

# La solemnidad formal del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad

por

INMACULADA VIVAS TESÓN  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Sevilla*

## SUMARIO

- I. NOTA INTRODUCTORIA.
- II. EXIGENCIA DE FORMA SOLEMNE EN UN SISTEMA TENDENCIALMENTE CONSENSUALISTA:
  1. EL PRINCIPIO *SOLUS CONSENSUS OBLIGAT*.
  2. LA VOLUNTAD DE OBLIGARSE JURÍDICAMENTE A TÍTULO GRATUITO.
  3. DE RELACIÓN DE CORTESÍA A DONACIÓN JURÍDICAMENTE EXIGIBLE.
  4. LA FORMA *AD SOLEMNITATEM* COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA DONACIÓN.
  5. LA PROMESA DE DONACIÓN REALIZADA EN CONVENIO REGULADOR HOMOLOGADO JUDICIALMENTE.
- III. LA FORMA SOLEMNE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO:
  1. LA APORTACIÓN (ORIGINARIA Y SUCESIVA) AL PATRIMONIO PROTEGIDO ES UN ACTO SOLEMNE.
  2. UNA DESEABLE ATENUACIÓN DEL RIGOR FORMAL.

## I. NOTA INTRODUCTORIA

Si existe un sector de la población (alrededor de un 8,5 por 100, es decir, más de 3,8 millones de personas residentes en hogares españoles) (1) que

---

(1) Datos extraídos de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia —EDAD— del Instituto Nacional de Estadística, publicada en noviembre de 2008. Interesante es, asimismo, la consulta de JIMÉNEZ LARA, A./HUETE GARCÍA,

sufre y necesita de la ayuda y apoyo de todos, éste es, sin lugar a dudas, el de las personas con discapacidad (menores, medianas y, muy especialmente, mayores, teniéndose en cuenta el progresivo envejecimiento demográfico de nuestro país) (2) y, no se olvide, el de sus familiares (cifra esta absolutamente desconocida), quienes viven con enorme angustia y preocupación el presente y futuro de sus seres queridos.

Partiendo de esta indiscutible premisa, hasta hace poco tiempo, el legislador civil sólo contemplaba como medidas jurídicas protectoras de las personas con discapacidad, de un lado, la incapacitación judicial (3) de la persona y el consiguiente sometimiento a un régimen de guarda como único instrumento jurídico tutivo de la persona y/o de su patrimonio, pero dicha institución, como ha quedado largamente demostrado, no se ajusta plenamente a todas y cada una de las situaciones en las cuales puede encontrarse una persona con discapacidad, no siendo el mejor modo de dotarla de protección legal; de otro, la impugnación de la validez de los actos jurídicos celebrados por una persona vulnerable jurídicamente, esto es, una protección no preventiva, sino *a posteriori*.

Afortunadamente, el legislador se ha dado cuenta de todo ello (*¡no siempre sucede!*) de ahí que, en los últimos años, desde 2003 (declarado *Año Europeo de las personas con discapacidad*, por Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001) (4), nos haya obsequiado, en cumplimiento del deber

A., *Los discapacitados en España: Datos estadísticos. Aproximación desde la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud de 1999*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2003.

(2) Vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (coord.), *El envejecimiento de la población y la protección jurídica de las personas mayores*, Dilex, Barcelona, 2002; ALONSO PÉREZ, M./MARTÍNEZ GALLEGO, E. M./REGUERO CELADA, J. (coords.), *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, Madrid, 2004, y LASARTE ÁLVAREZ, C./MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F./LÓPEZ PELÁEZ, P. (coords.), *La protección de las personas mayores*, Tecnos, Madrid, 2007.

(3) Preferimos ver la incapacitación en términos positivos como una forma de *capacitación*, expresión muy gráfica utilizada, con gran acierto, en ÁLVAREZ LATA, N./SEOANE RODRÍGUEZ, J. A., *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, Fundación Paideia, A Coruña, 1999, pág. 141. En este sentido es preciso destacar que la reciente Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, establece, en su Disposición Final 1.<sup>a</sup>, que: «*el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley —la cual ha tenido una vacatio legis de tres meses desde su publicación—, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasará a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*». En estos momentos nos encontramos a la espera.

(4) DOCE, Serie L, núm. 335, de 19 de diciembre de 2001.

de los poderes públicos, de amparar los derechos fundamentales y las libertades públicas de estos ciudadanos en situación de vulnerabilidad social que impone el artículo 49 de la Constitución de 1978 (5), con una profusa normativa con el fin de garantizar una mayor y mejor calidad de vida a las personas con discapacidad a través de medidas jurídicas que permitan brindarles autonomía y bienestar económicos.

La reciente ratificación (6), por parte de España, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (y de su Protocolo Facultativo) (7) confirma su sólido compromiso por promover la plena integración de las personas con discapacidad en los diferentes ámbitos de la sociedad, garantizando plenamente sus derechos.

Dicho Tratado Internacional constituye, sin lugar a dudas, un hito legislativo (y, añadiríamos, sociocultural) de enorme repercusión que, a nuestro juicio, supone un punto de inflexión al marcar un antes y un después, pues viene a cambiar radicalmente el panorama jurídico en esta materia, no por establecer nuevos derechos, que no los establece, sino por introducir un nuevo concepto de discapacidad y contemplar medidas de no discriminación y de acción positiva (8). Se trata, sin más y sobre todo, de una nueva manera de pensar y afrontar la discapacidad (9).

