

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

2587 *Resolución de 20 de febrero de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Nájera a inscribir una escritura de donación de un derecho de habitación.*

En el recurso interpuesto por don Gonzalo Sánchez Casas, notario de Logroño, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Nájera, don Igor Prieto García, a inscribir una escritura de donación de un derecho de habitación.

Hechos

I

Mediante escritura calificada de «donación intervivos con eficacia post mortem» otorgada ante el notario de Logroño, don Gonzalo Sánchez Casas, el día 16 de septiembre de 2016, con el número 693 de protocolo, por los cónyuges doña V. E. A. C. y don J. R. D., en régimen económico-matrimonial de separación de bienes, y respecto de la finca que constituye su vivienda familiar, privativa de la esposa, se dispuso lo siguiente: «Primero.–donación intervivos con eficacia post mortem. doña V. E. A. C., por razón de matrimonio y para el caso de su fallecimiento, dona a su esposo, don J. R. D., con carácter irrevocable, un derecho de habitación sobre la totalidad de la vivienda familiar descrita en el exponen I, quien lo acepta en este acto. El derecho se registrará por lo dispuesto en la presente escritura y, en su defecto, por lo dispuesto en los artículos 523 y siguientes del Código civil. Valoración del derecho de habitación: dada la edad del habitacionista de cuarenta y dos años, en la actualidad se valoraría en tres mil cuatrocientos ochenta y dos euros con diecisiete céntimos de euro (3.482,17 €). Segundo.–Eficacia del derecho de habitación. El derecho de habitación solo surtirá efecto si al fallecimiento de la propietaria el habitacionista que no estuviera separado judicialmente, ni de hecho, ni divorciado, de la propietaria, viviera y tuviera establecido su domicilio en la finca descrita, para cuya acreditación bastará su sola declaración en escritura pública. En ese caso, el derecho de habitación se extenderá a la totalidad de la vivienda y tendrá carácter vitalicio para el habitacionista. Tercero.–Extinción del derecho de habitación. Sin perjuicio de la aplicación del régimen legal de las causas de revocación de las donaciones, el derecho de habitación se extinguirá en los siguientes casos: 1.º por muerte o renuncia del habitacionista expresada en escritura pública. 2.º por contraer el habitacionista nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona. 3.º por dejar de tener el habitacionista su vivienda habitual de modo definitivo y permanente en la finca, como pudiera ser el caso de tenerla en una residencia de tercera edad. La prueba del segundo supuesto del caso 2.º y del caso 3.º, para la cancelación del derecho de habitación inscrito, se obtendrá por medio de acta notarial de notoriedad de los respectivos hechos».

II

Dicho título fue presentado en el Registro de la Propiedad de Nájera el día 19 de septiembre de 2016 y objeto de la siguiente calificación negativa: «Registro de la Propiedad de Nájera Esta nota de calificación parcial se extiende por el Registrador territorialmente competente por razón de su distrito hipotecario, en ejercicio de sus funciones de calificación de los artículos 18, 19, 19 bis) de la Ley Hipotecaria, 98 del Reglamento Hipotecario, 143, 173 del Reglamento Notarial, en virtud de las cuales ha decidido denegar la inscripción solicitada por los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos: Se presenta en este

Registro de la Propiedad de Nájera por fax el día 19 de septiembre de 2016 escritura pública de fecha 16 de septiembre de 2016, donación inter vivos con eficacia post mortem de un derecho de habitación sobre la finca 4.937 del municipio de Uruñuela, Código Registral Único (...), vivienda (...) según la calificación otorgada por el Notario autorizante don Gonzalo Sánchez Casas, quien la autoriza con fecha 16 de septiembre de 2016, siendo otorgantes doña V. E. A. C. y don J. R. D., casados en régimen económico matrimonial de separación de bienes en virtud de escritura pública de fecha 29 de septiembre de 2016, número anterior de protocolo, pendiente de constancia por indicación al margen de la inscripción de matrimonio de los cónyuges en el Registro Civil, estando el pleno dominio de la finca 4.937 de Uruñuela inscrita a favor de doña V. E. A. C. para sí, en estado civil de divorciada, inscripción 2.ª de la finca de fecha 27 de abril de 2009, por razón de escritura pública de 26 de marzo de 2009 autorizada por el Notario de Nájera don Marcos Prieto Ruiz, existiendo un derecho real de hipoteca inscrito en la finca, inscripción 3.ª de fecha 27 de abril de 2009 a favor de la entidad Caja Rural de Navarra; consolidado el asiento de presentación mediante presentación en soporte papel de la escritura pública en este Registro de la Propiedad el día 29 de septiembre de 2016, debidamente presentada la escritura pública en la Administración Tributaria competente, que ha causado el asiento de presentación 114 del Libro Diario 73. Por su importancia se transcriben las tres estipulaciones de la escritura pública: «Primero: donación inter vivos con eficacia post mortem. doña V. E. A. C., por razón de matrimonio y para el caso de su fallecimiento, dona a su esposo, don J. R. D., con carácter irrevocable, un derecho de habitación sobre la totalidad de la vivienda familiar descrita en el exponen I, quien lo acepta en este acto. El derecho se registrará por lo dispuesto en la presente escritura y, en su defecto, por lo dispuesto en los artículos 523 y siguientes del Código civil. Valoración del derecho de habitación: Dada la edad del habitacionista de cuarenta y dos años, en la actualidad se valoraría en tres mil cuatrocientos ochenta y dos euros con diecisiete céntimos de euro (3.482,17 euros). Segundo. Eficacia del derecho de habitación. El derecho de habitación solo surtirá efecto si al fallecimiento de la propietaria el habitacionista que no estuviera separado judicialmente, ni de hecho, ni divorciado, de la propietaria, viviera y tuviera establecido su domicilio en la finca descrita, para cuya acreditación bastará su sola declaración en escritura pública. En ese caso, el derecho de habitación se extenderá a la totalidad de la vivienda y tendrá carácter vitalicio para el habitacionista. Tercera. Extinción del derecho de habitación. Sin perjuicio de la aplicación del régimen legal de las causas de revocación de las donaciones, el derecho de habitación se extinguirá en los siguientes casos: 1.º Por muerte o renuncia del habitacionista expresada en escritura pública. 2.º Por contraer el habitacionista nuevas nupcias o vivir maritalmente con otra persona. 3.º Por dejar de tener el habitacionista su vivienda habitual de modo definitivo y permanente en la finca, como pudiera ser el caso de tenerla en una residencia de tercera edad. La prueba del segundo supuesto del caso 2.º y del caso 3.º, para la cancelación del derecho de habitación inscrito, se obtendrá por medio de acta notarial de notoriedad de los respectivos hechos. Fundamentos de Derecho: De conformidad con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro. El Registrador que suscribe estima que son defectos que impiden la inscripción solicitada los siguientes: 1. El Registrador que suscribe estima que se realiza un negocio jurídico de donación mortis causa del artículo 620 del Código civil que no transmite actualmente el derecho real de habitación objeto de donación, ya que toda su eficacia se supedita a la muerte del donante y sobrevivencia del donatario siempre que no existiese entre ambos separación judicial o de hecho, divorcio, viviera el donatario y tuviera su domicilio en la finca 4.937 del municipio de Uruñuela, CRU XXXX, sin que se configure como condición resolutoria la premoriencia de donatario, por lo que al no transmitirse la titularidad del derecho de habitación en el momento del otorgamiento de la escritura pública, ni en parte ni totalmente, (Resolución DGRN de 21 de enero de 1991, 4 de febrero de 1992), existiendo clara

