

La invalidez de la promesa de donación

INMACULADA VIVAS TESÓN

Universidad de Sevilla

Resumen: la promesa de donación es una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquella en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación.

Términos significativos: Donación. Forma ad solemnitatem. Invalidez. Precontrato. Promesa de donación en convenio regulador homologado.

SUMARIO

- I. UN CONTRATO FORMAL EN UN SISTEMA CONSENSUALISTA
- II. LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE JURÍDICAMENTE A TÍTULO GRATUITO
- III. DE RELACIÓN DE CORTESÍA A DONACIÓN JURÍDICAMENTE EXIGIBLE
- IV. BREVES NOTAS ACERCA DE LA CAUSA DE LA DONACIÓN
- V. LA FORMA AD SOLEMNITATEM COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA DONACIÓN
- VI. LA PROMESA DE DONACIÓN REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR HOMOLOGADO JUDICIALMENTE
- VII. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

I. UN CONTRATO FORMAL EN UN SISTEMA CONSENSUALISTA

Nuestro Ordenamiento jurídico que, desde la Ley única del Título XVI del de Alcalá –considerado éste, tradicionalmente, el antecedente histórico del principio espiritualista, quiso desembarazarse del formalismo contractual esencialmente caracterizador del Derecho Romano clásico, dispone, tal y como se desprende de los arts. 1254, 1258 y 1278 CC, que el nudo consentimiento obliga.

De este modo, la regla es que el *solus consensus obligat*, esto es, que toda promesa –aceptada y lícita–, hecha con una efectiva intención de obligarse, *serio et deliberato animo*, da lugar a una obligación. El contrato se concluye, en consecuencia, cuando se produce el encuentro de las voluntades de las partes, sin que se exija ningún otro requisito.

Si en virtud del principio consensualista que rige nuestro sistema contractual, el puro consentimiento es condición necesaria y suficiente para la conclusión y eficacia de los contratos en general, no se alcanza a comprender –y, por consiguiente, tampoco a compartir– cómo, en ocasiones, el consentimiento no basta para constituir un vínculo obligatorio, si no es acompañado por un aditamento o requisito considerado igualmente esencial y constitutivo por el propio legislador: la forma en los contratos reales y la *datio rei* en los reales.

La donación es el contrato –presuponiendo que lo sea (vid. sobre esta concreta cuestión, ROCA TRÍAS, E.: *Derecho Civil. Obligaciones y contratos* (M^a R. VALPUESTA, Coord.), Valencia, 3^a ed. 1998, pgs. 636-638 para quien «la evolución histórica de la forma gratuita de transmisión de la propiedad, tipificada bajo el nombre de donación lleva a la conclusión según la cual, en el derecho romano, la donación no era considerada ni como un contrato, ni como un negocio típico, sino que era la causa de una atribución patrimo-

nial que se realizaba sin contraprestación por parte de quien la recibía, el donatario. La abstracción posterior, con la reagrupación de negocios según las causas que les proporcionan la razón de la protección por el ordenamiento jurídico, acabó en la solución adoptada en el Código civil francés (1804), según la cual, la donación se incluía dentro de las categorías contractuales. Ésta parece ser que fue la doctrina española tradicional, pero una parte de la doctrina actual discute sobre la naturaleza contractual de la donación». La polémica se entabla entre los autores que consideran que la donación es un negocio dispositivo del dominio *ex art.* 609 CC y aquellos que se inclinan por la naturaleza contractual de la donación, entre quienes se encuentra la propia ROCA TRÍAS; sobre la cuestión también RUBIO TORRANO, E.: «¿Es la donación un contrato?», en *Aranzadi Civil* núm. 13/2003 y, en la jurisprudencia, por todas, la STS de 31 de julio de 1999 [RJ 1999, 6221], la cual afirma en su FJ. 1º, a propósito de una donación verbal del usufructo de un local de negocio: «Pues bien, el contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad –artículo 609– no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato y, así es casi unánime la doctrina moderna en la que predomina la concepción contractualista de la donación, que tiene su actual reflejo legislativo en el actual Código Civil alemán»– formal por excelencia.

A efectos de su validez, debe cumplir una forma *ad solemnitatem*. La forma, en la donación, es sustancia, de tal modo que para su válida constitución debe celebrarse bajo la forma ordenada legalmente en los arts. 632 y 633 CC, es decir, que hasta que no se cumplimente, no se perfecciona, no hay contrato y nadie queda obligado por el solo hecho de haber mediado el consentimiento no formal.

La solemnidad contractual *ex lege* tiene carácter excepcional en cuanto al principio general de libertad de forma que rige en nuestro Ordenamiento, y la razón por la cual el legislador ha impuesto, en determinados casos, el cumplimiento de un requisito formal reside, entre otras razones, en la intención de asegurar la inequívocidad del acto y de garantizar la seriedad empujando al sujeto a una mayor reflexión sobre las consecuencias del mismo, de ahí que presente un esquema estructural distinto al de la mayoría de los contratos, los consensuales.

De este modo y pese a que pueda considerarse que la forma *ad solemnitatem* es un elemento perjudicialmente incómodo y entorpecedor en un sistema contractual tendencialmente consensual y en un tráfico jurídico tan veloz como el de nuestros días, la mera voluntad unilateral de donar es incapaz de crear un vínculo contractual si no va acompañado de la forma solemne legalmente impuesta. Tampoco existe, en virtud de la autonomía privada creadora de otros esquemas distintos a los ofrecidos expresamente por la ley *ex art.* 1255 CC, la variante consensual atípica del esquema legal de la donación.

Al respecto se pronuncia la citada STS de 31 de julio de 1999 (RJ 1999, 6221), en su FJ. 1º: «...hay que proclamar que el contrato de donación sobre bienes inmuebles exige unas formalidades muy concretas y “*sui generis*”, como son su plasmación en escritura pública y la necesidad de la aceptación por parte del donatario.

La necesidad de la plasmación de la donación en escritura pública, es un requisito “*ad solemnitatem*”, o sea esencial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil, concretamente en su artículo 633, y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, completamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito “*ad probationem*”.

Dicha exigencia formal “*ad solemnitatem*” admitida, además, sin fisuras por la jurisprudencia de esta Sala, tiene su origen en la conocida institución del Derecho romano de la “*insinuatio*” y recogida en nuestro Derecho histórico de la Ley de Partidas con la entronización de la “*carta*”; hace que la pretensión de la parte actora en la presente “*litis*” y, ahora, parte recurrente, deba ser totalmente declarada como decaída, puesto que con lo antedicho nunca podrá producir efectos y ni siquiera estimarse como válida una donación sobre bienes inmuebles, si no se ha plasmado la misma y, asimismo, la aceptación del donatario en escritura pública. Y, se vuelve a repetir, en la presente contienda judicial la donación del usufructo sobre un inmueble, trasladando a la misma todo lo dicho, ha de ser declarada como inviable jurídicamente...».

II. LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE JURÍDICAMENTE A TÍTULO GRATUITO

La forma en la donación tiene, pues, un papel constitutivo, de modo que la promesa de donar se juridifica a través de la forma *quo ad constitutionem*. Sin la veste formal, la mera voluntad del

promitente no puede jamás generar por sí sola obligaciones con posibilidad de exigencia coercitiva a través de todo el específico mecanismo técnico-procesal.