---

(5) Para un estudio detallado de los antecedentes y significado del citado precepto constitucional, vid. TORRES DEL MORAL, A./VILLARRUBIA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> L., «La constitucionalización de los derechos del minusválido», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número extra 2, 1979, págs. 51-94, y DE LORENZO, R./PALACIOS, A., «Discapacidad, derechos fundamentales y protección constitucional», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 63-79.

(6) BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo.

(7) Vid., entre otros, CABRA DE LUNA, M. A./BARIFFI, F./PALACIOS, A., *Derechos humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*, Colección La Llave, Madrid, 2007, y RUBIO TORRANO, E., «Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», en *Aranzadi Civil*, 2008, núm. 14, págs. 11-13.

(8) En este sentido, MÁRQUEZ CARRASCO, C., *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Deusto (Bilbao), 2008, pág. 60.

(9) La Convención, que ha pasado a formar parte de nuestro Ordenamiento jurídico en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 CE y 1.5 del Código Civil, supone inargablemente un decisivo impulso a la necesaria adecuación de nuestra legislación al reconocimiento y garantía de los derechos de las personas con discapacidad, muy especialmente, el de la igualdad, lo que conlleva una íntegra revisión legislativa que logre que nuestro Derecho interno se corresponda exactamente con los principios, valores y mandatos proclamados en el Tratado internacional, cuestión esta que ya ha provocado el primer pronunciamiento judicial del Tribunal Supremo en relación al concreto alcance e impacto de la Convención sobre el Derecho vigente, la sentencia (Sala de lo Civil, Sección 1.<sup>a</sup>) de 29 de abril de 2009 (*JUR* 2009/218033), en la que se planteaba la cuestión de si, como conse-

Pues bien, dentro del espectacular avance legislativo experimentado en la materia, destaca, especialmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (10) y de modi-

cuencia de la entrada en vigor de la Norma Internacional, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces. Al respecto, el Tribunal Supremo, a través de una rica ilustración del panorama legislativo en materia de discapacidad, tanto propio (citando, incluso, la Ley 1/2009, publicada en el *BOE* tan sólo tres días antes de la sentencia) como comparado, y realizando una lectura conjunta de la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 del Texto Constitucional, considera que «*no es argumento para considerar esta institución como contraria a los principios establecidos en la Convención el que la incapacitación pueda constituir una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra en que el término de comparación es diferente: al enfermo psíquico al que se refiere el caso concreto se le proporciona un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone, por otra parte, el artículo 49 CE. Por tanto, en principio, el Código Civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad*» (FJ 5.º).

Conforme a dicho proceso de revisión del Derecho interno español con el fin de acoger los principios, valores y mandatos proclamados en el Tratado internacional, el pasado 10 de julio de 2009, el Consejo de Ministros aprobó la creación de un grupo de trabajo interministerial (con el asesoramiento de CERMI) para realizar un estudio integral de la normativa española con el objetivo de adaptarla a las previsiones de la Convención.

(10) El uso de una terminología precisa a la hora de hablar o escribir sobre discapacidad reviste una especial trascendencia, pues, a través de la palabra, construimos pensamiento y cultura, superando viejos prejuicios y estereotipos. En este sentido, la Convención de Naciones Unidas, en su Preámbulo, reconoce que: «*e) la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*».

Nuestro legislador, quien, naturalmente, ha experimentado una evolución terminológica (a título de ejemplo, el legislador constituyente utilizó en el artículo 49 la palabra *disminuidos* y en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos —conocida como LISMI— se inclinó por *minusválidos*), se ha percatado de la enorme importancia de un cuidadoso uso del lenguaje en el entorno de la discapacidad y, así, ya la LPPD lleva por rúbrica: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad (no discapacitadas)*, y en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de 2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia, en su Disposición Adicional 8.ª, establece que las referencias contenidas en los textos normativos a los *minusválidos* y a las *personas con minusvalía*, se entenderán realizadas a *personas con discapacidad*, y que dicho término será el utilizado para denominarlas en las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas. De manera gráfica, es como si, en nuestro procesador de textos, le diéramos a la opción «Buscar» término *minusválidos* y *personas con minusvalía* y en «Reemplazar con» escribiésemos *personas con discapacidad*.

De este modo, en un proceso de adecuación terminológica y conceptual de las normas reguladoras de la discapacidad, conforme al mandato de la citada Disposición Adicional 8.ª y a la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF-2001) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), el reciente Real Decreto

ficación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria (en adelante, LPPD) (11), que entró en vigor al día siguiente de su publicación (12), la cual se ha ocupado de la tutela económica de la persona con discapacidad en su vertiente jurídico-privada (por tanto, al margen de que el Estado despliegue la necesaria función asistencial cuando proceda a través de prestaciones sociales, subvenciones, ayudas, etc.), operando, en nuestro Ordenamiento jurídico, significativas modificaciones en instituciones clásicas y creando *ex novo* instrumentos negociales de indudable calado jurídico (13).

---

1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre (*BOE*, núm. 311, de 26 de diciembre), sustituye el término *minusvalía* por el de *discapacidad*, y las referencias que en el Real Decreto 1971/1999 se realizaban hasta ahora a *grado de discapacidad* se sustituyen por *grado de las limitaciones en la actividad*. Por consiguiente, debemos desterrar, por completo, de nuestro lenguaje el término peyorativo *minusvalía*.

Recuérdese (vid. *supra* nota 3) que, bajo esta misma óptica revisora de la terminología, el legislador ha asumido el compromiso de reformar, próximamente, los procedimientos de incapacitación judicial, los cuales pasarán a denominarse *procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*.