contradicción con lo expresado en la estipulación Segunda con el hecho de aun así, llamarle al donatario «habitacionista» en esta estipulación segunda e incluso tercera, pues no hay datio dada la causa de ser del derecho real de habitación que lo sea por razón del matrimonio y con ocasión de la muerte de la donante, en cuanto causa onerosa de atender las necesidades de habitación del cónyuge que lo sea en el momento del fallecimiento, causa onerosa y pactual de esta donación mortis causa, de ahí pudiera admitirse su irrevocabilidad por dicha causa onerosa y en que en nada incide el carácter de irrevocable para calificar la donación de inter vivos como pudiera ser que pretendiera el Notario autorizante, dada la causa de la donación y la estipulación Segunda, en que se transmitirá todo el derecho real de habitación a la muerte de la donante si se cumple la estipulación Segunda. Es decir, no se puede calificar la donación de inter vivos con eficacia post mortem de un derecho real de habitación si no se transmite ningún derecho real, ni total ni parcialmente, al tiempo de aceptarse de la donación por el donatario, sino que se trata de una donación mortis causa en toda regla por lo que se dirá, sin perder ninguna facultad de uso la propietaria-donataria hasta su fallecimiento, y sin que cambie esta naturaleza el hecho de darle carácter irrevocable, pues: 1. O es imposible dicha irrevocabilidad dada la asimilación de las donaciones mortis causa a las disposiciones testamentarias (artículo 737 del Código civil), siendo necesario que guarden la forma testamentaria para admitir su validez (SSTS 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900, 3 de enero de 1905, 12 de febrero, 24 de abril de 1909, 10 de junio de 1912, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 23 de marzo de 1948, 19 de junio, 29 de octubre, 9 de noviembre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero de 1975, 28 de abril 1975, 24 de febrero de 1986, 13 de Junio de 1994, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004), además de la prohibición de sucesión contractual en Derecho Común por regla general (artículo 1.271.2.º párrafo del Código civil); 2. O se quiere fundamentar la irrevocabilidad en la aplicación de la llamada sucesión contractual del artículo 1.341 del Código civil (resolución DGRN 24 de noviembre de 1925), que en este caso no es posible al no ser ni futuros esposos ni una donación de bienes presentes, dados sus efectos para después de su muerte sin ninguna transmisión, ni siquiera parcial, de derecho real alguno (1.341.1.º párrafo del Código civil), y al no ser tampoco una donación de los futuros esposos en capitulaciones, ni tampoco se trata de bienes futuros para el caso de muerte (artículo 1.341.2.º párrafo del Código civil), pues el bien sobre el que se impone el gravamen del derecho de habitación es propiedad de la donante al tiempo de hacer la donación, por lo que no cabe aplicar la postura de M. de que se trata de una donación inter vivos irrevocable ya que ni son futuros esposos al tiempo de otorgar la escritura pública ni se trata de bienes futuros, pues ya se ostenta por la donante el poder de disposición para imponer el derecho real al constituirlo en la donación, y sin que quepa la postura intermedia de entender que se refiere al bien presente, del que no se puede disponer por el donante, y los demás bienes futuros adquiridos tras la donación cabe que disponga por actos inter vivos, limitándose la donación respecto de éstos bienes futuros o posteriores a la donación a los existentes al tiempo del fallecimiento de la donante, pues, se insiste, en que el bien sobre el que se impone el derecho real de habitación, eso sí, para después de su fallecimiento y con las condiciones de la estipulación segunda, es un bien presente y no se transmite poder de disposición alguno al supuesto donatario hasta que fallezca la donante y sometidas a unas condiciones suspensivas. Su carácter irrevocable en estos supuestos del artículo 1.341 del Código civil, se fundamenta en que se realizan en capitulaciones, (antiguo artículo 1.331 del Código civil antes de la reforma de 1981, y con base en que los cónyuges no se podían donar bienes según el artículo 1.334 del Código civil antes de la reforma de 1981), (B.), y en que se trata de una auténtica donación mortis causa según L. y V., asimilable a los legados, pero irrevocable dado que solo cabe hacerlas antes del matrimonio, lo que confirma su naturaleza contractual, así lo establece el artículo 1.341 del Código civil que habla de futuros esposos, dado su antecesor el artículo 1.331 del Código civil antes de la reforma de 1981, la prohibición de las donaciones entre cónyuges del antiguo artículo 1.334 del Código civil, y en que el antecedente histórico del artículo 1.341.2.º párrafo Cc se encuentra en los

artículos 1.253, 1.254, 1.258 del Proyecto de 1851, cuya regulación, según explicación de G. G. era la de la aplicación de las normas sucesorias a lo que se llamaba donación, ya que era como si se hubiera establecido un sucesor de determinados bienes en capitulaciones matrimoniales que revestían en consecuencia la cualidad de un pacto sucesorio en particular, (Resolución DGRN de 24 de noviembre de 1925). El donatario adquiría los bienes a la muerte del donante, que no perdía la propiedad mientras. No obstante a diferencia de una institución sucesoria hecha en testamento, el pacto era irrevocable, y para salvaguardar los derechos del donatario se prohibía al donante la enajenación a título gratuito, salvo en pequeñas cantidades para recompensa de servicios o por otras consideraciones atendibles, pero conservaba la facultad de enajenar a título oneroso. Como pacto sucesorio, el donatario habría de sobrevivir al donante como norma general, exceptuándose el caso de que el donatario premuera y hubiere descendientes del matrimonio. Si no, el donante podía revocar. La revocabilidad pertenece a la naturaleza de la donación mortis causa pero no a su esencia, al ser irrevocable por superveniencia o supervivencia de hijos según el artículo 1.343 del Código civil, (lo cual no contempla el Notario autorizante en la estipulación Tercera ab initio, al expresar que es aplicable el régimen legal de las causas de revocación de las donaciones), y sin perjuicio de la impugnación por inoficiosa, en su caso por los legitimarios a la muerte de la donante. Después del matrimonio, debe de aplicarse el artículo 620 del Código civil, por lo que debe de guardarse la forma testamentaria, o asimilarse a un testamento o legado, ya que al ser una excepción el artículo 1.341 del Código civil a la regla general de la prohibición de la sucesión paccionada en Derecho común, (artículo 1.271.2.º párrafo del Código civil), debe de interpretarse estricta, e incluso restrictivamente la posibilidad de la sucesión paccionada a solo los supuestos del artículo 1.341 del Código civil, y dado que ningún efecto real se transmitirá al beneficiado sino al momento del fallecimiento de la otorgante, ni en el caso de donación vigente el matrimonio cuyos efectos reales se pospongan al fallecimiento de la donante (artículo 620 del Código civil), y sin perjuicio de la necesidad de forma testamentaria según reiterada jurisprudencia, ni en el caso de la donación en capitulaciones por los futuros esposos de bienes futuros, (que no es el caso presente), debe de denegarse la inscripción e incluso también la anotación preventiva, al exigirse nuevo otorgamiento en que se configure: 1. Bien un negocio jurídico de donación en que se transmita todo el derecho real donado como donación de presente, transmisión del derecho real que operará desde la aceptación del donatario e inscribible, sin perjuicio de someter la titularidad real transmitida a condición resolutoria de supervivencia del donatario a la donante y a las demás condiciones resolutorias de mantenimiento del vínculo conyugal y domicilio hasta el fallecimiento de la donante, o, bien que se transmitan al donatario parte de dichos efectos reales y se pospongan al momento del fallecimiento de la donante los restantes hasta adquirir la donación plena eficacia (caso de la donación de la nuda propiedad reservándose el usufructo); o 2. Se otorgue testamento por la donante en que se dispone un legado o una institución de heredero ex re certa de este derecho de habitación a favor de su cónyuge. Conviene recordar que no estamos ante un negocio jurídico de compraventa que por su naturaleza sea apto para transmitir el dominio y se le introduzca un elemento accesorio o accidental en cuanto condición suspensiva sometida, a su vez, en sede registral a la necesidad de un cierto término o plazo predeterminado para que se pueda estimar cumplida o no cumplida la condición (resoluciones DGRN de 28 de febrero de 1994, 15 de febrero de 2002), sino que estamos ante una verdadera donación mortis causa en que la consideración de la muerte es esencial o se configura como *conditio iuris* en el propio negocio o contrato de donación que hace que no se puede inscribir derecho real alguno de habitación donado en estos momentos sino cuando el donante fallezca y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la estipulación segunda, (condición suspensiva de no estar separado judicialmente o de hecho, o divorciado el donatario respecto del donante, así como sobrevivir el donatario a la donante y tener en la vivienda su domicilio), y siempre que se adopte la forma testamentaria en un nuevo otorgamiento, al establecer esta estipulación segunda que «solo tendrá efecto», lo que evidencia que no estamos ante una condición resolutoria del derecho de habitación,