Observamos que, cuando se pacta una contraprestación, existe una voluntad seria y efectiva de obligarse jurídicamente. No existe duda alguna de que el consentimiento, en este caso, es vinculante, genera obligaciones. Una promesa –o un acto de disposición– tiene una causa de obligar si el promisorio –o el adquirente–, a su vez, promete válidamente una prestación o efectúa otra disposición valorable en dinero o que corresponda a un interés del promitente o enajenante. En este sentido, puede decirse que, cuando las partes afrontan sacrificios recíprocos, cuando una prestación es contrapartida de la otra, cuando, en definitiva, existe correspectividad u onerosidad –no necesariamente bilateralidad, basta pensar en el mutuo con interés–, encontrar una razón que justifique las respectivas obligaciones, la llamada, por la tradición, *causa civilis obligandi*, no ofrece el más mínimo problema.

Sin embargo, no resulta tan claro que baste el nudo consentimiento para obligarse jurídicamente en las hipótesis en las cuales viene efectuada una promesa de cumplir una prestación a título gratuito, es decir, cuando es una sola de las partes, el promitente, la que afronta un sacrificio patrimonial. Significativo es que, entonces, para que la promesa de dar sin recibir nada a cambio pueda engendrar un vínculo jurídico, el *consensus* deba revestirse de una forma solemne o acompañarse de la *datio rei*, hechos que revelan, sin ningún género de duda, una intención de asumir un vínculo en el terreno jurídico y, por tanto, de someterse, en todo caso, a la correspondiente coacción.

Surge, entonces, la sospecha de que el problema de la existencia de la intención de vincularse en el plano jurídico adquiere el máximo relieve en la promesa a título gratuito (donación y contratos reales gratuitos). Resultando, en tal caso, excluido que el mero consentimiento produzca por sí solo la vinculación jurídica obligatoria, es lógico que, en aras de garantizar la certeza y estabilidad del tráfico jurídico, el Ordenamiento establezca con seguridad qué condiciones o requisitos debe reunir una promesa para engendrar una obligación jurídica, esto es, cuándo el promitente quiere, verdaderamente, contraer una obligación jurídica o mantenerse, simplemente, en el campo de las relaciones sociales jurídicamente incoercibles.

III. DE RELACIÓN DE CORTESÍA A DONACIÓN JURÍDICAMENTE EXIGIBLE

Acercándonos a la donación surge el problema de la determinación de cuándo puede decirse que quien promete regalar una cosa da su consentimiento *serio et deliberato animo*, es decir, con la intención de contraer un vínculo en sentido jurídico. ¿Por qué y desde cuándo ha de entenderse que el promitente asume un vínculo jurídicamente exigible?; ¿cómo puede saberse que ha querido contraer una obligación en sentido jurídico o sólo en el plano de las relaciones sociales, morales, de cortesía, de amistad, etc.?; ¿qué sucede si, tras la promesa, el promitente rehúsa donar la cosa?

La donación nace de impulsos de benevolencia, gentileza, gratitud, solidaridad o relaciones de cortesía, sentimientos éstos que, con palabras de DEMOGUE, constituyen la *grandeur de l'homme*.

Todos estos impulsos se han definido, desde hace algún tiempo, como relaciones o prestaciones de cortesía [para un detenido estudio de las relaciones de cortesía, *vid.* PERREAU, E. H.: «*Courtoisie, complaisance et usages non obligatoires devant la jurisprudence*», en *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 1914, pgs. 481 y ss.; SAVATIER, R.: *Des effets et des sanctions du devoir moral*, París, 1916; PERETTI GRIVA, D.: «*Sulle prestazioni cosiddette di cortesia*», en *Studi in onore di D'Amelio*, III, Roma, 1933, pgs. 96 y ss.; RIPERT, G.: *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1935; PACIFICI-MAZZONI, E.: «*In tema di prestazioni di cortesia*», en *Foro it.*, 1952, I, pgs. 1508 y ss.; COLUMBO, V.: «*Sulla rilevanza giuridica delle c.d. prestazioni di cortesia*», en *Foro pad.*, 1957, III, pgs. 26 y ss.; VALETTA, V.: «*Delle c.d. prestazioni “affectione vel benevolentiae causa”*», en *Dir. e giur.*, 1957, XIII, pgs. 523 y ss.; GORLA: *El contrato, Exposición general*, T. I, trad. esp. de Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959, pgs. 200 y ss.; GHEZZI, G.: Voz «*Cortesía*», en *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pgs. 1049 y ss.; ROVELLI, R.: Voz «*Prestazioni di cortesia*», en *Noviss. D. It.*, T. XIII, Torino, 1966, pgs. 733 y ss.; LIPARI, N.: «*Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*», en *RTDPC*, 1968, pgs. 5 y ss. y en *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, pgs. 39 y ss.; PANUCCIO, V.: «*Gli atti di cortesia. Profilo di una teoria*

generale», en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, 2, *Diritto civile*, Milano, 1977, pgs. 1601 y ss. y Voz «Cortesía (prestazioni di)», en *Enc. Giur.*, T. IX, Roma, 1988, pgs. 1 y ss.].

En efecto, con la expresión *prestaciones de cortesía* suele, tradicionalmente, definirse toda una vasta serie de relaciones que la cambiante realidad social genera sin cesar, unificándolas, con independencia de su contenido, en un único dato genérico expresado por la gratuidad de los comportamientos intersubjetivos.

Los sujetos asumen, sin necesidad jurídica, ciertos deberes sociales que la vida en comunidad impone en las distintas relaciones interpersonales y que se traducen en comportamientos que el sujeto cortés asume libre y espontáneamente movido, ya por la complacencia o por la conveniencia o *causa urbanitatis*, ya por una cuestión de honor o por un impulso religioso o moral, o ya por venir impuestos por la *affectio* o por la *benevolentia*.

El Ordenamiento no atribuye, en principio, relevancia jurídica a dichas prestaciones de cortesía, absteniéndose de incardinarlas en esquemas típicos prefijados; de ello que tales relaciones vivan en un espacio vacío de Derecho, gobernado, en cambio, por códigos de honor, en un sentido lato.

En general, la falta de aptitud para constituir el objeto de vínculos jurídicos no depende de la naturaleza de la prestación en sí misma, sino de los usos sociales, de las costumbres, de los intereses, de la mentalidad de una sociedad históricamente determinada, de *les moeurs*, utilizando una característica expresión francesa. Por ello, se trata de prestaciones o conductas que, normalmente, no son aptas para constituir el objeto de un contrato o de una promesa en sentido jurídico; de modo que, si el sujeto cortés no respeta su compromiso, la otra parte no tiene ningún mecanismo de coerción jurídica a su alcance para reclamar el cumplimiento de lo prometido.

El problema que plantean las prestaciones de cortesía que, normalmente –siendo el uso social el parámetro de la normalidad–, no suelen ser objeto de relaciones jurídicas, es la duda, casi insoluble, acerca de cuándo existe la intención de contraer un vínculo en el plano jurídico o cuándo existe, simplemente, intención de cortesía; cuándo una relación de cortesía se vuelve jurídica. Se presenta, entonces, la cuestión de si a la conciencia social le parece justo o hasta qué punto lo es el condenar a quien ha contraído tal compromiso. Dicho en otras palabras, la averiguación de un elemento intencional como frontera entre lo jurídico y lo extrajurídico es, prácticamente, imposible.