(11) Es obligado hacer aquí un apunte legislativo. La Exposición de Motivos (en adelante, EM) de la LPPD establece que: *la regulación contenida en esta ley se entiende sin perjuicio de las disposiciones que pudieran haberse aprobado en las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, las cuales tienen aplicación preferente de acuerdo con el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución Española y los diferentes estatutos de autonomía, siéndoles de aplicación esta ley con carácter supletorio, conforme a la regla general contenida en el artículo 13.2 del Código Civil*. Lo así dispuesto podría pasar desapercibido si no fuera por lo que después en el articulado de la LPPD, en concreto, el artículo 1, apartado 2.<sup>º</sup>, se preceptúa: «*El patrimonio protegido de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en esta Ley y en sus disposiciones de desarrollo, cuya aplicación tendrá carácter preferente sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacitación en los títulos IX y X del libro I del Código Civil*». Surge, de inmediato, una pregunta: ¿a qué se refiere la Ley cuando habla de *aplicación preferente* de esta norma sobre la regulación de la incapacitación?; ¿en qué lugar quedan los Derechos civiles autonómicos que hayan regulado o regulen la cuestión (la EM habla, inexplicablemente, en pasado, excluyendo aquellas normas que, tras la entrada en vigor de la LPPD, pudieran ser aprobadas sobre la materia)? Con el fin de clarificar adecuadamente tales dudas, el Parlamento de Cataluña promovió un recurso de inconstitucionalidad contra el citado artículo 1, apartado 2.<sup>º</sup> de la LPPD, recurso de inconstitucionalidad número 1004/2004 que, siendo admitido a trámite por el Tribunal Constitucional mediante Providencia de 13 de abril de 2004 (*BOE*, núm. 102, de 27 de abril de 2005), está, hoy, pendiente de resolución.

(12) *BOE* núm. 277, de 19 de noviembre.

(13) A tales mecanismos previstos en la LPPD se añaden otros, como la hipoteca inversa, figura jurídica importada del Derecho anglosajón creada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (*BOE* núm. 294, de 8 de diciembre).

De este modo, la LPPD ofrece la posibilidad de prever y planificar el bienestar económico de las personas con discapacidad adoptando soluciones de protección patrimonial que, en el futuro, puedan, eficazmente, complementar los ingresos económicos que ellas mismas obtengan por su trabajo o por prestaciones públicas de diversa índole (14) y, por consiguiente, permitirle vivir mejor su vida adulta.

Junto a, entre otras, la autotutela, el mandato preventivo, la legitimación activa de una persona para instar su propia incapacitación judicial y la consagración legal del contrato de alimentos, se rompe con la, hasta entonces, «cuasisagrada» intangibilidad de la legítima al permitirse gravar el tercio de legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de hijo o descendiente incapacitado judicialmente, introduciéndose, como novedad muy destacada, la figura jurídica del patrimonio protegido a favor de una persona con discapacidad, bien psíquica (33 por 100), bien física o sensorial (65 por 100), con independencia de que concurran o no en ella las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil, presupuesto, en cambio, necesario, como acabamos de señalar, para gravar la legítima (15).

Basta, pues, a tenor de lo dispuesto por el artículo 2 LPPD, con la *incapacitación administrativa* (no la judicial), esto es, con acreditarse suficientemente el grado de minusvalía (*rectius*, discapacidad) legalmente establecido, a través de certificado reglamentario expedido por la Administración Pública correspondiente (16) o de resolución judicial fir-

---

(14) Como afirma GALLEGU DOMÍNGUEZ, I., «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, PÉREZ DE VARGAS, J. (coord.), La Ley-Actualidad, Madrid, 2007, pág. 115, «las medidas recogidas en esta Ley están presididas por una idea base: la necesidad de complemento de las medidas públicas y privadas en la protección de los discapacitados. En los últimos tiempos parecía haber un predominio de las medidas públicas de protección sobre las privadas. El legislador, consciente del grave problema derivado del creciente número de discapacitados, constatando que el Estado y, en general, las Administraciones Públicas no pueden atender todas las crecientes necesidades de estas personas necesitadas de un modo adecuado, vuelve sus ojos —no necesariamente misericordiosos— al propio patrimonio del discapacitado y de sus familiares, establece y potencia medidas propias del Derecho Privado».

(15) De tales mecanismos de protección hemos tenido ocasión de ocuparnos, con algún pormenor, en VIVAS TESÓN, I., *La protección económica de la discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2009.

(16) Vid. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, posteriormente modificado por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, por la Disposición Final 3.<sup>a</sup> del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad y por el ya citado Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre. Para un estudio pormenorizado, vid. SALAZAR MURILLO, J., «Reconocimiento legal de la discapacidad», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 735-777.

me (17). Repárese en que, de este modo, la LPPD ha dado entrada en el Derecho Civil a un término propio del Derecho Administrativo, *minusvalía*, y, conforme a ello, una valoración administrativa de carácter técnico (18) va a tener, sorprendentemente, importantes efectos civiles, entre ellos, la atribución *ope legis* de la condición de representante legal a la persona voluntariamente nombrada para administrar el patrimonio protegido constituido *ex articulo 5.7 LPPD*, sin que, como estamos acostumbrados (v.gr., tutor, defensor judicial o representante del ausente), exista intervención judicial alguna en su nombramiento, lo que es, cuanto menos, insólito.