en que sería efectivo el derecho de habitación y, por lo tanto, sería inscribible, en cuanto donación inter vivos, sin perjuicio de resolverse para el caso de que se incumplieran las citadas condiciones que, en dicho caso, serían resolutorias del derecho de habitación, sino que, tal como expresa la estipulación segunda, a día de hoy no se ha desprendido la donante de parte de las facultades del dominio en cuanto uso en atención a las necesidades de la familia que conlleva el derecho real de habitación, dada la consideración de la muerte y del «mantenimiento del vínculo matrimonial» como causa de la donación, (pues además de que dicho derecho real de habitación es siempre en base a las necesidad de habitación del donatario que solo se justificaría en vida de la donante dada la obligación de convivencia de los cónyuges y de la prescripción del artículo 1.320 del Código civil y 91.1 del Reglamento Hipotecario, en quizás la inembargabilidad del derecho de habitación dado que es transmisible voluntariamente si así se configura en su título constitutivo (resolución DGRN de 10 de diciembre de 2015), pero no es transmisible forzosamente dada su finalidad), y no como mera liberalidad actual, es decir, no hay datio del derecho real de habitación en vida de la donante y sin que se pueda estimar que tiene plena eficacia actual, en cuanto supuesta donación inter vivos pero que se difiere su plena eficacia o pleno cumplimiento, que no su total eficacia o cumplimiento (donación mortis causa), a la muerte de la donante, pues es claro que el derecho real de habitación se hace por razón, en consideración o por causa de la muerte de la donante a quien en dicho momento de su fallecimiento sea su cónyuge, para cubrir las necesidades de su posible viudo en dicho momento y no en la actualidad, además de que, o por ello, no se transmite ningún derecho real al aceptar la donación, ni siquiera parcialmente. (En este sentido también el artículo 2.301 del Código civil alemán o BGB). Es de reseñar que según la jurisprudencia, la donación mortis causa es aquella en que el donante no transmite al donatario la cosa donada en el momento de la donación, sino que este la adquirirá a la muerte del donante (SSTS de 24 de febrero de 1986, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996). Prevé, pues, el donante el destino de bienes para después de su muerte, como en el testamento. No pierde el donante la disponibilidad de la cosa donada: puede venderla, donarla inter vivos a otro o revocar simplemente aquella donación. Así se reconoce en el artículo 620 del Código civil y en la Ley 165 de la Compilación Navarra que la matiza al prever que se presume cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquel (el donante). No es este el caso de autos, en que la transmisión fue inmediata y la donataria tenía poder disposición sobre los bienes donados (STS de 17 de junio de 2011), (aquí se estimaría que se ha transmitido el derecho real de habitación si se hubiera configurado como transmisible por la donataria en vida del donante a título oneroso dado la finalidad de la institución del derecho real de uso de atender las necesidades de la familia y por lo tanto, con imposibilidad estructural de configurar un derecho de habitación transmisible a título gratuito). Todo ello, sin perjuicio de que la jurisprudencia estima que no puede tener validez la llamada donación mortis causa si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias. (SSTS de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975, 7 de noviembre de 1979, 24 de febrero de 1986, 13 de junio de 1994, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, entre otras). Es de esencia a esta clase de donaciones, donaciones mortis causa, que los donantes no pierden la libre disponibilidad de la cosa donada (aquí la donante no parece perder la facultar de uso de la vivienda y más, dada la intención de que pueda habitar el que sea su cónyuge en el momento de su fallecimiento no en el momento actual), en cuanto que permanece en su dominio, no existiendo intención alguna de los donantes de perder el dominio de la cosa donada mientras vivan, (aquí el uso de la vivienda) (STS de 9 de junio de 1995, resolución DGRN de 21 de enero de 1991), operando la muerte del donante como «conditio iuris» de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (ya que engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto o derecho donado no queda vinculado en vida). Por contra, hay verdadera y propia donación entre vivos, y se produce, en beneficio del favorecido, una

situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, solo significa condicionamiento del derecho transmitido (como condición resolutoria la premoriencia del donatario, o siendo la muerte del disponente la causa de la extinción del usufructo vitalicio reservado en vida por el donante al donar la nuda propiedad). Es decir, cuando haya intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable, que aquí no es posible dada la propia causa de la estipulación Primera de que el derecho de habitación es por razón de matrimonio (más bien, mantenimiento de vínculo matrimonial), y de la muerte de la donante, por lo que no se puede pactar a la vez la irrevocabilidad por el Notario autorizante con el fin de pretender que el negocio o acto jurídico produzca efectos en vida de la donante o se trate de una donación inter vivos en que se aplaque o condicione su total (que no su plena-donación inter vivos-), exigibilidad o transmisión de lo atribuido al momento de la muerte de la donante (sería caso de donación inter vivos en que se aplaza o condiciona la plena transmisibilidad, el caso de la nuda propiedad con reserva del usufructo vitalicio o del derecho de habitación -artículos 492, 523, 634 Código civil-, caso de donarse la nuda propiedad a una persona y el usufructo o derecho de habitación a otra u otras -artículos 523, 640 del Código civil-, caso de que el donante confiere el usufructo a otra persona pero solo para después de la muerte del donante mismo que queda como primer usufructuario, es decir, como usufructo de la nuda propiedad donada (artículos 469, 480, 640 y 787 del Código civil, resoluciones DGRN 12 de septiembre de 2001, 24 de noviembre de 2004, 21 de diciembre de 2011), sobre todo reafirmado ello visto la clase de derecho donado de habitación, su causa de ser por razón de «mantenimiento del vínculo matrimonial» y en consideración a la muerte de la donante y en conjunción todo ello con la estipulación Segunda. En cuanto al pacto de irrevocabilidad, no es ello posible dado que se trata de una donación mortis causa, como hemos dicho anteriormente en base a la clase de derecho donado y de su causa de que lo sea «por razón del matrimonio» y en consideración a la muerte de la donante (más bien, a quien siga siendo su cónyuge al momento de su fallecimiento), que participa de la naturaleza de las disposiciones mortis causa y que está sometida al cumplimiento de sus formas testamentarias, sin que por ello se pueda descartar así su carácter mortis causa dada la esencial revocabilidad de los testamentos (artículos 620, 737 del Código civil). Sin perjuicio de que dicha irrevocabilidad se podría fundar en el carácter oneroso o contractual de la donación, atendida su causa, al igual que en el caso del artículo 1.341.2.º párrafo del Código civil, en el caso de que se estimara que la donación mortis causa no debe de cumplir la forma testamentaria, lo cual este Registrador no comparte vista la jurisprudencia, por entender extensible la solución del artículo 1.341.2.º párrafo del Código civil, dada la inexistencia actual de la anterior prohibición de donaciones entre cónyuges vigente el matrimonio (antiguo artículo 1.334 del Código civil anterior a la reforma de 1981), y la posibilidad hoy día de la modificación de las capitulaciones matrimoniales, (artículo 1.325 del Código civil); sin que dicha irrevocabilidad sea síntoma de que se trata de una donación entre presentes atendido el aspecto fundamental de los efectos de que no se produce ninguna traslación de derecho real alguno o ningún efecto jurídico real hasta el fallecimiento de la donante. Es decir, el hecho de ser una donación mortis causa o inter vivos depende de si no se produce o si se produce, respectivamente, un desprendimiento total o parcial del derecho real de habitación donado en vida de la donante (efectos totales -donación mortis causa-, que no plenos -donación inter vivos-, a su muerte aquí bajo condiciones suspensivas), no desprendiéndose de ningún efecto jurídico real la donante, y no se diferencia por tanto, si es inter vivos la donación por el hecho de que se le dé carácter irrevocable a la donación, pues según la resolución DGRN de 28 de julio de 1998, la irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 Código civil, el cual, aun estando en sede de contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 Código civil (claro, siempre que sus efectos sean tales, lo cual aquí no se produce); esto es, porque el derecho no nace y no se transmite derecho o efecto jurídico real alguno antes del fallecimiento de la donante (caso de la nuda propiedad donada aunque se reserve el uso el donante que implica la reserva del usufructo), sino que todo efecto