Ante ello, el legislador, atendiendo a la costumbre o conciencia social, ha tipificado, por circunstancias especialmente significativas, algunas de estas relaciones imponiéndoles un elemento que permita apreciar la intención de contraer un vínculo jurídico.

Es decir, el legislador ha creído, haciendo el balance de intereses que estima conveniente, que, siendo una relación de cortesía normalmente insegura y, por ello, equívoca, podía ser excesivo considerar perfecto el contrato antes de la forma (o de la *datio rei*, en los contratos reales); y éste es el juicio de la propia colectividad, que no considera obligado a quien promete dar gratuitamente una cosa y le repugna que el sujeto al que le ha sido prometido un beneficio pueda constreñir judicialmente al promitente para que ejecute su promesa.

Así las cosas, se percibe con claridad que el elemento que discierne el paso de lo cortés a lo jurídico no es otro sino la forma, elemento no equívoco por su materialidad. De este modo, el compromiso de dar una cosa a título gratuito se juridifica mediante la forma, a partir de la cual ya no es posible tener dudas acerca del carácter jurídico de la relación instaurada. El mundo de la donación, jurídicamente, sólo empieza a partir de la forma.

Si bien la cortesía es, en sí misma, un mero dato extrajurídico, consideramos que entra de lleno a formar parte del esquema legal, de modo que, cuando la promesa de donar se juridifica, la particular intención de amistad, benevolencia o cortesía de la que proviene el regalo sigue siendo el elemento singularmente caracterizador de la relación jurídica que nace de la donación. El legislador ha dado especial relevancia a la intención de cortesía, benevolencia o solidaridad que anima al donante a dar una cosa, lo que se inserta, dentro de una típica causa-función, la *causa donandi*, alrededor de la cual se articula toda la disciplina del contrato. El altruismo, la solidaridad o cortesía informa, muy singularmente, su disciplina legal. En este sentido, tan sólo su particular

naturaleza de negocio de cortesía puede dar explicación a la eventual revocación de la donación por ingratitud del donatario.

IV. BREVES NOTAS ACERCA DE LA CAUSA DE LA DONACIÓN

De las múltiples acepciones que ha recibido, en el Derecho moderno, la palabra *causa*, nos interesa, en particular, destacar sucintamente cuatro: causa-función del contrato, causa de la obligación, causa de la atribución patrimonial y causa-motivo.

La causa-función del contrato responde a la pregunta *cur contraxit?*, es decir, por qué se contrajo, por qué se celebró el contrato. Sirve, pues, para fijar el tipo negocial –dotado de tipicidad legal o social– predispuesto o permitido por el Ordenamiento y conocer, por tanto, el régimen jurídico aplicable. De este modo, la causa se concreta en el fin práctico común a las partes, el cual viene a ser igual para cada tipo contractual, o, desde otro punto de vista, en la función económico-social de cada clase de contrato, lo que permite apreciar si ello merece la protección de las leyes, que se manifiesta en sentido negativo, tarea ésta que corresponde a los tribunales de justicia. Y, además, la causa-función sirve como parámetro de licitud o correspondencia de la regulación concreta de intereses actuada por las partes, con los fines perseguidos por el Ordenamiento *ex art.* 1255 CC, que no es más que el control que ejerce el Ordenamiento jurídico sobre la autonomía privada.

En un plano distinto, la causa de la obligación –*causa debendi* o *causa obligationis*– contesta al interrogante *cur debetur?*, esto es, por qué se debe, por qué se obliga uno. Esta razón jurídica de la vinculación juega, no tanto en el plano valorativo como la causa del contrato, sino como causa eficiente que explica la existencia de la obligación así como la permanencia de la misma, dato éste que impide que sea identificada con la fuente de la obligación, que justificaría tan sólo el nacimiento de dicha obligación, pero no su virtualidad jurídica. La encontramos parcialmente en el art. 1274 CC.

La causa de la atribución, por su parte, constituye el fundamento jurídico de un desplazamiento patrimonial, y puede ser el contrato, pero también la sucesión *mortis causa* o un hecho jurídico como la accesión. Su exigencia responde más bien a pretensiones de coherencia del sistema, que no sólo requiere que todo desplazamiento patrimonial tenga un fundamento, sino también que dependa de él, de tal forma que una anomalía que pueda afectar a la causa de la atribución incida en su eficacia. Así, puede solventarse el supuesto de una atribución patrimonial que trae causa de un contrato nulo, reconociendo al que transmitió la cosa acción para pedir su restitución por falta de causa. La causa de la atribución, como puede comprobarse, no sirve para valorar los comportamientos, ni para justificar la exigencia de una obligación, sino para entender bien hecha, desde el punto de vista jurídico, una atribución, por lo que su apreciación acontece *ex post facto*. No cabe, pues, hablar ni de causa lícita, ni de causa eficiente, sino de causa suficiente.

Por último, la causa-motivo tiene una índole subjetiva, dada la presencia en ella de motivaciones individuales que adquieren transcendencia jurídica, bien por ser comunes a ambas partes, o bien por ser ilícitas.

Partiendo de tales premisas, si acudimos a lo dispuesto por el art. 1274 CC, comprobaremos que la pregunta *cur debetur?*, en relación a los contratos onerosos, encuentra una rápida respuesta: la prestación de una parte encuentra su razón de ser en la contraprestación de la otra.

No sucede lo mismo, aunque a simple vista pudiera parecer lo contrario, cuando se formula la misma cuestión en relación a los contratos gratuitos, lucrativos o *de pura beneficencia*, como los llama el Código, porque ¿*cur debet* quien promete donar algo de su patrimonio a otra persona? De otro modo, ¿por qué está obligado a incrementar el patrimonio de otro a costa del empobrecimiento del suyo propio? ¿por qué debe dar sin recibir a cambio ninguna contraprestación?

Si se responde que por la *mera liberalidad del bienhechor*, como señala el art. 1274 CC, con ello se incurriría en el fatal error, que ya comete el precepto, de estar confundiendo la *causa obligandi* con los intereses o motivos internos que mueven al promitente a comprometerse a hacer una prestación gratuita y que se agotan en el mero plano psicológico asumiendo, como máximo, un valor formal o descriptivo *ad colorandam causam*.

Se ve, con absoluta claridad, en la donación.

Aunque de una mera lectura del art. 618 CC parezca deducirse lo contrario, la donación simple no exige un ánimo de liberalidad, si con ello quiere indicarse, en sentido genuino, generosidad o desinterés (así, Díez-PICAZO/GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, Madrid, 6ª ed., 1990, pg. 336 y, en la doctrina italiana, CECCHINI, A.: Voz «Liberalità (Diritto civile)», en *Enc. Giur.*, T. XVIII, Roma, 1990, pgs. 1-6 y MANZINI, C.: «Spirito di liberalità e controllo giudiziario sull'esistenza della causa donandi», en *Contratto e Impresa*, 1985, pgs. 409-434 y «Il contratto gratuito atipico», *ibidem*, 1986, pgs. 909-938).