La LPPD ha de recibir, sin duda alguna, una valoración tremadamente positiva, puesto que, de un lado, introduce, por vez primera, en el Derecho Civil, el término *discapacidad* (debidamente acreditada), el cual, colocándose junto al único existente hasta el momento, *incapacitación judicial*, va a producir efectos civiles de gran trascendencia (19); de otro, por la batería de medidas tuitivas de las personas con discapacidad que contempla (20). Ello provoca, de inmediato, una enorme sensación de alivio y satisfacción por

---

(17) Este último inciso del artículo 2.3 de la LPPD, que alude a la determinación judicial del grado de minusvalía no se alcanza a comprender, puesto que no se desconoce de qué orden jurisdiccional debe provenir dicha resolución, si de lo social (en vía de impugnación de una previa calificación administrativa de minusvalía), o de lo civil (si el juez que conoce de un procedimiento de incapacitación judicial tiene competencia para reconocer y graduar la discapacidad del demandado). Acerca de la cuestión, vid. LOUSADA AROCHENA, J. F., «Criterios judiciales sobre la determinación del grado de minusvalía», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, págs. 779-810, y VIVAS TESÓN, I., «La trascendencia civil del reconocimiento de la minusvalía», en *Diario la Ley*, núm. 7292, Sección Doctrina, 26 de noviembre de 2009, págs. 4-9.

(18) Concretamente, la resolución de la solicitud se funda en el reconocimiento por un Equipo de Valoración y Orientación (más conocido como EVO) del Centro Base correspondiente, el cual está formado por un médico, un psicólogo y un trabajador social y en la emisión de un dictamen técnico-facultativo en el que se expresa el porcentaje de la minusvalía mediante la aplicación de baremos contemplados en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, concretamente, en el Anexo I.

(19) Con anterioridad a la LPPD, la obtención del certificado administrativo de minusvalía era útil, exclusivamente, para acceder la persona y/o sus familiares a un amplio abanico de ayudas y beneficios sociales y económicos relativos a los programas y servicios de salud, educación, empleo, ocio, adquisición y adaptación de la vivienda, transporte, atención personal, prestaciones económicas (v.gr., pensiones no contributivas de jubilación e invalidez —con el 65 por 100 de minusvalía— y prestación familiar por hijo a cargo) y deducciones y exenciones fiscales (v.gr., deducciones en el IRPF y exención del Impuesto de matriculación y circulación en la compra de vehículos).

(20) LEÑA FERNÁNDEZ, R., «Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003», en *Los derechos de las personas con discapacidad*, vol. I, *Aspectos jurídicos*, LAORDEN, J. (dir.) y TERREROS, J. L. (coord.), CGPJ, Madrid, 2007, pág. 891, las califica, de manera enormemente gráfica, de «instrumentos que, al modo de rampas y ortopédias jurídicas, faciliten el tránsito de la persona con discapacidad por el mundo del derecho patrimonial».

haber logrado que el legislador civil se preocupara, por fin, de dar apoyo a muchas personas que, desde hacía tiempo, lo necesitaban y esperaban.

Sin embargo, un detenido análisis de tan bondadosa Ley, además de suscitar numerosos interrogantes como si la elaboración del texto normativo hubiera sido apresurada y estuviera aún inacabada (es, cuanto menos, llamativa la gran confusión que genera el hecho de que algunas de las medidas negociales estén previstas para cualquier persona, con discapacidad o no, siendo la LPPD sólo la ocasión para tipificarlas legalmente —v.gr., el contrato de alimentos—, otras son aplicables a la persona con discapacidad, con independencia de que haya sido o no declarada judicialmente incapacitada —v.gr., el patrimonio protegido—, incapacitación judicial que, en cambio, sí es presupuesto necesario para otras —v.gr., la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta—) (21), permite concluir que algunos de los mecanismos privados de protección económica de la discapacidad previstos en ella sólo están al alcance de unos pocos privilegiados, en concreto, de quienes gocen de un determinado *status* patrimonial en el cual, precisamente, no se encuentran la mayoría de los españoles que, en estos momentos, no pueden siquiera afrontar el pago del préstamo hipotecario a fin de mes. El legislador, si se nos permite la expresión, *nos ha dejado con la miel en los labios*.

En nuestra modesta opinión, se acaba de perder una magnífica ocasión para colmar las lagunas detectadas y solventar las dudas generadas en la aplicación práctica de la LPPD durante estos seis años ya de vigencia, puesto que, recientemente, ha sido aprobada la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad (22), reforma que tiene como principal propósito convertir el Registro Civil en un mecanismo fiable de publicidad que permita supervisar la efectiva aplicación de la normativa relativa a la incapacidad judicial de personas que no pueden gobernarse por sí mismas, así como facilitar la puesta en práctica de la figura del patrimonio protegido como mecanismo de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

Expresado nuestro parecer al respecto, no cabe ninguna duda de que la novedad estrella de la LPPD es la figura del *patrimonio especialmente protegido*.

---

(21) Para LEÑA FERNÁNDEZ, *Posibilidades en materia sucesoria que, a favor de la persona con discapacidad, ofrece la Ley 41/2003*, cit., «la Ley es muy imperfecta, con demasiadas imprecisiones, lagunas clamorosas y una evidente cortedad de alcance en las soluciones planteadas» —pág. 888—, pese a lo cual muestra una posición sumamente favorable: «aprecio en ella su apertura a espacios de libertad» —pág. 889—.

(22) BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009.

tegido (23), carente de antecedentes en nuestro Derecho, que es, según la Exposición de Motivos de la Ley, el *objeto inmediato* de la misma, si bien, como hemos tenido ocasión de comprobar, aquélla no agota su contenido en su regulación, pues contiene otras importantes medidas legislativas encamadas a crear, por primera vez, un estatuto patrimonial propio de las personas con discapacidad.

