civil) 22 diciembre 2021<sup>70</sup> al incluir en la sentencia un fragmento literal de la demanda presentada por la parte actora, "no se podía imaginar el legislador la situación social real 35 años después, donde se dan parejas de hecho, con casi los mismos derechos y obligaciones que los matrimonios, los matrimonios con personas del mismo sexo y muchísimo menos las gestaciones subrogadas, las fecundaciones in vitro, la donación de óvulos, la adopción internacional o tantas y tantas otras relativas al modo de organizar la vida familiar"<sup>71</sup>.

65 SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

66 Fundamento Derecho Tercero SAP Girona 30 abril 2008 (EDJ 2008, 99912).

67 STS (Civil) 8 marzo 1972 (EDJ 1972, 185).

68 Fundamento Derecho Tercero STS (Civil) 8 marzo 1972 (EDJ 1972, 185).

69 Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

70 ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).

71 Fundamento Derecho Tercero ATS (Civil) 22 diciembre 2021 (EDJ 2021, 806537).



Es por ello que, uno de los nuevos retos a los que, de forma más temprana o tardía en el tiempo, deberá de enfrentarse esta causa de revocación, es la superveniencia de hijos por gestación por sustitución. Específicamente, considero que es un nuevo reto, porque en las diferentes bases de jurisprudencia, aún no ha aparecido ninguna sentencia o auto de ninguna instancia, en donde los tribunales españoles hayan conocido de un supuesto de hecho en donde un donante, tras realizar una donación, es padre/madre mediante el método de gestación por sustitución, y por superveniencia de hijo, solicita la revocación de dicha donación.

En España, actualmente, la gestación por sustitución (más comúnmente conocida como gestación subrogada) no se considera un método o una técnica de reproducción asistida humana. En tal sentido, la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en su art. 10, considera "nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero"<sup>72</sup>. Pero, como indican ORTEGA GIMÉNEZ, COBAS COBIELLA y HEREDIA SÁNCHEZ "es una problemática, que más que jurídica -que lo es- es también social, y sobre todo de actualidad, porque en el centro de atención no sólo están los menores sino también la protección de la libertad de las personas, los derechos de la personalidad y sobre todo el derecho a la procreación, así como el derecho a conocer la identidad biológica"<sup>73</sup>.

Sin perjuicio de que, como se ha indicado, en España este método de gestación por sustitución no está permitido, lo cierto es que la realidad social es otra<sup>74</sup>, ya que, dicha prohibición, no impide que aquellas parejas que deseen emplear este método, vayan a otros países en donde sí esté permitido su uso, tengan al menor y posteriormente inscriban a dicho menor como hijo suyo en el Registro Civil.

En consecuencia de lo anterior, estos menores, una vez que se inscriben en el Registro Civil, son hijos de la pareja, pudiendo por lo tanto, encajar este supuesto de hecho en el del art. 644 CC (superveniencia de hijos del donante). Por lo

72 Art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

73 ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, M<sup>a</sup>. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L. S.: "Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev", *Diario La Ley, Tribuna*, núm. 9281, 2018, p. 3.

74 En tal sentido, COBAS COBIELLA indica lo siguiente "La realidad social se impone a lo establecido y permitido, y esto es sólo el comienzo. La ciencia, la investigación científica es imparable, y los límites muy difíciles de establecer, pero la problemática en este tema ya no es posible resolverla con lo previsto en el artículo 10 de la Ley de Reproducción Asistida, entre otras cosas porque es un artículo enunciativo y caracterizado por la incertidumbre en orden a las consecuencias jurídicas de la nulidad, sin contar que por demás- y esto ya está más que dicho y publicado- lo que resulta nulo es el contrato, no el propio acto de ofrecer el componente gestacional para concebir una vida". Vid. COBAS COBIELLA, M<sup>a</sup>. E.: "Gestación subrogada. Cuando la realidad social supera a la realidad jurídica", en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (coord. A. GUTIÉRREZ BARRENGO), Dykinson, Madrid, 2019, p. 510.

tanto, ¿podría solicitarse la revocación de una donación realizada por uno de los progenitores donantes?

Si se parte del fundamento o justificación por la que el legislador reguló esta causa de revocación, y de la argumentación de LACRUZ, en relación a si una donación se puede revocar o no teniendo en cuenta que el donante la realizó conociendo que su hijo había sido concebido (expuesta en uno de los supuestos planteados en superveniencia de hijos), en mi opinión, creo que depende del momento en que el donante (futuro progenitor) haya realizado la donación, será posible revocar o no la misma.

Si el donante realiza la donación antes de iniciar todo el procedimiento de gestación por sustitución, es decir antes de plantearse incluso la utilización de este método o de haber firmado el contrato (el cual es nulo conforme al ordenamiento jurídico español), en mi opinión, el donante podrá revocar la donación, porque en el momento de realizar la misma, no preveía que pudiera ser padre o madre. En consecuencia, esta situación en mi opinión, sería equivalente al caso de un donante que realiza una donación y un tiempo después, su pareja/su cónyuge de forma natural o mediante técnicas de reproducción asistida, se queda embarazada y nace su hijo.

Si el donante llevase a cabo la donación después de firmar el contrato, en este caso el donante tiene conocimiento de que, de forma más pronta o más tardía va a ser padre/madre (según cuántos procesos de fecundación in vitro o de inseminación sean necesarios para que la mujer gestante quede embarazada). No obstante, creo que, si el donante realiza la donación en este momento, es más que discutible si la donación se puede o no revocar, porque, aunque el donante sepa que en breve será padre/madre, el donante no deja de tener únicamente una esperanza futura, ya que ni siquiera la mujer gestante está aún embarazada. En consecuencia, si un donante realizara una donación en ese momento, pese a que, en mi opinión, es el momento en que puede ser más discutido si es posible o no revocar la donación, yo creo que si sería posible porque el donante únicamente tiene una esperanza futura de ser padre/madre.