El *animus donandi* o ánimo liberal responde al especial móvil interno que pueda llevar a una persona a realizar una donación: por generosidad, por caridad, por vanidad, por ambición, por simple pompa o con el deseo de recibir honores o por cualquier otra razón o interés que no pasa de ser un motivo, en sentido técnico, no reconociéndosele, por consiguiente, valor alguno en relación al concepto de donación. Basta con el propósito –interesado o no– de enriquecer a otro patrimonio con el consiguiente empobrecimiento del propio para estar ante una donación, lo cual nos conduce a la causa-función del negocio –*cur contraxit?*–, no a la *causa debendi*.

V. LA FORMA AD SOLEMNITATEM COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA DONACIÓN

Sin forma (en la donación manual la entrega es un subrogado de la forma), cuando no se recibe prestación alguna a cambio, la mera voluntad no puede generar obligaciones, o dicho de forma positiva, necesita de la forma para crearlas, y, desde entonces, la donación obliga [vid., entre otros, DE LOS MOZOS, J. L.: «La donación en el Código civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, pgs. 803-821, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, 2000 y «¿Es posible la donación obligatoria o promisoria en Derecho español?», en *À l'Europe du troisième millénaire: mélanges offerts à Giuseppe Gandolfi: à l'occasion du dixième anniversaire de la fondation de l'Académie*, Vol. 1, 2004, pgs. 71-104; DÍAZ-AMBRONA, Mª D.: «La promesa de donación en el Código civil y la jurisprudencia», en *RGLJ*, núm. 5, 1985, pgs. 703-755; ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, J. L.: «Donación aceptada o promesa unilateral vinculante?», Tecnos, Madrid, 1997 y *Promesas unilaterales y donaciones*, Marcial Pons, Madrid, 1998; DURÁN RIVACOBIA, R.: *La donación de inmuebles. Forma y simulación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2ª ed. 2003 y ALBALADEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S.: *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006].

Sobre la necesaria instrumentación en escritura pública de la donación de bienes inmuebles se pronuncia, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala al respecto y que, naturalmente, sigue, la STS de 10 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 4980), «...es doctrina de esta Sala, emitida "sin fisuras", en palabras de la Sentencia de 31 de julio de 1999 (RJ 1999, 6221), que la donación de bienes inmuebles supone una excepción al principio general de libertad de forma, siendo la "necesidad de plasmación de la donación en escritura pública un requisito 'ad solemnitatem' o sea especial para la eficacia del mismo que exige nuestro Código Civil (LEG 1889, 27), concretamente en su artículo 633 y con ello se rompe la norma general de nuestro sistema contractual, absolutamente impregnado por un principio espiritualista, para el que la forma escrita se exige únicamente como requisito 'ad probationem'" (Sentencia de 31 de julio de 1999 [RJ 1999, 6221]); señalando taxativamente la Sentencia de 25 de enero de 2007 (RJ 2007, 593) que "una donación de inmueble sin escritura pública es inexistente por falta de un requisito esencial", requisito éste que es aplicable a cualquier tipo de donación, como remarcó la Sentencia de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7737), con cita de las de 22 de octubre de 1986 SIC (RJ 1986, 7795), 10 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9285), 24 de junio (RJ 1988, 5988) y 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988, 9297), 16 de febrero de 1990 (RJ 1990, 690) y 24 de septiembre de 1991 (RJ 1991, 6061) "de suerte que de no cumplirse ese requisito formal de la escritura pública queda el negocio jurídico casacional inválido incluso entre las mismas partes y cualquiera que fuese su clase, bien simple, modal, remuneratoria u onerosa"; siendo la exigencia formal, en palabras de las sentencias de 5 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7904) y 26 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4382), la que a su vez cita a las de 9 de julio de 1984 (RJ 1984, 3804), 15 de octubre de 1985 (RJ 1985, 4846), 14 de mayo de 1987 (RJ 1987, 3442), "de aplicación preferente sobre las disposiciones generales de los contratos siendo una excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento en cualquier forma"; no siendo posible, dice la sentencia de 3 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1775), que otorgada una donación de inmueble en documento privado, se pueda exigir su elevación a escritura pública; sin que pueda alegarse como

infringido el artículo 1279 del Código Civil (LEG 1889, 27), pues como señala la sentencia de 19 de junio de 1999 (RJ 1999, 4613) "el precepto que aquí invoca la recurrente como supuestamente infringido carece en absoluto de aplicación al caso aquí debatido, ya que dicho precepto presupone para su aplicación que se trate de un contrato válidamente celebrado, lo que no concurre en el presente supuesto litigioso, ya que una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (que es el caso aquí contemplado) carece en absoluto de validez, al ser requisito esencial de la misma ('ad solemnitatem') que se haya originariamente instrumentado en escritura pública (artículo 633 del Código Civil [LEG 1889, 27]) lo que aquí no ha ocurrido"» (FJ. 2º).

La forma en la donación no es otra cosa que la secular exigencia formal para asegurar y, al tiempo, desfavorecer los negocios jurídicos gratuitos; desfavor frente a éstos del que hay tan acusados rasgos en nuestro Ordenamiento: piénsese, sin ir más lejos, en la diferencia vital para los mecanismos de protección de terceros adquirentes –art. 464 CC y 34 LH–, y la colación y reducción de lo donado en sede sucesoria.

Por ello, toda discusión sobre un posible precontrato de donación resulta, del todo punto, ociosa. Es imposible eludir la prescripción formal de la donación a través del precontrato o contrato preliminar, sea cual sea la posición que respecto a éste se adopte.

Acerca de la cuestión, nos ilustra la STS de 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9396): «La doctrina científica viene estudiando la figura de contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiéndose que el precontrato es un contrato en sí mismo, por virtud del cual las partes quedan obligadas a celebrar en un momento posterior un nuevo contrato; esta obligación de contratar cuyo objeto consiste en la futura prestación de un nuevo consentimiento contractual, en esencia es una obligación de hacer, o más concretamente, una prestación de emitir en el futuro una declaración de voluntad; acto estrictamente personal y no coercible directamente, debiendo su incumplimiento traducirse en una indemnización de daños y perjuicios. La otra posición doctrinal más moderna, entiende, que el precontrato es ya un contrato completo, y al no tratarse de una obligación de contratar en el futuro, se contrae más bien una obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo, fijándose en el mismo unas líneas directrices, o unos criterios básicos que las partes deben desarrollar y desenvolver en un momento posterior; se afirma por los defensores de esta teoría, que en el precontrato existe ya todo el contrato principal o definitivo, pero en germen, en síntesis, debiendo contener sus líneas básicas y todos los requisitos exigidos para la validez del llamado contrato futuro» (FJ. 2º).