jurídico real se transmite al fallecimiento de la donante, por lo que es una donación mortis causa. Obsérvese que a pesar de que se quiera justificar que se le da carácter irrevocable a la donación con el fin de que se establezca que el donante no puede disponer ya en vida de dicho derecho de uso que implica el derecho real de habitación, ello no es posible visto que ninguna traslación de derecho real alguno se produce hasta el momento del fallecimiento y siempre que se den ciertas condiciones (estipulación Segunda), por lo que tampoco vale o no es posible jurídicamente que se le de carácter irrevocable a la donación para luego decir que nada o ningún derecho real o efecto jurídico real se transmite, ya que no puede quedar el derecho real de habitación o el uso de dicha facultad sin titular alguno indeterminado en un lapso más bien largo de tiempo, desde la donación hasta el fallecimiento de la donante, por mera voluntad de los otorgantes, y sin que ni siquiera estemos ante el caso, que tampoco sería posible, de que pueda permitirse que esa determinación se produzca posteriormente y con carácter retroactivo por la voluntad de los otorgantes del negocio jurídico (sería tanto como extinguir un derecho real temporalmente, o renunciar temporalmente a dicho derecho real, o incluso abandonar temporalmente una facultad ínsita en el dominio), permitiendo el Ordenamiento Jurídico solo esto último, (determinación posterior de una titularidad con efectos retroactivos), cuando se trata de hechos ajenos a la voluntad de los otorgantes (como sería el fallecimiento o la declaración de ausencia o fallecimiento). Otra cosa es que se ostente una titularidad real sujeta a condición resolutoria, en que si se permite que por voluntad de los otorgantes se transmita actualmente un derecho real, si bien sometida a la pendencia de que se resuelva dicha titularidad al cumplirse la/s condición/es resolutoria/s, que es una donación de presente en que sus plenos efectos reales (que no todos los efectos reales, que es el caso de la escritura pública-donación mortis causa), (lo cual no se ha configurado en el caso presente), se supeditan a la muerte de la donante y supervivencia del donatario (y si fuera preciso a otras condiciones, pero resolutorias), pues una cosa es que cambie el titular actual sometido a condición resolutoria y con efectos ex nunc, y otra bien distinta es que en dicho momento presente no se ostente ningún titular de derecho real por voluntad de las partes de un negocio jurídico o de un acto jurídico, y sin que tampoco pudiera permitirse, si así se pretendiera por el Notario autorizante, en su caso, que se determinara tal titularidad retroactivamente por un hecho futuro que dependiera de la voluntad también de los otorgantes (mantenimiento de vínculo matrimonial, o domicilio). No ostentaría ni derecho real de habitación o el uso que ello conlleva ni el donatario ni el donante dada la estipulación Segunda y dado el carácter irrevocable que pretende darle el Notario en el estipulación Primera a la donación (sin que nos encontremos en ningún caso de indeterminación temporal de titularidad, como podría ser la teoría romana de la aceptación de herencia y retroacción de efectos al momento de la muerte del causante (artículo 989 del Código civil), junto con la atribución de la titularidad real desde la muerte del causante por la partición de la herencia (artículo 1.068 del Código civil)); y sin perjuicio de que no cabe entender que el derecho real de habitación ni siquiera se trasladará de donante a donatario en caso de incumplimiento de condiciones suspensivas de la estipulación Segunda si realmente ya no puede disponer en vida la donante, (pretendido, quizás por ello, carácter irrevocable de la donación), con lo que ya no sería titular de esa facultad o derecho al realizar la donación, y luego, sin ser ya supuestamente titular de dicha facultad, transmitiera a su muerte al donatario un derecho de donación sin que se tratara de un testamento en que por los efectos de la aceptación o no repudiación del legado (artículo 881, 889 del Código civil), o de la herencia ex re certa de gran valor (artículos 668, 768, 989 del Código civil), se retrotraen a la muerte del causante, que no al momento de una supuesta disposición anterior a su muerte (que es lo que aquí se parece pretender), de ahí la incoherencia, y, por ello, debe de adecuarse a las formas testamentarias esta previsión sucesoria condicionada que aquí se establece, siendo por necesidad revocable como previene imperativamente el artículo 737 del Código civil. Realmente, no ha perdido la donante ni un ápice de poder de disposición ni de goce o uso sobre la vivienda a finca 4.937 de Uruñuela en vida tras la donación hasta su fallecimiento, momento en que deberá de ostentar la donante la titularidad registral necesaria para poder inscribirse dicho derecho

real de habitación, bien porque sigue siendo pleno propietaria del bien o, al menos, es titular de derecho real suficiente para imponer dicho derecho real de habitación si ha dispuesto en vida (nudo propietaria), en el momento de otorgar una válida donación mortis causa, ya que debe de adoptar la forma testamentaria para entenderse válida (según reiterada jurisprudencia). En este sentido, por analogía con el Derecho catalán, se pueden diferenciar cuatro modalidades de donaciones mortis causa: 1. La otorgada para que solo produzca efecto al morir el donante si el donatario le sobrevive y siempre que no haya sido revocada (este parece ser el caso al no admitirse la irrevocabilidad ya que a pesar del carácter contractual de la disposición al depender del mantenimiento del vínculo matrimonial y del domicilio al fallecimiento de la disponente, se debe de someter ello a las formalidades testamentarias que son esencialmente revocables, además de que la irrevocabilidad es incoherente con el hecho de que no se pierde poder de disposición por la donante, como hemos mencionado); 2. La otorgada bajo condición suspensiva de sobrevivir el donatario al donante, los efectos actuales de la cual quedan sometidos a la condición de supervivencia del donatario, (sería el caso si se admitiera la donación sin sometimiento a las formalidades y disposiciones testamentarias y basada su irrevocabilidad en el carácter contractual de la disposición al depender del mantenimiento del vínculo matrimonial y del domicilio al fallecimiento de la disponente, aunque más bien la irrevocabilidad es incoherente con el hecho de que no se pierde poder de disposición por la donante, como hemos mencionado); 3. La que comporta la transmisión inmediata y simultánea del derecho dado bajo la condición resolutoria de revocación o premoriencia del donatario; 4. La que se efectúa en situación de peligro o enfermedad en consideración a la posibilidad de morir en estas circunstancias que, como la primera, es una donación mortis causa típica; implicando solo la tercera de ellas una transmisión de presente o actual aunque resoluble del bien donado, realmente donación que produce sus efectos entre vivos (artículo 621 del Código civil), y, por lo tanto, pudiendo solo ésta tener acceso al Registro de la Propiedad. (Artículo 395 del Código de Sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre, al que se remite el artículo 531-9 del Código civil de Cataluña), (según el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de julio de 2003 resolución Dirección General de Entidades Jurídicas de Cataluña de 18 de abril de 2008). En el mismo sentido, se puede entender la postura de A. acerca de la diferenciación de si se está ante un caso de donación de presente o inter vivos, o mortis causa (además de la jurisprudencia mencionada). Dice A. que a tenor de los artículos 620 y 621 del Código civil, la donación es mortis causa o inter vivos según que haya de producir sus efectos por muerte del donante o entre vivos. Producen sus efectos por muerte del donante aquellas donaciones por las que el donante dispone, pero sin quedar vinculado ya (pues si lo queda, ya hay ese efecto inmediato), de bienes para que cuando muera los haga suyos el donatario. Así que con vinculación actual, son inter vivos: 1. Las que se proponen transmitir ya, sin más, la titularidad de la cosa al donatario. 2. Las que se proponen transmitir ya la titularidad de la cosa al donatario, aunque la posesión quede en manos del donante hasta su muerte. 3. Las que, con ocasión de enfermedad o de cualquier otro peligro para su vida, y ante el temor de perderla, el donante dispone ya de la cosa para que el donatario la adquiera sin más, bien dándosela inmediatamente, bien aún conservándola en su poder, pero ya no como suya. 4. Las que de cualquier modo la transmisión de la titularidad de la cosa quede condicionada suspensiva o resolutoriamente (en el sentido de que la plena eficacia real quede condicionada, que no la total eficacia real), o de alguna manera aplazada, pero siempre que no ocurra que el donante se reserve facultad de revocar y que de la circunstancia que se pone para condicionar o aplazar la transmisión resulte en definitiva que lo establecido es un mecanismo en cuya virtud la transmisión de la titularidad de lo donado del donante al donatario solo es querida para cuando aquel muera. Siendo esto último lo que aquí acontece. La presente donación es mortis causa, y al no implicar transmisión de presente no inscribible ex artículo 2 de la Ley Hipotecaria, por estar incardinada en el primer o segundo caso de los anteriores. En el mismo sentido cabe alegar el artículo 77.3.º párrafo del Reglamento Hipotecario, que se refiere a la inscripción