La LPPD reconoce la posibilidad de constituir, en beneficio de la persona con discapacidad (incapacitada judicialmente o no), una masa patrimonial (integrada por aportaciones gratuitas, propias o de terceros) afecta expresamente a la satisfacción de sus *necesidades vitales* (concepto jurídico indeterminado que exige concreción judicial según las circunstancias del caso concreto) así como al mantenimiento de su productividad *ex artículo 5.4. LPPD*, lo que puede proporcionar cierta (jamás absoluta) tranquilidad a sus familiares.

Se trata de un *patrimonio de destino*, pues las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de su titular-beneficiario (24), sin personalidad jurídica y, según la Exposición de Motivos de la

---

(23) Entre una ya vasta bibliografía, destacamos, sin ánimo de exhaustividad, DÍAZ ALABART, S./ÁLVAREZ MORENO, M.<sup>a</sup> T., *La protección jurídica de las personas con discapacidad (estudios de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad)*, Ibermutuamur y Associació Catalana Naibu, 2004, en [http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web\\_juridica/inicial.htm](http://www.ibermutuamur.es/ibertalleres/web_juridica/inicial.htm); LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., «Aportaciones al estudio del llamado *patrimonio protegido* del discapacitado», en *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, BELLO JANEIRO, D. (coord.), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2004, págs. 169-209, y en *RCDI*, núm. 687, enero-febrero de 2005, págs. 31-60; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con discapacidad como medida de protección de los mayores», Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, núm. 42 [fecha de publicación: 1-11-2005]; HERBOSA MARTÍNEZ, I., «El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 1/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial del Discapacitado», en *Actualidad Civil*, 2005, págs. 1925-1954; MARTÍN ROMERO, J. C., «Del patrimonio y sus clases al patrimonio protegido del discapacitado», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 60, 2006, págs. 105-160; AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C. DE, «La Constitución de un patrimonio protegido por las personas mayores inicialmente capaces en previsión de su futura pérdida de capacidad», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, vol. I, 2006, págs. 77-110; GALLEGOS DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, cit., págs. 113-180, y VIVAS TESÓN, I., «Una aproximación al patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad», en *Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile*, vol. XXII-núm. 1, julio de 2009, págs. 55-76, y «La constitución del patrimonio protegido a favor de la persona con discapacidad: una valoración crítica», en *Pensamientos jurídicos y palabras dedicadas a Rafael Ballarín Hernández*, M.<sup>a</sup> L. ATIENZA NAVARRO, R. EVANGELIO LLORCA, M.<sup>a</sup> D. MÁS BADÍA, M.<sup>a</sup> P. MONTES RODRÍGUEZ (coords.), Publicaciones de la Universidad de Valencia, 2009, págs. 975-984.

(24) En rigor, *patrimonio de destino* propiamente dicho no lo es, puesto que por tal se entiende aquel patrimonio que, transitoriamente, carece de titular y que, en atención al destino futuro, en espera de la concreción de su titular o, en su defecto, de su liquidación, el Ordenamiento Jurídico mantiene unido y sometido a una administración unitaria. Es el caso del *nasciturus*, así como el de la herencia yacente. Así lo hace ver, acertadamente,

LPPD, *aislado* del patrimonio personal de aquél, si bien tal *aislamiento* se produce exclusivamente en relación a su administración y control (25), pero no en cuanto a la responsabilidad universal por deudas *ex artículo 1.911 del Código Civil* (26), aspecto que, intuimos, el legislador no ha querido afrontar y que, por tanto, nos conduce inevitablemente a concluir que existe una plena comunicación entre uno y otro patrimonio (27).

Pues bien, dentro del régimen jurídico de esta nueva figura (28), llama poderosamente la atención la imposición legal de forma documental pública tanto para constituir el patrimonio protegido como para realizar las sucesivas aportaciones al mismo una vez constituido, de ahí que dediquemos estas páginas a un estudio reflexivo acerca de esta singular cuestión.

## II. EXIGENCIA DE FORMA SOLEMNE EN UN SISTEMA TENDENCIALMENTE CONSENSUALISTA

### 1. EL PRINCIPIO *SOLUS CONSENSUS OBLIGAT*

La imposición *ex lege* de forma solemne tanto para crear un patrimonio protegido como para ampliarlo mediante ulteriores aportaciones de aumento del mismo produce, sin duda alguna, cierta perplejidad. De un lado, porque muchísimas son ya las trabas y dificultades que, a diario, encuentran las personas con discapacidad y sus familiares como para que el legislador establezca una más; de otro, porque el nuestro es un sistema tendencialmente consensualista, razón por la cual la solemnidad formal causa enorme extrañeza.

Nuestro Ordenamiento Jurídico que, desde la Ley única del Título XVI del de Alcalá, considerado éste, tradicionalmente, el antecedente histórico del principio espiritualista (29), quiso desembarazarse del formalismo contractual

---

GALLEGU DOMÍNGUEZ, «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», cit., pág. 123.

(25) Vid. SÁNCHEZ-CALERO ARIBAS, B., «La administración y la supervisión del patrimonio protegido creado por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *RCDI*, núm. 695, 2006, págs. 1057-1100.

(26) La EM de la Ley establece que los bienes y derechos que forman el patrimonio protegido: «se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico», sin pronunciarse acerca de la responsabilidad por deudas.

(27) Rotunda se muestra, al respecto, MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F., «Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal», en *RCDI*, núm. 687, 2005, pág. 77.

(28) Para un estudio más detenido, vid. nuestro trabajo, *La protección económica de la discapacidad*, cit., págs. 42-65.