Y continúa, refiriéndose, en concreto, a la donación:

«Así pues, si partimos de la literalidad del documento y de la correspondiente existencia de una pura donación de inmueble, sin cumplir el requisito de la forma el contrato es nulo o inexistente. Podemos aceptar a fines dialécticos la posibilidad de la pretendida calificación jurídica como precontrato, promesa de contrato o contrato preparatorio, atribuible al documento que analizamos, pero en este caso tenemos que coincidir con la mayoritaria doctrina y entender, que el donante que prometió informalmente donar, está en la misma circunstancia que si no lo hubiera prometido, porque legalmente aún no ha donado. Con arreglo a la teoría tradicional del precontrato, anteriormente expuesta, la obligación de emitir en el futuro una declaración de voluntad (debe de contratar en qué consiste el objeto del precontrato) no es coercible directamente, teniendo que sustituirse por la correspondiente indemnización no pedida en los autos. Según la posición doctrinal que hemos llamado moderna, y que considera al precontrato como la ley de bases del contrato futuro, al exigirse que en el primero figuren en germen, o síntesis todos los requisitos exigidos para la validez del segundo, está determinando que la forma solemne exigida en la donación de inmuebles figure en el pretendido precontrato».

Y concluye:

«Así pues, la simple promesa, como obligación de realizar una donación de inmuebles en el futuro, no es admisible en nuestro derecho, si tenemos en cuenta las prescripciones terminantes del artículo 633 del CC».

Claro lo anterior, doble es la exigencia formal, puesto que, además de la formalidad a seguir según se trate de bien mueble o inmueble *ex arts.* 632 y 633 CC, es requisito esencial para la perfección de la donación, dado su carácter contractual, el conocimiento por el donante de la aceptación del donatario, en concordancia con lo dispuesto en el art. 1258 CC (vid. RODRÍGUEZ LÓPEZ, F.: «Donación. Aceptación: Notificación de la misma al donante», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 237, 1987).

Así lo viene a declarar la STS de 14 de mayo de 1966 (RJ 1966, 2425) al decir que «*el contrato de donación ha de revestir los requisitos del art. 633 del Código Civil, precepto que exige para la validez de la donación de cosa inmueble que se haga en escritura pública, con expresión individual de los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario, con lo que se sanciona que el requisito de forma es necesario para su validez, y al requerir, como contrato, el acuerdo de voluntades, se exige la aceptación del donatario mediante una auténtica manifestación de voluntad, que no puede ser sustituida por otros medios, dado que el art. 630 del Código prescribe que el donatario debe, "so pena" de nulidad, aceptar la donación en la misma escritura o en otra separada, debiendo en este caso notificarse en forma auténtica al donante para que quede obligado desde la perfección del vínculo (arts. 629 y 633)*».

En cuanto a la aceptación del donatario, las Res. de la DGRN de 3 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 2703) y 22 de abril de 2002 (RJ 2002, 8297) se pronuncian a favor de la inscripción de donación aceptada tácitamente por los donatarios, pues, según el Centro Directivo, dicha aceptación no requiere términos sacramentales y su existencia cabe deducirla si de la redacción del documento resulta la presencia de la voluntad tanto de hacerla como de aceptarla.

VI. LA PROMESA DE DONACIÓN REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR HOMOLOGADO JUDICIALMENTE

Con frecuencia, en supuestos de crisis matrimonial, los cónyuges pactan en el convenio regulador de separación o divorcio una futura donación de un bien inmueble (o parte de él) ganancial a favor de los hijos del matrimonio. Aprobado judicialmente el convenio y llegado el momento previsto expresamente en el mismo, los hijos interponen acción en cumplimiento de tal donación. La cuestión, entonces, se traslada a dilucidar si es o no título adecuado el convenio regulador oportunamente homologado por sentencia (por tanto, ejecutable) para llenar la forma *ad solemnitatem* de la donación de bienes inmuebles.

Así sucedió en el caso enjuiciado por la SAP de Alicante de 21 de febrero de 2002 (JUR 2002, 102971):

«*SEGUNDO.—No cabe la menor duda que en el momento de la presentación de la demanda de separación, y posterior divorcio, rige para el matrimonio, y especialmente con relación a las causas de separación, nulidad y divorcio, la Ley 30/1981, de 7 de julio, respecto al procedimiento a seguir en estos casos, y así, la Disposición Adicional Sexta de la Ley indica que en las demandas de separación o divorcio de mutuo acuerdo se acompañará la propuesta de convenio regulador conforme al artículo 90 del Código Civil, y con remisión a los artículos 81, 86 y 103 del mismo Cuerpo Legal*».

Ahora bien, ¿qué es el convenio regulador? La sentencia de esta Sala de 30 de marzo de 1999 ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, de la siguiente manera:

«*La doctrina mayoritaria entiende que el artículo 90 del Código Civil consagra un amplio margen de la autonomía de la voluntad de los cónyuges para regular los efectos de las situaciones de crisis matrimonial, principio de autonomía que deriva de los de igualdad y pluralismo social establecidos en la Constitución y que implican el reconocimiento que no todas las familias pueden ajustarse a un modelo standard y que quien mejor que los propios cónyuges para determinar los efectos del matrimonio, aunque también es cierto que ante aquel principio de autonomía, y por lo que al convenio se refiere y que va a regular los efectos de la separación, el divorcio y la nulidad del matrimonio, estos vienen regulados en la ley, en una intervención decisiva del Poder Público y, además, esta misma ley impone un único modelo de los efectos de las crisis matrimoniales establecido en los artículos 90 a 101 del Código Civil y en cuya confección se han tenido en cuenta los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos establecido en los artículos 32 n.º 1 y 39 de la Constitución. Por ello se impone un control judicial de los convenidos reguladores cuyo resultado final consistirá en su homologación si se ajustan a los mencionados principios o su denegación si son contrarios a ellos*».

El convenio regulador es un negocio jurídico familiar que tiene carácter mixto por intervenir los particulares y la autoridad judicial y que tiene como finalidad el regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio, siendo su función el facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los mencionados efectos y por ello su presentación es un requisito indispensable en los supuestos de separación y divorcio tramitados de mutuo acuerdo o por iniciativa de un cónyuge con consentimiento del otro, así se expresa en los artículos 81 y 83 del Código Civil y en la disposición adicional sexta núm. 1 de la Ley 30 de 1981.

Para la eficacia del convenio se requiere la homologación judicial, esto es, la aprobación judicial, que únicamente se produce con la sentencia en que se acuerda la separación o el divorcio. Hasta el extremo que la no aprobación obligará a los interesados a someter a la aprobación judicial un nuevo proyecto de convenio en el que se subsanen los vicios detectados o implicar una resolución judicial directa sustitutoria de la voluntad de las partes. El Juez

controla la legalidad de lo acordado por los interesados, hecho lo cual aprueba el convenio y lo incorpora a la sentencia, y es a partir de este momento cuando debe reputarse eficaz y podrá ser ejecutado en la vía de apremio».

Sentado lo anterior, el Tribunal de apelación se centra en la cuestión objeto de litis:

«*TERCERO.—En el caso presente lo que se trata de dilucidar no es el efecto del convenio aprobado judicialmente tras las sentencias y entre las partes que lo suscribieron, el matrimonio, sino el efecto que tiene la estipulación de realizar la donación, teniendo en cuenta además que ya en fecha 28 de enero de 1999 el juzgado que tramitó los procedimientos matrimoniales determinó que no era posible ejecutar dicho acuerdo puesto que el mismo no era propiamente contenido del artículo 90 y debía acudirse el juicio ordinario. Además, en el presente declarativo, la parte demandada excepcionó la falta de legitimación activa y pasiva por entender, por una parte que el convenio, en el que no había tenido parte el hijo, se refería al matrimonio, y por otra, que lo que no existía era en sí contrato. Ambas excepciones se refieren evidentemente al fondo del asunto y con el mismo van a ser tratadas*».