Por el contrario, si el donante efectuase la donación ya conociendo que la mujer gestante está encinta, como el donante ya no únicamente tiene una esperanza futura, sino que, además, sabe y conoce que la mujer gestante está embarazada, en mi opinión, no se podría revocar la donación realizada, excepto que el menor, no llegase a nacer.

Y, por último, si el donante realiza la donación ya habiendo nacido el menor, aunque no habiendo sido inscrito el menor en el Registro Civil, en tal caso considero que la donación no se puede revocar ya que, el donante en el momento

de realizar la donación ya tiene un hijo, aunque por cuestión de tiempo o trámites burocráticos el menor no figure como hijo suyo.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, como se ha comentado al inicio de este apartado, sobre esta cuestión aún no se han pronunciado los tribunales españoles. En consecuencia, será de sumo interés ver el sentido de sus pronunciamientos y sus argumentaciones cuando se les presente el supuesto de hecho ahora expuesto y analizado.

#### IV. CONCLUSIONES.

La revocación de las donaciones por superveniencia o supervivencia de hijos, como ya se avanzaba en la introducción de este artículo, no es tan sencilla o tan simple como parece, pese a que el legislador redactó la misma de una forma bastante clara en comparación con otros preceptos, o con otras causas de revocación de las donaciones.

Como se ha analizado, esta causa de revocación realmente se subdivide en dos, superveniencia y supervivencia de hijos del donante. Dentro de la supervivencia, se ha analizado como, pese a que ni el legislador ni los tribunales se han pronunciado al respecto, en principio a nivel teórico, es posible sostener que no es necesaria la declaración de fallecimiento, sino que simplemente es suficiente con que el donante repunte a su hijo por muerto.

Por su parte, dentro de la revocación por superveniencia de hijos, se ha expuesto como no únicamente se encuentra el supuesto de que el donante tenga un hijo biológico (que como se ha visto, es el supuesto que más se presenta ante los tribunales), sino que existen otros supuestos, como por ejemplo que pueda haber un hijo póstumo del donante o que una sentencia judicial sea quién reconozca un hijo del donante, aunque éstos parecen no llegar a los tribunales ya que no hay sentencias sobre éstos en las diferentes bases de jurisprudencia.

A su vez, se han analizado las cuestiones que son comunes tanto a la supervivencia como la superveniencia, en donde destaca que, si el donante ya tiene hijos en el momento de la donación, éste no podrá alegar esta causa de revocación; o, como la acción para el donante no prescribe, sino que caduca conforme a la jurisprudencia de los tribunales.

Pero, sin lugar a dudas y con vistas a futuro, la cuestión más interesante es en qué sentido fallarán los tribunales españoles, cuando se les presente el caso de un donante, que desee revocar una donación, tras ser padre/madre mediante la gestación por sustitución. Como se ha expuesto, en España no se permite este método, pero cada año un gran número de parejas inscriben en España a sus

hijos nacidos por este método. En consecuencia, antes o después, los tribunales conocerán un supuesto de hecho como el planteado, analizando entonces como resuelven cada uno de los casos y sus argumentaciones, pero por el momento, en mi opinión desde un punto de vista teórico, es posible sostener como revocar o no la donación efectuada por el donante, dependerá del momento en que se realice la donación en relación al momento en que se encuentre el proceso de gestación por sustitución.

## BIBLIOGRAFÍA

BLASCO GASCÓ, F. P.: “Instituciones de Derecho Civil: Contratos en particular 2ª Edición”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

CARRIÓN OLMOS, S.: “La donación”, en AA.VV.: *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

COBAS COBIELLA, Mª. E.:

- “Gestación subrogada. Cuando la realidad social supera a la realidad jurídica”, en AA.VV.: *Gestación subrogada. Principales cuestiones civiles, penales, registrales y médicas. Su evolución y consideración (1988-2019)* (coord. A. GUTIÉRREZ BARRENENGOA), Dykinson, Madrid, 2019.
- “La llamada reproducción asistida post mortem. Algunas reflexiones”, *Actualidad Civil*, núm. 6, 2017, pp. 68-83.

COSTAS RODAL, L.: “Contrato de donación”, en AA.VV.: *Tratado de Contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: “Elementos de derecho civil. Tomo II: derecho de obligaciones. Volumen II: Contratos y cuasicontratos”, 5º ed., Dykinson, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: “Legítimas”, en AA.VV.: *Derecho de Sucesiones*, (coord. J. ALVENTOSA DEL RÍO y Mª. E. COBAS COBIELLA), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

ORTEGA GIMÉNEZ, A., COBAS COBIELLA, Mª. E. y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S.: “Los contratos de gestación subrogada en España. A propósito del debate surgido por la paralización de las inscripciones de nacimiento por el Consulado español en Kiev”, *Diario La Ley, Tribuna*, núm. 9281, 2018.

OSSORIO SERRANO, J. M.: “El contrato de donación”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos* (coord. por F. J. SÁNCHEZ CALERO), 12ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

REYES LÓPEZ, Mª. J.: *Contratos Civiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.

SABORIDO SÁNCHEZ, P.: “Artículos 644, 645 y 646”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil 5 Tomos* (dir. A. CAÑIZARES LASO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