de los bienes inmuebles, por implicar el contrato sucesorio, heredamiento o institución de que se trate, «transmisión de presente de bienes inmuebles...». No obstante, téngase en cuenta que tampoco será inscribible la donación a la muerte de la donante, ya que de conformidad con numerosa jurisprudencia, la donación mortis causa es inválida si no se otorga bajo forma testamentaria, por lo que el defecto es insubsanable, siendo necesario un nuevo otorgamiento bajo forma propiamente testamentaria. Tampoco es de aplicación por analogía el criterio establecido en la Ley 171 de la Compilación de Navarra («Las donaciones que se supeditan a la muerte de un tercero se consideran como donaciones ínter vivos bajo condición»), ya que la causa de la donación no es la muerte de un tercero sino la muerte de la donante. Conviene también descartar aquí la aplicación a este caso del artículo 639 del Código civil, ya que normalmente se trata de una donación del pleno dominio (podría ser de otro derecho real, como el derecho real de habitación), en la cual, por virtud de esa «reserva de la facultad dispositiva» inserta en la misma, el efecto traditorio pleno queda en suspenso ahora y es diferido a un momento posterior (se dice «pleno» porque algunos efectos sí se han producido: entrega de la posesión, goce, uso y disfrute, amén de la facultad de disponer de lo donado, con la «limitación» que resulta para el donatario de la facultad que ostenta el donante, lo que determina que, en definitiva, el derecho transmitido al donatario por la donación es un derecho revocable, amenazado de resolución), de modo que si el donante usa en vida de esa facultad que se reservó, no habrá tradición de la plena y libre titularidad del dominio al favorecido, quien solo habría sido donatario de las ventajas obtenidas y derivadas de la tenencia y uso de la cosa durante ese lapso de tiempo (las ventajas derivadas del derecho resoluble o revocable que, en ese ínterin, ha ostentado); por el contrario, si el donante, no habiendo hecho uso de tal facultad durante su vida, muere en tal situación, se produce, por el hecho de su muerte, el traspaso dominical pleno y libre, sin limitación, y tal transmisión de la titularidad del derecho se habrá producido, no por un acto testamentario, sino por virtud de un acto de voluntad inserto en una donación hecha en vida del donante, en la forma prevista para las donaciones y no para los testamentos, y aceptada en vida del donante por el donatario, pero esencialmente revocable. (En este sentido, resoluciones DGRN de 23 de octubre de 1980, 28 de julio de 1998). Y sin que se trate tampoco este caso de la reversión a favor del donador para cualquier caso y circunstancias del artículo 641 del Código civil, pues al igual que en el caso del artículo 639 del Código civil de reserva de la facultad de disponer por el donante, algunos efectos sí se han producido: entrega de la posesión, goce, uso y disfrute, y a diferencia del caso del artículo 639 del Código civil, lo condicionado resolutoriamente en el caso del artículo 641 del Código civil es la recuperación del dominio en favor del donante si se cumple la condición o plazo antes de su muerte (resolución DGRN de 28 de julio de 1998 y A.), y en el caso de que se haya estipulado la reversión en favor de los herederos del donante, se producirá la reversión de los bienes donados a favor de los herederos del donante que viviesen en el momento de cumplirse la condición puesta para la reversión por el donante. (Resolución DGRN de 8 de febrero de 1895). Por último, en la estipulación Tercera, la causa primera de extinción del derecho real de habitación, muerte o renuncia del habitacionista, debe de entenderse como que el derecho se extinguirá en el caso de que llegue a constituirse como tal, (para lo cual se deberá realizar nuevo otorgamiento bajo forma testamentaria por lo comentado), si una vez existente y constituido dicho derecho, en su caso, fallece el habitacionista o renuncia a su derecho, siendo del todo punto innecesaria su constancia registral dado el régimen legal del artículo 513 del Código civil (números 1.º y 4.º), al que se remite el artículo 529 del Código civil, al ser mayor la publicidad de la Ley que la publicidad del Registro de la Propiedad. (Artículos 1, 2.1.º, 2.2.º, 9.4.º, 14, 16, 20, 32, 37, 38, 40, 82 de la Ley Hipotecaria; 7, 8, 11, 51.6.ª, 56, 75, 76, 77, 78, 98, 353 del Reglamento Hipotecario; 6.2, 618, 620, 621, 623, 629, 639, 641, 790 a 796, 799, 831, 1.114 1.119, 1.216 y siguientes, 1.341, 1.343 del Código civil; 231-27, 231-28, 231-29, 431-8, 431-18 a 30, 432-1 a 5, 531-9 del Código civil de Cataluña; 393 a 396 del Código de Sucesiones del Derecho Civil de Cataluña, Ley 40/1991, de 30 de diciembre; Leyes 165 a 171 de la Compilación de Navarra de 1973; 1, 17, 23, 24 de la Ley del Notariado; 143, 147, 148, 153, 173 del Reglamento