Subyace ciertamente en el fondo del asunto el alcance de la promesa de donación, no es que con el convenio regulador se disponga por el padre y esposo que "ceda la vivienda" a su hijo, sino que se "compromete a cederla". Los términos empleados dan un tratamiento distinto a la problemática planteada.

CUARTO.—Es reiterado el criterio señalado en las sentencias del Tribunal Supremo que el principio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro Ordenamiento Jurídico (artículos 1258 y 1278 del Código Civil), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento (ad probationem), sino para su existencia y perfección (ad solemnitatem). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código Civil, precepto que, de manera pacífica, reiterada y uniforme, ha venido interpretando el Alto Tribunal, en plena coincidencia, por otro lado, con el criterio de la doctrina científica, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen valor, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren, que es el aspecto que aquí interesa, si no aparecen instrumentadas en escritura pública, exigencia de solemne y esencial formalidad que rige cualquiera que sea la clase de donación, pura, simple, onerosa, remuneratoria, etc. siempre que se refiera a bienes raíces. Sentencia de 13 de marzo de 1952, 13 de mayo de 1963, 1 de diciembre de 1964, 25 de junio de 1966, 9 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985, 22 de diciembre de 1987, y como más recientes las de 3 de marzo de 1995 y 19 de junio de 1999.

Así la conclusión jurisprudencial es que la donación hecha en documento privado, o el tipo de invalidez de que adolece la donación con defecto de forma es el de la nulidad absoluta, con las consecuencias de ser insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla; por lo que no puede ser válida la teoría de que otorgada la donación de inmueble en documento privado sea exigible su elevación a escritura pública.

Pero podría añadirse en este estado de la cuestión que esa donación no lo era en documento privado sino en un convenio regulador de la crisis matrimonial aprobado judicialmente. En este caso puede citarse la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 1999 que expone el siguiente planteamiento: Se trata de que el esposo, en el preceptivo convenio, hace cesión de su propiedad indivisa sobre la vivienda conyugal a favor de una hija y en cuyo nombre es aceptado por la esposa como representante legal de la menor. Cuando se presenta en el Registro de la Propiedad la sentencia de separación aprobando el convenio regulador y este mismo, se deniega la anotación por defecto insubsanable de no ser título adecuado para ello conforme al artículo 633 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria. La Dirección General da lugar al recurso gubernativo interpuesto con el siguiente razonamiento:

«*Es cierto que la donación de bienes inmuebles presupone escritura pública como requisito formal para su existencia y validez, pero no es éste el caso debatido toda vez que: a) las previsiones adoptadas en un convenio regulador de las consecuencias de la separación o divorcio, que constituyen el contenido propio de dicho convenio por incidir sobre los aspectos que la crisis familiar hacen necesario abordar, produce plenos efectos jurídicos una vez aprobados judicialmente; b) que siendo uno de los aspectos que por expresa previsión legal ha de abordarse en el convenio el relativo a la vivienda familiar y, obediendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos, en modo alguno puede negarse que sea extraño al contenido genuino de dicho convenio el que uno de los cónyuges ceda su parte de vivienda a favor de los hijos del matrimonio, sin que puede alegarse que el artículo 90 b) del Código Civil exige únicamente la previsión sobre el uso, pues, por otra parte, y como literalmente señala el inciso inicial de dicho artículo, las especificaciones recogidas en el artículo citado constituyen el contenido 'mínimo' del convenio y, por otra, no hay razón para excluir aquellas disposiciones relativas al uso de la vivienda que se articulen por vía de cesión de la propiedad, y entender incluida sólo las que se instrumentalicen por el cauce de la constitución de un derecho real de goce; c) que tratándose de un convenio judicialmente aprobado, no corresponde al Registrador en el ámbito de su función calificadora revisar la procedencia de la inclusión en aquél de la cesión cuestionada*».

QUINTO.—Enlazando con lo anterior diremos que el caso de que se trata en el presente procedimiento no es el de cesión o donación de la vivienda al hijo demandante en el convenio regulador de la separación y divorcio posterior de sus padres, sino que se refiere a un compromiso de donación y además en el plazo de dos años.

Dice el artículo 618 del Código Civil que la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta. Si bien el Código considera a la donación como un modo de adquirir la propiedad (artículo 609), en realidad la misma tiene consideración de contrato, pero que no obsta a su naturaleza el considerar la donación como un acto bilateral, y como tal, contrato, y a la vez como contrato

unilateral, ya que sólo genera obligaciones para el donante. Otros autores redundan en el contenido contractual de la donación diciendo que las partes en el contrato lo son el donante y el donatario, aquél es el que ofrece generalmente, y éste, el que acepta; por eso y por, quizá, reminiscencia de la idea de que la donación fuese un acto unilateral del donante, aunque el donatario necesitase aceptarla para hacer la cosa suya, habla el Código Civil como si el que ofrece sea siempre el donante, lo que no es verdad, ya que puede ofrecer la donación también el donatario, y no otra cosa es pedir que se nos regale algo, caso en la práctica frecuente.

Desde este puro y simple análisis de la naturaleza jurídica de la donación podemos llegar ya a la conclusión que la estipulación cuarta del convenio regulador no contiene una donación ya que el padre demandado no ha efectuado su acto unilateral de liberalidad y por tanto la petición del demandante no puede prosperar.

Pero además, y como ya hemos indicado, se trata de un mero compromiso, con lo que nos encontramos ante un "precontrato de contrato formal", y cabría preguntarnos si las partes pueden quedar obligadas por la sola fuerza del consentimiento a celebrar posteriormente un contrato que exija especiales requisitos de forma. La respuesta debe ser negativa, si los contratos exigen una forma solemne determinada, como es la donación de bienes inmuebles, el precontrato no es admisible; las partes no pueden quedar obligadas a celebrarlo sin la solemnidad exigida como algo esencial, el consentimiento carecerá de eficacia si no se ajusta a esa forma».

Muy recientemente, en sus Sentencias de 24 (RJ 2008, 218) y 25 de enero de 2008 (RJ 2008, 225), siendo Ponente en ambas ROCA I TRIAS, el Alto Tribunal se ha vuelto a pronunciar acerca de la validez o invalidez de una promesa de donación efectuada por ambos cónyuges a favor de sus hijos en un convenio regulador de separación, de determinados bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales.