(29) Acerca de la interpretación del texto de la Ley única del Título XVI del Ordenamiento de Alcalá, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, 1985, págs. 171-

del Derecho romano clásico, dispone que el nudo consentimiento obliga, tal y como se desprende de los artículos 1.254, 1.258 y 1.278 del Código Civil.

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 más.

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) como, en ocasiones, el consentimiento no basta para constituir un vínculo obligatorio si no es acompañado por otros aditamentos o requisitos considerados igualmente esenciales y constitutivos por el propio legislador, como pueda ser la forma o solemnidad de la donación requerida por los artículos 632 y 633 del Código Civil, o la *datio rei* de los contratos reales de comodato, mutuo, depósito y prenda *ex artículos* 1.740, 1.758 y 1.863 del Código Civil, respectivamente.

Dado que el patrimonio protegido de la persona con discapacidad sólo puede integrarse por aportaciones de bienes y derechos gratuitas y no sometidas a plazo *ex artículo 4.2* de la LPPD, ello nos obliga a apartar la categoría de los contratos reales (30) para dedicar toda nuestra atención al negocio traslativo del dominio y esencialmente gratuito, cual es la donación.

La donación es el contrato (presuponiendo que lo sea) (31) formal por excelencia. A efectos de su validez, debe cumplir una forma *ad solemnitatem*.

172, señala: «en la antigua doctrina española, los criterios de civilistas y canonistas se enfrentaron al interpretar el texto ya referido del Ordenamiento de Alcalá. Los canonistas y también los contrarios al formalismo romano, pensaron que, no sólo se había derogado la exigencia de la *stipulatio* sino que también le había sustituido la promesa como modo general de obligarse y que, con ello, se admitía la plena eficacia del pacto nudo (P. MOLINA, PARLADORIO, PICARDO, AYLLÓN). La mayoría de los civilistas, sin embargo, se inclina por la tesis de que la ley del Ordenamiento tenía por fin excluir del Derecho castellano el formalismo de la *stipulatio* sin eximir de las demás formas y requisitos legales; de aquello que es, se dice, su verdadero *fermentum et substantiam*».

(30) Vid., más ampliamente, nuestros trabajos *El contrato de comodato*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, y «Una reflexión en torno a la categoría de los contratos reales», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (coord.), Vol. II, Derecho Civil. Derecho de Obligaciones, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, págs. 3307-3338.

(31) Vid., sobre esta concreta cuestión, ROCA I TRÍAS, E., *Derecho Civil. Obligaciones y contratos* (M.ª R. VALPUESTA, coord.º), Valencia, 3.<sup>a</sup> ed., 1998, págs. 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 patrimonial 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 ordena-

La forma, en la donación, es sustancia, de tal modo que para su válida constitución debe celebrarse bajo la forma ordenada legalmente en los artículos 632 y 633 del Código Civil, esto es, que hasta que no se cumple, 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, principalmente, en la intención de asegurar la inequivocidad del acto y de garantizar la seriedad empujando al sujeto a una mayor reflexión sobre las consecuencias del mismo, de ahí que tales contratos presenten un esquema estructural distinto al de la mayoría, 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 generar 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 artículo 1.255 del Código Civil*, la variante consensual atípica del esquema legal de la donación.

Al respecto se pronuncia la STS de 31 de julio de 1999 (32), en su FJ 1.º:

*«...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*

*miento 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, por tanto, se entabla entre los autores que consideran que la donación es un negocio dispositivo del dominio *ex artículo 609 del Código Civil* y aquéllos que se inclinan por la naturaleza contractual de la donación, entre quienes se encuentra la propia ROCA I TRIAS; al respecto, también RUBIO TORRANO, E., «*¿Es la donación un contrato?*», en *Aranzadi Civil*, 2003, núm. 13 y, en la jurisprudencia, por todas, la STS de 31 de julio de 1999 (*RJ 1999/6221*), la cual afirma en su FJ. 1.º, 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 —art. 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».*

(32) *RJ 1999/6221*, citada en la nota anterior.

*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...».*

## 2. 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 *quoad constitutionem*. Sin la ueste 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 (33). 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 promisario (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 correspondencia 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

---

(33) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, T. II-2.<sup>º</sup>, *Derecho de Obligaciones*, Barcelona, 10.<sup>a</sup> ed., 1997, pág. 345, nota 3.

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* (34), 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 excluido, en tal caso, 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 a título gratuito para engendrar una obligación jurídica, esto es, cuándo el promitente desea, verdaderamente, contraer una obligación jurídica o mantenerse, simplemente, en el campo de las relaciones sociales jurídicamente incoercibles.

### 3. DE RELACIÓN DE CORTESÍA A DONACIÓN JURÍDICAMENTE EXIGIBLE

En 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 estos que, con palabras de DEMOGUE (35), constituyen la *grandeur de l'homme*. Todos estos impulsos se han definido, desde hace algún tiempo, como relaciones o prestaciones de cortesía (36).

---

(34) Vid. GORLA, G., «Causa, consideration e forma dell'atto *inter vivos*», en *Riv. Dir. Comm.*, 1952, I, págs. 341 y sigs., y en «Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico», *ibidem*, 1956, I, pág. 28 y sigs.

(35) Citado por GORLA, G., *El contrato. Exposición general*, T. I, tras. esp. de Ferranidis Vilella, Barcelona, 1959, pág. 213.

(36) 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, pág. 481 y sigs.; SAVATIER, R., *Des effets et des*

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 gratuitad de los comportamientos intersubjetivos (37).