Notarial; 2.301 del Código civil de Alemania o BGB; SSTS 28 de enero de 1898, 13 de junio de 1900, 3 de enero de 1905, 12 de febrero, 24 de abril de 1909, 10 de junio de 1912, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 23 de marzo de 1948, 19 de junio, 29 de octubre, 9 de noviembre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero de 1975, 28 de abril 1975, 24 de febrero de 1986, 22 de marzo de 1993, 13 de junio de 1994, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996, 12 de marzo de 2004, 19 de noviembre de 2007, 17 de junio de 2011; Resoluciones DGRN de 8 de febrero de 1895, 24 de noviembre de 1925, 11 de abril de 1930, 23 de septiembre de 1934, 23 de octubre de 1980, 21 de enero de 1991, 4 de febrero de 1992, 6 de marzo de 1997, 28 de julio de 1998, 18 de julio de 2005, 14 de mayo de 2009, 10 de diciembre de 2015; Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 29 de julio de 2003; resolución de 18 de abril de 2008 de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña; resoluciones DGRN de 18 de diciembre de 2003, 12 de agosto de 2011, en cuanto a la necesidad de nuevo otorgamiento). 2. No ser posible otorgar carácter irrevocable a una donación en que todos sus efectos jurídicos reales, (que no sus plenos efectos jurídico reales), se han de producir a la muerte de la donante, por ello, donación mortis causa que participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y que se rige por las disposiciones referentes a la sucesión testamentaria, y, por lo tanto, inválida si no se produce nuevo otorgamiento bajo forma testamentaria, dado que la irrevocabilidad de la donación, una vez conocida la aceptación por el donante de presente (Resoluciones DGRN de 1 de julio de 2003, 17 de mayo de 2006), sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 Código civil, el cual, aun estando en sede de contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 Código civil. (Artículos 6.2, 620, 621, 623, 629, 639, 641, 737, 1.256, 1.341, 1.343 del Código civil; Resoluciones DGRN de 21 de enero de 1991, 4 de febrero de 1992, 28 de julio de 1998). Por los anteriores fundamentos de Derecho, el Registrador que suscribe ha decidido denegar la inscripción solicitada por los defectos de: 1-. El Registrador que suscribe estima que se realiza un negocio jurídico de donación mortis causa del artículo 620 del Código civil que no transmite actualmente el derecho real de habitación objeto de donación, ya que toda su eficacia se supedita a la muerte del donante y sobrevivencia del donatario siempre que no existiese entre ambos separación judicial o de hecho, divorcio, viviera el donatario y tuviera su domicilio en la finca 4.937 del municipio de Uruñuela. Es decir, no se puede calificar la donación de inter vivos con eficacia post mortem de un derecho real de habitación si no se transmite ningún derecho real, ni total ni parcialmente, al tiempo de aceptarse de la donación por el donatario, sino que se trata de una donación mortis causa en toda regla, por lo que no es posible darle carácter irrevocable, (que es predicable de las donaciones inter vivos por la remisión del artículo 621 del Código civil a lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código civil), dada la asimilación de las donaciones mortis causa a las disposiciones testamentarias (artículo 737 del Código civil), siendo necesario que guarden la forma testamentaria para admitir su validez; y sin que tampoco quepa fundamentar la irrevocabilidad en la aplicación de la llamada sucesión contractual del artículo 1.341 del Código civil (Resolución DGRN 24 de noviembre de 1925), que en este caso no es posible al no ser ni futuros esposos ni una donación de bienes presentes, dados sus efectos para después de su muerte sin ninguna transmisión, ni siquiera parcial, de derecho real alguno (1.341.1.º párrafo del Código civil), y al no ser tampoco una donación de los futuros esposos en capitulaciones, ni tampoco se trata de bienes futuros para el caso de muerte (artículo 1.341.2.º párrafo del Código civil), pues el bien sobre el que se impone el gravamen del derecho de habitación es propiedad de la donante la tiempo de hacer la donación. Estamos ante una verdadera donación mortis causa en que la consideración de la muerte es esencial o se configura como conditio iuris en el propio negocio o contrato de donación que hace que no se puede inscribir derecho real alguno de habitación donado en estos momentos sino cuando el donante fallezca y siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la estipulación segunda, (condición suspensiva de no estar separado judicialmente o de hecho, o divorciado el donatario respecto del donante, así como sobrevivir el donatario a la donante

y tener en la vivienda su domicilio); y se trata de una mera liberalidad actual, es decir, no hay datio del derecho real de habitación en vida de la donante y sin que se pueda estimar que tiene plena eficacia actual, en cuanto supuesta donación inter vivos pero que se difiere su plena eficacia o pleno cumplimiento, que no su total eficacia o cumplimiento, que es lo que aquí sucede (donación mortis causa), a la muerte de la donante, pues es claro que el derecho real de habitación se hace por razón, en consideración o por causa de la muerte de la donante a quien en dicho momento de su fallecimiento sea su cónyuge, para cubrir las necesidades de su posible viudo en dicho momento y no en la actualidad, además de que, o por ello, no se transmite ningún derecho real al aceptar la donación, ni siquiera parcialmente, por lo que no se puede pactar a la vez la irrevocabilidad por el Notario autorizante con el fin de pretender que el negocio o acto jurídico produzca efectos en vida de la donante o se trate de una donación inter vivos, y, a su vez, se aplase o condicione su total (que no su plena -donación inter vivos-), exigibilidad o transmisión de lo atribuido al momento de la muerte de la donante. Por lo tanto, la irrevocabilidad establecida no es posible, sin que ello sea síntoma de que se trata de una donación entre presentes atendido el aspecto fundamental de los efectos de que no se produce ninguna traslación de derecho real alguno o ningún efecto jurídico real hasta el fallecimiento de la donante. Es decir, el hecho de ser una donación mortis causa o inter vivos depende de si no se produce o si se produce, respectivamente, un desprendimiento total o parcial del derecho real de habitación donado en vida de la donante (efectos totales -donación mortis causa-, que no plenos -donación inter vivos-, a su muerte aquí bajo condiciones suspensivas), no desprendiéndose de ningún efecto jurídico real la donante, y no se diferencia por tanto, si es inter vivos la donación por el hecho de que se le dé carácter irrevocable a la donación, ya que la irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 Código civil, el cual, aun estando en sede de contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 Código civil, lo cual es incoherente con que la totalidad de sus efectos jurídicos reales se producen al fallecimiento de la donante; y si que sea posible jurídicamente que se le de carácter irrevocable a la donación para luego decir que nada o ningún derecho real o efecto jurídico real se transmite, ya que no puede quedar el derecho real de habitación o el uso de dicha facultad sin titular alguno indeterminado en un lapso más bien largo de tiempo. Todo ello, sin perjuicio de que la jurisprudencia estima que no puede tener validez la llamada donación mortis causa si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentaria. Y sin que sea de aplicación ni el artículo 639, ni el artículo 641 del Código civil, pues en ambos casos existe una transmisión de presente de ciertos jurídicos reales (entrega de la posesión, goce, uso y disfrute), en cuanto que el derecho se ha transmitido al donatario por la donación, pero es un derecho revocable, amenazado de resolución (artículo 639 Cc), o amenazado de reversión, si se cumple la condición o el plazo establecido (artículo 641 Cc). Por todo ello, el defecto es insubsanable, al no poderse subsanar esta escritura pública mediante diligencia complementaria, en cuanto que requiere un nuevo otorgamiento público en que se disponga: 1. Bien un negocio jurídico de donación en que se transmita todo el derecho real donado como donación de presente, transmisión del derecho real que operará desde la aceptación del donatario e inscribible, sin perjuicio de someter la titularidad real transmitida a condición resolutoria de supervivencia del donatario a la donante y a las demás condiciones resolutorias de mantenimiento del vínculo conyugal y domicilio hasta el fallecimiento de la donante, o, bien que se transmitan al donatario parte de dichos efectos reales y se pospongan al momento del fallecimiento de la donante los restantes hasta adquirir la donación plena eficacia (caso de la donación de la nuda propiedad reservándose el usufructo); o 2. Se otorgue testamento por la donante en que se dispone un legado o una institución de heredero ex re certa de este derecho de habitación u otro a favor de su cónyuge. 2. No ser posible otorgar carácter irrevocable a una donación en que todos sus efectos jurídicos reales (que no sus plenos efectos jurídicos reales), se han de producir a la muerte de la donante, por ello, donación mortis causa que participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y que se rige por las disposiciones referentes a la

sucesión testamentaria, y, por lo tanto, inválida si no se produce nuevo otorgamiento bajo forma testamentaria, dado que la irrevocabilidad de la donación, una vez conocida la aceptación por el donante de presente (resoluciones DGRN de 1 de julio de 2003, 17 de mayo de 2006), sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 Código civil, el cual, aun estando en sede de contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 Código civil. Este defecto también es insubsanable en cuanto al documento o escritura pública, sometiéndose a lo dicho en el defecto anterior de un nuevo otorgamiento público. Contra esta calificación (...) En Nájera, a 21 de octubre de 2016 (firma ilegible). El Registrador, Igor Prieto García».