En la Sentencia de 24 de enero (comentada por FENOY PICÓN, N.: «Sentencia de 24 de enero de 2008: pacto incluido en convenio regulador de separación judicial por el que se adjudica la mitad del piso ganancial a la esposa y la otra mitad a los tres hijos del matrimonio. Donación ineficaz por defectos formales: no formalización en escritura pública», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pgs. 1299-1339; CASANOVA MUSSON, A.: «Comentario a la Sentencia de 24 de enero de 2008», *ibidem*, pgs. 1341-1348; LÓPEZ DE LA PEÑA SALDÍAS, J. F.: «Nulidad de pacto de adjudicación de inmueble a hijos comunes en convenio regulador», en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 5/2008; SALAS CARCELLER, A.: «La ineficacia obligacional de la promesa de donación», en *Repertorio de Jurisprudencia* núm. 17/2008; MACÍAS CASTILLO, A.: «Validez de la promesa de donación contenida en convenio regulador de separación», en *Actualidad Civil*, núm. 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2008 y RIPOLL JAÉN, A.: «Tres sujetos de Derecho en busca de su identidad: donación versus convenio regulador», en *La Notaría*, núm. 51-52, marzo 2008), en el convenio regulador aprobado en mayo de 1993 por la sentencia que declaró la separación matrimonial –y, posteriormente, ratificado en el procedimiento de divorcio– ambos cónyuges convinieron, en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, que el 50% del piso ganancial del matrimonio se adjudicaría a la esposa en plena propiedad y el otro 50% a los tres hijos del matrimonio por iguales terceras partes también en plena propiedad, añadiéndose que, entre otras, esta medida entraría en vigor desde la fecha del convenio regulador y que ambos se comprometían, a los efectos de dar total cumplimiento a lo pactado, a firmar de forma extrajudicial y amistosa cuantos documentos, públicos o privados, fueran necesarios, todo ello sin más trámite que el simple requerimiento del otro. Nunca llegó a formalizarse la escritura pública de donación.

Transcurridos cinco años, en noviembre de 1998, el padre comunicó a sus hijos (quienes habían pagado en octubre de 1995 el Impuesto de Donaciones sin haber aceptado la donación) que su voluntad de donar ya no subsistía y, entendiendo que al no haber formalizado la donación de su participación en la vivienda que había constituido el domicilio familiar a favor de sus tres hijos en escritura pública ni que éstos la hubieran aceptado en momento anterior a la revocación de su *animus donandi*, reputa la misma inexistente y, en base a ello, interpone ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de división de cosa común contra su ex esposa y copropietaria del otro 50%.

Ésta y sus hijos, por su parte, interponen acción declarativa de propiedad sobre la citada mitad indivisa así como de condena al ex esposo y padre al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de donación a favor de sus hijos.

Acumulados ambos procedimientos, tanto en primera como en segunda instancia, el fallo fue favorable a la ex esposa e hijos, sobre la base de que «el convenio regulador y las estipulaciones en el mismo contenidas no puede ser calificado, como se propugna por el recurrente, de una "mera declaración de intenciones o si se quiere en este caso una mera promesa de donación –cuya validez y consiguiente eficacia

vinculante en la actualidad la jurisprudencia niega (sentencias de 22 junio 1982 [RJ 1982, 3437] y 23 diciembre 1995 [RJ 1995, 9396]) [...] sino de un verdadero negocio jurídico cuya eficacia vinculante deriva del amplio reconocimiento que la Ley 30/1981 ha reconocido a la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, muy especialmente en las cuestiones económicas y patrimoniales».

Por consiguiente, se declara la obligación del demandado de otorgar escritura pública de donación de la mitad indivisa de la vivienda que fue del matrimonio.

Interpuesto recurso de casación por el ex marido y padre, fundado en un único motivo al amparo del art. 1692,4 LEC, denunciando infracción de los arts. 618, 623, 633 y 629 CC, utiliza los siguientes argumentos: En el convenio no han intervenido los hijos del matrimonio por razones obvias. Se trata, por tanto, de una mera manifestación de voluntad del recurrente que en ningún momento fue seguida por el otorgamiento de la escritura pública. No se ha perfeccionado la donación, porque el donante no conoció en ningún momento la aceptación, que era necesaria, así como el otorgamiento de la escritura pública, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 623 y 633 CC. Por ello no puede decirse que se haya cumplido el requisito de la forma, ni se aceptara la donación en escritura pública, requisito que es exigido por el CC «ad solemnitatem», por lo que nunca llegó a perfeccionarse dicho negocio. Considera que el convenio regulador no tenía carácter bilateral, puesto que la cesión de la mitad ganancial del piso que le pertenecía no tuvo ninguna contrapartida y no tenía en el momento en que se efectuó otra causa que la simple liberalidad del recurrente a cuyo favor nada se acordaba en el convenio. Añadía que aunque el convenio es un documento público, no es una escritura.

En definitiva, alega el carácter no vinculante de la promesa de donación.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación:

FJ. 2º: «...En el convenio regulador (...) se contiene una promesa de donación de la mitad ganancial del piso, correspondiente al recurrente, a favor de los hijos del matrimonio. Ello se demuestra por lo siguiente: a) falta la aceptación de los donatarios, que no puede existir en el propio convenio al no poder intervenir, dada la naturaleza del mismo, ni tampoco se produjo en un momento posterior con las formalidades exigidas en el artículo 633.2 CC, y b) Falta asimismo la escritura pública exigida en el artículo 633.1 CC para la validez de la donación (SSTS 10 noviembre 1994 [RJ 1994, 8465], 5 noviembre 1996 [RJ 1996, 7904], 31 julio 1999 [RJ 1999, 6221], 21 marzo 2003 [RJ 2003, 1866], 16 julio 2004 [RJ 2004, 4379], entre muchas otras). Ello lleva a la conclusión de que el acto de liberalidad realizado por el recurrente deba ser calificado como promesa de donación e implica que debemos examinar si esta promesa produce efectos y, por ello, vincula al promitente, obligándole a otorgar la correspondiente escritura de donación».

Y continúa declarando en el FJ. 3º:

«Esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación. Ya la sentencia de 6 junio 1908 dijo que "constituyendo un acto de liberalidad no basta la simple promesa, aunque aquella fuese aceptada, porque siendo la misma voluntad ambulatoria la que determina la naturaleza de estos actos es indispensable para su efectividad la acción o realización del acto por el donante y la aceptación probada por parte del donatario y en la forma y términos que establece el art. 632 CC (LEG 1889, 27)", por lo que la de 27 junio 1914 concluía que si no hay aceptación, no hay donación. Esta doctrina ha venido siendo ratificada por sentencias posteriores entre las que cabe citar las de 25 abril 1924, 22 enero 1930 (RJ 1930, 599), 21 noviembre 1935 (RJ 1935, 2078), que requiere la aceptación por escrito, 21 junio 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, así como las de 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437), 23 diciembre 1995 (RJ 1995, 9396), 6 febrero 1996 y 19 junio 1999 (RJ 1999, 4613). La de 25 noviembre 2004 (RJ 2004, 7251) afirma que "ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia de esta Sala en cuanto tiene declarado que no son admisibles las simples promesas de donación futura de bienes inmuebles". En resumen, la doctrina de esta Sala califica la promesa de donación como una donación incompleta, carente de los efectos jurídicos de aquella en la que concurren todos los requisitos legales. Es un concepto inoperante sin trascendencia jurídica, porque la promesa de donación unilateral no es válida al carecer de los requisitos exigidos por el Código Civil para la validez de la misma donación.

Sobre esta base, debe estimarse el motivo presentado por el recurrente, quien considera que al ser nulo el pacto de donar a los hijos la mitad indivisa correspondiente al esposo del bien ganancial consistente en el piso, debe procederse a practicar la división del mismo. Y ello con independencia de que quizá hubiera sido técnicamente más adecuada la petición directa de la ineficacia parcial de dicho convenio en lo que se refiere a dicho

pacto, para pasar a pedir la división del citado inmueble, lo que, a pesar de su mejor corrección técnica, no impide la estimación del recurso».