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 incardinárlas 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 (38). 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,

---

*sanctions du devoir moral*, París, 1916; PERETTI GRIVA, D., «Sulle prestazioni cosidette di cortesia», en *Studi in onore di D'Amelio*, III, Roma, 1933, pág. 96 y sigs.; RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, París, 1935; PACIFICO-MAZZONI, E., «In tema di prestazioni di cortesia», en *Foro it.*, 1952, I, pág. 1508 y sigs.; COLUMBO, V., «Sulla rilevanza giuridica delle c.d. prestazioni di cortesia», en *Foro pad.*, 1957, III, págs. 26 y sigs.; VALETTA, V., «Delle c.d. prestazioni “affectione vel benevolentiae causa”», en *Dir. e giur.*, 1957, XIII, pág. 523 y sigs.; GORLA, *El contrato, Exposición General*, T. I, trad. esp. de Ferrandis Vilella, Barcelona, 1959, pág. 200 y sigs.; GHEZZI, G., Voz «Cortesía», en *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, pág. 1049 y sigs.; ROVELLI, R., Voz «Prestazioni di cortesia», en *Noviss. D. It.*, T. XIII, Torino, 1966, pág. 733 y sigs.; LIPARI, N., «Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia», en *RTDPC*, 1968, pág. 5 y sigs., y en *Studi in onore di G. Scaduto*, Padova, 1970, pág. 39 y sigs.; PANUCCIO, V., «Gli atti di cortesia. Profilo di una teoria generale», en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, 2, *Diritto civile*, Milano, 1977, pág. 1601 y sigs., y Voz «Cortesia (prestazioni di)», en *Enc. Giur.*, T. IX, Roma, 1988, pág. 1 y sigs.

(37) Así, PANUCCIO, Voz *Cortesia (prestazioni di)*, cit., pág. 1.

(38) Son palabras de GORLA, *El contrato*, cit., págs. 201-202.

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 (arts. 648 y sigs. del CC).

#### 4. LA FORMA AD SOLEMNITATEM COMO REQUISITO DE VALIDEZ DE LA DONACIÓN

Sin forma (repárese en que, 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 en términos positivos, necesita de la forma para crearlas, y, desde entonces, la donación obliga (39).

Sobre la necesaria instrumentación en escritura pública de la donación de bienes inmuebles se pronuncia, recogiendo la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala 1.<sup>a</sup> al respecto y que, naturalmente, sigue la STS de 10 de septiembre de 2007 (40): «...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

---

(39) Vid., entre otros, DE LOS MOZOS, J. L., «La donación en el Código Civil y el problema de su naturaleza jurídica», en *RDP*, 1971, págs. 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 *A 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, págs. 71-104; DÍAZ-AMBRONA, M.<sup>a</sup> D., «La promesa de donación en el Código Civil y la Jurisprudencia», en *RGLJ*, núm. 5, 1985, págs. 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, 2.<sup>a</sup> ed., 2003, y ALBALADEJO GARCÍA, M./DÍAZ ALABART, S., *La donación*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

(40) RJ 2007/4980.

*ye 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 1.279 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 (art. 633 del CC [LEG 1889, 27]) lo que aquí no ha ocurrido» (FJ 2.º).*

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 existen 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 (41): «*La doctrina científica viene estudiando la figura del contrato preliminar bajo dos puntos de vista, el que pudiera calificarse de tradicional, entendiendo 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*

---

(41) RJ 1995/9396.

*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 2.º).*

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 Código Civil».*

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 artículos 632 y 633 del Código Civil*, 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 artículo 1.258 del Código Civil.

Así lo viene a declarar la STS de 14 de mayo de 1966 (42): *«el contrato de donación ha de revestir los requisitos del artículo 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*

---

(42) RJ 1966/2425.

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 artículo 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 Resoluciones de la DGRN, de 3 de noviembre de 2001 (43) y 22 de abril de 2002 (44) 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, lo cual evidencia una clara relajación de la forma legalmente exigida.

## 5. 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 (o parte de él) inmueble ganancial a favor de los hijos del matrimonio. Aprobado judicialmente el convenio y llegado el momento previsto expresamente en el mismo para cumplir lo acordado, los hijos interponen acción en cumplimiento de la donación prometida. 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 (45):

«*F. J. 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 de 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 al*

---

(43) RJ 2002/2703.

(44) RJ 2002/8297.

(45) JUR 2002/102971.

*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 “cede la vivienda” a su hijo, sino que se “compromete a cederla”. Los términos empleados dan un tratamiento distinto a la problemática planteada.*

F. J. 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 (arts. 1.258 y 1.278 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 lo 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 Resolu-*

ción 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 constituyan 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, obedeciendo la exigencia legal de esta previsión, a la protección básicamente, del interés de los hijos, en modo alguno puede negarse que sea extraño el 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 pueda 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”.*

F. J. 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 (art. 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, quizás, 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».*

Recientemente, en sus sentencias de 24 y 25 de enero de 2008 (46), siendo ponente en ambas ROCA I TRÍAS, 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, de determinados bienes inmuebles pertenecientes a la sociedad de gananciales, en un convenio regulador de separación.

En la sentencia de 24 de enero (47), ambos cónyuges acordaron en el convenio regulador (aprobado en mayo de 1993 por la sentencia que declaró

---

(46) *RJ* 2008/218 y 225, respectivamente.

(47) 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, págs. 1299-1339; CASANOVA I MUSSÓN, A., «Comentario a la sentencia de 24 de enero de 2008», *ibídem*, págs. 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, págs. 15-17; SALAS CARCELLER, A., «La ineficacia obligacional de la promesa de donación», en *Repertorio de Jurisprudencia*, núm. 17/2008,

la separación matrimonial y, posteriormente, ratificado en el procedimiento de divorcio), en cuanto a la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta, que el 50 por 100 del piso ganancial del matrimonio se adjudicaría a la esposa en plena propiedad y el otro 50 por 100 a los tres hijos del matrimonio por iguales tercera 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, sin embargo, 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 aún 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 por 100.