La calificación se notificó al notario autorizante el día 4 de noviembre de 2016.

III

Contra la anterior nota de calificación, don Gonzalo Sánchez Casas, notario de Logroño, interpuso recurso el día 2 de diciembre de 2016 mediante escrito en el que alegó los fundamentos jurídicos que, a continuación, se transcriben: «Primero.—La calificación registral pugna contra la voluntad de los otorgantes expresada en la escritura pública. Los términos de la escritura son claros... en su título, “escritura de donación intervivos con eficacia post mortem”, en su estipulación primera, los otorgantes reiteran esa calificación del negocio celebrado como donación inter vivos, le dan eficacia irrevocable y es aceptada por el donatario; en su estipulación segunda, los otorgantes pactan que solo surtirá efecto al fallecimiento de la donante; y en su estipulación tercera, los otorgantes reconocen la posibilidad de ser revocada por las causas legales. Frente a lo anterior, el registrador sostiene que se trata de una donación mortis causa y que no puede ser irrevocable porque no hay una transmisión actual del derecho real de habitación. Con ello está desconociendo la existencia de las llamadas situaciones jurídicas de pendencia, en las que la eficacia del negocio jurídico se hace depender de una condición suspensiva, en este caso la muerte de la donante, y su consiguiente reflejo registral. Segundo.—Distinción entre la donación post mortem y la donación mortis causa. La donación con eficacia post mortem ha sido ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia. Estamos ante una situación jurídica de “pendentem conditionem”. No puede asimilarse a la donación mortis causa, en la que el donante puede revocar antes de su muerte; en la donación condicional, el donante está vinculado y no puede revocarla fuera de los casos legalmente admitidos (J. M. H. A. Las donaciones mortis causa en el Código civil- Revista jurídica del Notariado enero-marzo 2013). El Tribunal Supremo ha distinguido claramente la donación intervivos post mortem, de la donación mortis causa, entre otras, en las siguientes sentencias: - la Sentencia de 14 de junio de 1900 en la que se afirma que el mero aplazamiento de la entrega hasta el día de la muerte del donante y la condición pactada de que la donataria habría de sobrevivirle, no significa que se trate de una donación mortis causa, sobre todo teniendo en cuenta la concurrencia y aceptación de la donataria y la constitución de hipoteca para asegurar el cumplimiento de la obligación, “todo lo cual pone de manifiesto el propósito en el donante de comprometerse por modo irrevocable” - la Sentencia de 27 de marzo de 1957 niega el carácter de liberalidad mortis causa a la que se otorga en capitulaciones por unos novios que se donan de presente determinados inmuebles y solo aplazan para luego de la muerte de ambos la entrega de la posesión de lo donado. - la Sentencia de 27 de marzo de 1957 relativa a una donación recíproca en capitulaciones matrimoniales por unos futuros esposos, que se donan de presente, y cuya entrega se diere a la muerte del donante; califica el Tribunal Supremo la donación como inter vivos y el efecto práctico es que supone una deuda a descontar en el relictum. - la Sentencia de 13 de marzo de 1989 dice que cuando se establece que la donación no se consolida hasta la muerte del donante, no por ello deja de ser una donación intervivos. También la Dirección General de los Registros y del Notariado ha distinguido nítidamente la donación mortis causa de la donación inter vivos post mortem. Así por ejemplo: - en la resolución de 20 de enero 1991 dice “hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia, si la muerte en la intención del donante, solo

significa condicionamiento del derecho transmitido...; hay intención de producir un desprendimiento actual e irrevocable de derechos, aunque se convenga que solo pueden hacerse plenamente efectivos a la muerte del donante”. Contempla el caso de que el donante confiera el usufructo a otra persona pero solo para después de la muerte del donante mismo que queda como primer usufructuario, el cual es muy semejante al de la escritura objeto del presente - y en la reciente resolución de 5 de abril de 2016, dice que la donación mortis causa se caracteriza por tratarse de una modalidad de sucesión testamentaria, en cuanto la muerte del donante opera, al igual que en el testamento, como una *conditio iuris* de eficacia; y es por tanto revocable, no transmite el dominio en vida del donante, no restringe las facultades dispositivas de este, y no es inscribible en el Registro de la Propiedad; mientras que la donación intervivos, *post mortem* se caracteriza por el hecho de que la muerte del donante es tomada como suspensivamente condicionante de la transmisión del derecho donado, produciéndose en consecuencia, en favor del donatario, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, que puede ser inscrita. Tercero - donación hecha por razón de matrimonio. Es importante destacar que la donación se ha realizado “*causa matrimonii*”, y así lo han expresado las partes en la estipulación primera de la escritura. Sin embargo, el registrador también pretende cambiar o reinterpretar la calificación de dicha causa diciendo que es “más bien, mantenimiento de vínculo matrimonial...”. Esta consideración de la causa por el registrador es errónea, porque si la donación surte efectos a la muerte de la donante mal puede entenderse que su causa sea el mantenimiento del matrimonio, precisamente cuando este ya se ha disuelto. Además es reduccionista de un elemento esencial del negocio jurídico, el cual debe entenderse dentro las especiales relaciones del derecho de familia y, en concreto, de las nacidas de la institución matrimonial. Siguiendo a V. M. G. P., sobre el reconocimiento legal de la «*causa matrimonii*», al ser los cónyuges los que en su intimidad conocen a fondo sus relaciones de interés, colaboración, esfuerzo y actividades para el hogar, y del uno para el otro, este *substratum* peculiar de cada consorcio conyugal se plasma y traduce en relaciones negociales típicas, como la donación en este caso, y en otras atípicas. (Instituciones de Derecho Privado tomo IV, volumen 1, pág. 223). Cuarto.- Se trata de la vivienda familiar y de unos cónyuges casados en régimen de separación de bienes. Otros hechos relevantes silenciados por el registrador, que constan en la comparecencia de la escritura, son: 1) que la vivienda constituye actualmente el domicilio familiar de los esposos, con el especial régimen jurídico que conlleva; y 2) que los esposos están casados en régimen de separación de bienes. El registrador propone para su inscripción que se transmita un derecho de habitación inmediatamente al donatario y condicionar la donación resolutoriamente a la muerte de la donante y a la separación o divorcio de los cónyuges. Sin embargo, no ha convenido hacerlo así a los otorgantes, porque el donatario ya está ocupando la vivienda familiar por un título bastante y suficiente, como es el de marido o esposo, y no han querido trocarlo e incluso degradarlo por el de habitacionista. La superioridad de aquel título frente a este es tal que impide al cónyuge propietario transmitir o gravar la vivienda sin consentimiento de su consorte, y que permitiría al cónyuge no propietario adquirir un derecho de uso sobre la vivienda familiar, si así lo decide el juez en caso de separación o divorcio de los esposos; mientras que el derecho de habitación pactado se extinguiría en estos casos de crisis matrimonial. De modo que si los cónyuges no han querido superponer un derecho de habitación sobre la vivienda familiar, es porque lo consideran innecesario. Dado el régimen económico de separación de bienes que rige el matrimonio y la ausencia de derechos de un cónyuge sobre la vivienda familiar que pertenece al otro, el interés familiar a proteger es que el cónyuge no propietario pueda seguir ocupando la vivienda familiar durante su viudedad, lo que se consigue posponiendo la eficacia de la donación a la muerte de la donante. Quinto.- Se ha pactado expresamente la irrevocabilidad. Como se ha dicho, en la estipulación primera de la escritura los otorgantes, no solo la califican como donación entre vivos (lo que implica su irrevocabilidad), sino que expresamente le dan carácter irrevocable; y en su estipulación tercera, los otorgantes reconocen la posibilidad de ser revocada solo por las causas legales. El registrador dice que es una donación *mortis causa* y de ello