El Alto Tribunal casa y anula la sentencia de apelación, y, revocando la pronunciada en primera instancia, estima la demanda del ex marido y padre, condenando a la ex esposa demandada a la división del inmueble común y desestima la demanda de ésta, absolviendo al demandado.

En una Sentencia del día siguiente, 25 de enero de 2008, la misma Ponente se pronuncia sobre un caso de pacto en el convenio regulador de separación entre los cónyuges de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran 25 años, con prohibición de disponer de tales bienes hasta que los hijos alcanzaran dicha edad.

Como era de esperar (por transcurrir tan sólo 24 horas del fallo anterior), el Tribunal Supremo vuelve a calificar tal acuerdo de promesa de donación (no de «donación meramente obligatoria», corrigiendo al marido recurrente que así la denomina) y no de donación, pues en su otorgamiento no concurren los donatarios ni existe aceptación de éstos al no poder intervenir en el convenio regulador, por lo que, en consecuencia, carece de efectos jurídicos (FJ. 7º).

Como puede observarse, la Sentencia de 25 de enero de 2008 basa su postura en la falta de aceptación de los donatarios, pero no menciona, como sí hace en la del día precedente, la falta de escritura pública exigida en el párrafo 1º del art. 633 CC para la validez de la donación. Tal omisión podría considerarse como un mero olvido (lo cual creemos, al tratarse de la misma Ponente y del escaso tiempo transcurrido entre ambas resoluciones judiciales) o bien como la admisibilidad de la validez de un convenio regulador homologado por sentencia judicial firme de separación conyugal para cubrir la forma escrituraria de la donación inmobiliaria.

Nos surge otra duda: si el Tribunal Supremo considera que falta la aceptación de los hijos donatarios por no poder intervenir, dada su naturaleza, en el convenio regulador, ¿*quid iuris* si la promesa de donación la realiza un cónyuge a favor del otro y, por tanto, interviniente en el convenio? ¿podría el cónyuge promisorio requerir al promitente para otorgar escritura pública de donación a su favor?

Tal caso se le planteó a la AP de Navarra, que en el FJ. 2º de su Auto de 22 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2548), declaró:

«Es indiscutible que para que una donación de bienes inmuebles sea válida y eficaz debe ser otorgada en escritura pública (Ley 161 [RCL 1973, 408, 456; RCL 1974, 1077, NDL 22212 y DLNII, 86]), requisito que es de solemnidad (párr. 3º Ley 18), ahora bien la circunstancia de que aquella escritura pública no se haya otorgado, constituyendo el objeto del recurso el negar que al esposo pueda requerir a su esposa a otorgar aquella donación en escritura pública a que se comprometió, no convierte en inexistente la obligación que pretende se cumpla por la vía de apremio el donatario-esposo; y es que no nos encontramos ante una simple declaración unilateral por el que una persona (la esposa) asuma una obligación de hacer un acto de liberalidad, sino ante un convenio (por cierto redactado por la parte ahora recurrente) que suscrito de mutuo acuerdo por ambos cónyuges en un procedimiento de separación matrimonial, es aprobado judicialmente por una sentencia hoy firme (documento público). Dicha aprobación convierte aquel convenio en parte integrante de la misma, invistiéndola de la fuerza ejecutoria de que dispone el art. 919 de la LECiv, y el 90 de la CC, de manera tal que si cualquiera de los extremos que aquel convenio contiene no se cumple voluntariamente, se hará efectivo por la vía de apremio; que es lo que razonadamente pidió el esposo y acordó el Juzgado "a quo" en el auto ahora objeto de recurso, que debe ser rechazado, toda vez que es exigible aquella obligación, aunque contenga una donación.

Y es que en discrepancia con lo defendido por la parte recurrente, que curiosamente redactó la cláusula que ahora considera inexigible, ningún obstáculo legal existe para poder hablar de una donación obligacional, en virtud de la cual el donatario pueda exigir al donante el cumplimiento de una promesa de donar que éste le hubiera hecho y aquél aceptado como donatario, ya que la amplia definición que del contrato y de amplitud de pactos permiten los artículos 1254 y 1255 del CC, y la prevalencia que a la voluntad unilateral o bilateral concede la Ley 7 de Compilación, hace perfectamente posible desde el punto de vista legal, que aquella obligación nazca para una de las partes contratantes, máxime cuando como ocurre en el caso de autos aquella donación obligacional se contrajo de mutuo acuerdo por ambos cónyuges en un procedimiento de separación como forma de liquidar la sociedad de conquistas, que fue aprobada judicialmente. Siendo igualmente lícito aunque aquella donación obligacional se fundase en una causa de mera liberalidad, que además sería discutible que lo fuera en el caso de autos, pues aun cuando no aparece una contraprestación específica a cambio, aquel acto lo es en el curso de la liquidación de la sociedad de conquistas, que evidentemente tiene un contenido económico.

Si por lo expuesto, y al amparo de la Ley 7 de la Compilación aquella obligación es lícita y por ende exigible, procedente es conforme al art. 90 del CC imponer a quien se obligó el cumplimiento del compromiso que adquirió, realizando efectivamente su obligación. El que aquella obligación no figurase en escritura pública, no la convierte en inexistente, ya no sólo aparece aprobada en un documento público, la sentencia firme, con carácter por tanto de solemnidad e investida de fuerza ejecutoria, sino que precisamente lo pretendido es, al existir un contrato de donación en el que la donante ha asumido libre y voluntariamente una obligación frente al donatario en el proceso de liquidación de la sociedad de conquistas, que la donante cumpla con aquella obligación otorgando la escritura pública que como requisito de solemnidad exige la Ley 161 de la Compilación.

El si la donación puede o no ser revocada (Ley 161.1º considera aquella irrevocable) es una cuestión ajena a este proceso, que debe contraerse a ejecutar lo reconocido en sentencia firme, máxime cuando el concreto extremo que se ejecuta tiene su causa un acuerdo de las partes, motivos todos ellos que nos llevan a confirmar el auto recurrido».

De este modo, la Audiencia Provincial equiparó el convenio regulador de separación matrimonial aprobado judicialmente al otorgamiento de escritura pública de donación de bien inmueble a favor de un cónyuge parte del citado convenio.

VII. TABLA DE SENTENCIAS CITADAS

Resolución judicial	Marginal Aranzadi
STS de 14 de mayo de 1966	(RJ 1966, 2425)
Auto AP de Navarra de 22 de diciembre de 1994	(AC 1994, 2548)
STS de 23 de diciembre de 1995	(RJ 1995, 9396)
STS de 31 de julio de 1999	(RJ 1999, 6221)
RDGRN de 3 de noviembre de 2001	(RJ 2002, 2703)
SAP de Alicante de 21 de febrero de 2002	(JUR 2002, 102971)
RDGRN de 22 de abril de 2002	(RJ 2002, 8297)
STS de 10 de septiembre de 2007	(RJ 2007, 4980)
STS de 24 de enero de 2008	(RJ 2008, 218)
STS de 25 de enero de 2008	(RJ 2008, 225)