extrae la consecuencia de que es revocable; y propone el otorgamiento de testamento como modo de subsanar el negocio jurídico. Ante ese automatismo argumental cabe decir que ya entendía V. que la revocabilidad no es carácter esencial de la donación "mortis causa", sino que cabe la renuncia por el donante de la facultad de revocarla (V. G., J. B., en su ya citada obra "Estudios sobre donaciones", ed. Montecorvo, Madrid, 1978, páginas 25 y siguientes). Pero la donación que tratamos es inter vivos. Si los otorgantes han querido expresamente que la donación sea entre vivos e irrevocable, eso ha de significar algo, al menos si queremos respetar el principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Y si no han querido transmitir el derecho de habitación en testamento será precisamente por eludir su carácter revocable y porque la irrevocabilidad es esencial en su contrato. Frente a lo afirmado por el registrador, para el donatario, que ya está en posesión de la vivienda, la donación pactada surte algunos efectos de presente: 1.º Transmite al donatario la expectativa irrevocable de que el derecho de habitación constituido surtirá efecto a la muerte de la donante, si se cumplen los requisitos convenidos; 2.º Restringe el poder de disposición de la donante, ya sea por actos "inter vivos" o "mortis causa"; y 3.º Afecta a los herederos de la donante, que tendrán que respetar el derecho real constituido. Todo lo anterior son razones que abonan la conveniencia de la inscripción registral del derecho de habitación donado, no solo en interés del propio donatario, sino también de posibles terceros adquirentes de derechos sobre la vivienda».

IV

El registrador emitió informe y remitió el expediente a este Centro Directivo mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2016.

Fundamentos de derecho

Vistos los artículos 620, 640, 1271, 1274, 1284, 1289 y 1323 del Código civil; 2 y 9.2.ª de la Ley Hipotecaria; 7 y 51.6.ª del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975, 9 de junio de 1995, 25 de julio de 1996 y 28 de julio de 2003, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de enero de 1991, de 6 de marzo de 1997, 6 de febrero de 2014 y 5 de abril de 2016.

1. Por el presente recurso se pretende la inscripción de una escritura calificada de «donación intervivos con eficacia post mortem» mediante la cual la propietaria de una vivienda familiar, privativa, «por razón de matrimonio y para el caso de su fallecimiento», dona a su esposo, con carácter irrevocable, un derecho de habitación sobre la totalidad de dicha vivienda. Entre otras disposiciones se establece que «el derecho de habitación solo surtirá efecto si al fallecimiento de la propietaria el habitacionista que no estuviera separado judicialmente, ni de hecho, ni divorciado, de la propietaria, viviera y tuviera establecido su domicilio en la finca descrita...».

El registrador de la Propiedad deniega la inscripción solicitada porque, a su juicio: Primero.—Se realiza un negocio jurídico de donación «mortis causa» del artículo 620 del Código civil que no transmite actualmente el derecho real de habitación objeto de donación, ya que toda su eficacia se supedita a la muerte del donante y supervivencia del donatario siempre que no existiese entre ambos separación judicial o de hecho, divorcio, viviera el donatario y tuviera su domicilio en la finca referida, y Segundo.—No es posible otorgar carácter irrevocable a una donación en que todos sus efectos jurídicos reales se han de producir a la muerte de la donante, donación «mortis causa» que participa de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y que se rige por las disposiciones referentes a la sucesión testamentaria, y, por lo tanto, inválida si no se produce nuevo otorgamiento bajo forma testamentaria, dado que la irrevocabilidad de la donación, una vez conocida la aceptación por el donante de presente, sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 del Código civil, el cual, aun estando en sede de

contratos, rige también para las donaciones entre vivos por virtud de la remisión contenida en el artículo 621 del Código civil.

El notario recurrente alega: Primero.—Que los términos de la escritura son claros, pues los otorgantes califican el negocio celebrado como donación «inter vivos», le dan eficacia irrevocable, es aceptada por el donatario, y pactan que solo surtirá efecto al fallecimiento de la donante; Segundo.—Que tanto el Tribunal Supremo como la Dirección General de los Registros y del Notariado han admitido la donación «inter vivos» con eficacia «post mortem»; Tercero.—Que la donación se ha realizado «causa matrimonii»; Cuarto.—Que se trata de la vivienda familiar y de unos cónyuges casados en régimen de separación de bienes, por lo que el interés familiar protegido es que el cónyuge no propietario pueda seguir ocupando la vivienda familiar durante su viudedad, lo que se consigue posponiendo la eficacia de la donación a la muerte de la donante, y Quinto.—Que se ha pactado la irrevocabilidad de la donación y, frente a lo afirmado por el registrador, para el donatario, que ya está en posesión de la vivienda, la donación pactada surte algunos efectos de presente: a) Transmite al donatario la expectativa irrevocable de que el derecho de habitación constituido surtirá efecto a la muerte de la donante, si se cumplen los requisitos convenidos; b) Restringe el poder de disposición de la donante, ya sea por actos «inter vivos» o «mortis causa», y c) Afecta a los herederos de la donante, que tendrán que respetar el derecho real constituido.

2. En relación con la donación «mortis causa», esta Dirección General en su resolución de 21 de enero de 1991, puso de relieve que «(...) para que haya donación mortis causa es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (Sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de conditio iuris de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento (engendra en beneficio del favorecido una simple esperanza y propiamente el objeto donado no quedaría vinculado). En cambio, hay verdadera y propia donación entre vivos y se produce, en beneficio del favorecido, una situación de pendencia o una situación temporalmente limitada, si la muerte, en la intención del donante, solo significa condicionamiento del derecho transmitido, o dilación o término del pago. Como ya decía A. G. para nuestro Derecho histórico, hay donación entre vivos cuando el donante expresa «te doy tal cosa o tal dinero que han de ser pagados después de la muerte», «te doy tal finca reteniendo el usufructo durante mi vida...». En el mismo sentido se ha pronunciado recientemente este Centro Directivo en resolución de 5 de abril de 2016.

En definitiva, en el ámbito de aplicación del Código civil, conforme al artículo 620 del mismo, la donación «mortis causa» se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la «donación inter vivos, post mortem», es inscribible en el Registro.

En el presente caso, para decidir si el negocio dispositivo de que se trata puede tener acceso al Registro de la Propiedad, debe tenerse en cuenta que los contratantes atribuyen al negocio el carácter donación inter vivos con eficacia post mortem -inscribible en el Registro, según ha quedado expuesto-. Por ello, no se crea una mera expectativa jurídica a favor del beneficiado sino que hay transmisión de un derecho siquiera quede ésta condicionada suspensivamente, habida cuenta de las características derivadas de la especial relación personal que existe entre los cónyuges (en un caso en que el donatario, mientras viva su esposa donante puede habitar con ella la vivienda y se trata de asegurar a aquel la ocupación de la misma en caso de viudedad). Y, precisamente porque lo califican como «donación intervivos con eficacia post mortem», irrevocable, es clara su voluntad de que las facultades dispositivas «inter vivos» de la donante queden limitadas respecto del derecho donado. Debe concluirse, por tanto, que, al existir hay verdadera y propia

donación entre vivos, puede acceder al Registro de la Propiedad la situación de pendencia creada en beneficio del favorecido.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la Provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 20 de febrero de 2017.–El Director General de los Registros y del Notariado, Francisco Javier Gómez Gáligo.