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 de junio de 1982 [RJ 1982/3437] y 23 de diciembre de 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”».*

---

págs. 11-14; 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; RIPOLL JAÉN, A., «Tres sujetos de Derecho en busca de su identidad: donación versus convenio regulador», en *La Notaría*, núm. 51-52, marzo de 2008, págs. 13-21, y VIVAS TESÓN, I., «La invalidez de la promesa de donación», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, págs. 141-153.

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 artículo 1692.4 LEC, denunciando infracción de los artículos 618, 623, 633 y 629 del Código Civil, utiliza los siguientes argumentos: en el convenio, por razones obvias, no han intervenido los hijos del matrimonio; 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 artículos 623 y 633 del Código Civil, razón por la cual no puede decirse que se haya cumplido el requisito de la forma, ni que se aceptara la donación en escritura pública, requisito que es exigido por el Código Civil *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; por último, 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. 2.º: «...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 del Código Civil, y b) Falta, asimismo, la escritura pública exigida en el artículo 633.1 del Código Civil para la validez de la donación (SSTS de 10 de noviembre de 1994 [RJ 1994/8465], 5 de noviembre de 1996 [RJ 1996/7904], 31 de julio de 1999 [RJ 1999/6221], 21 de marzo de 2003 [RJ 2003/ 1866], 16 de julio de 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 debamos 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 3.º de su sentencia:

«*Esta Sala se ha pronunciado de forma repetida sobre la no validez de las promesas de donación. Ya la sentencia de 6 de junio de 1908 dijo que: “constituyendo un acto de liberalidad, no basta la simple promesa, aunque aquélla 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 artículo 632 del Código Civil (LEG 1889, 27)”, por lo que la de 27 de junio de 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 de abril de 1924, 22 de enero de 1930 (RJ 1930/599), 21 de noviembre de 1935 (RJ 1935/2078), que requiere la aceptación por escrito, 21 de junio de 1945, que afirma que la donación entre vivos de inmuebles sin aceptación carece de consecuencias jurídicas, así como las de 22 de junio de 1982 (RJ 1982/3437), 23 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9396), 6 de febrero de 1996 y 19 de junio de 1999 (RJ 1999/4613). La de 25 de noviembre de 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 aquélla 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 quizás 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».*

Así las cosas, 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 entre los cónyuges, en el convenio regulador de separación, de donar a sus hijos unos determinados bienes inmuebles cuando éstos cumplieran veinticinco años, con prohibición de disponer de tales bienes hasta que los hijos alcanzaran dicha edad.

Como era de esperar (por datar del día siguiente al 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 7.º).

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 1.º del artículo 633 del Código Civil 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 promisario 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 2.º de su Auto de 22 de diciembre de 1994 (48), declaró:

*«Es indiscutible que para que una donación de bienes inmuebles sea válida y eficaz debe ser otorgada en escritura pública (Ley 161), requisito que es de solemnidad (párr. 3.º, Ley 18), ahora bien, la circunstancia de que aquella escritura pública no se haya otorgado, constituyendo el objeto del recurso el negar que el 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 artículo 919 de la LECiv, y el 90 del Código Civil, de manera tal que si cualquiera de los extremos que aquel convenio contiene no se cumple voluntariamente, se hará efectivo por la vía de apre-*

---

(48) AC 1994/2548.

*mio, 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 1.254 y 1.255 del Código Civil, y la prevalencia que a la voluntad unilateral o bilateral concede la Ley 7 de la 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 contrae 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 artículo 90 del Código Civil 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».*

De este modo, la Audiencia Provincial reconocía plena validez a la donación de bien inmueble de un cónyuge a favor del otro contenida en un convenio regulador de separación matrimonial aprobado judicialmente.

### III. LA FORMA SOLEMNE DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

#### 1. LA APORTACIÓN (ORIGINARIA Y SUCESIVA) AL PATRIMONIO PROTEGIDO ES UN ACTO SOLEMNE

Pese a la existencia del principio de libertad de forma que impregna profundamente nuestro sistema contractualista, el legislador de 2003 ha impuesto la forma solemne tanto para realizar la aportación originaria constitutiva del patrimonio protegido (49) como para la posterior de ampliación del mismo.

Concretamente, el artículo 3.3 de la LPPD dispone: «*El patrimonio protegido se constituirá en documento público, o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior*» (50), en tanto que en su artículo 4.1 establece: «*Las aportaciones de bienes y derechos posteriores a la constitución del patrimonio protegido estarán sujetas a las mismas formalidades establecidas en el artículo anterior para su constitución*».

De este modo, la Ley impone, tanto a la hora de la constitución inicial del patrimonio protegido como en las aportaciones ulteriores de aumento del mismo, la forma *ad solemnitatem* en documento público (dado que no aclara si *inter vivos* o *mortis causa* (51), entendemos que éste podrá ser escritura

---

(49) Creemos, compartiendo la opinión de GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, cit., pág. 124, que no es posible constituir un patrimonio protegido sin realizar ninguna aportación inicial simultánea a dicha constitución, puesto que la EM de la Ley afirma que: «*la constitución requiere, inexcusablemente, de una aportación originaria de bienes y derechos*». Por consiguiente, el legislador parece exigir que el constituyente del patrimonio aporte en el mismo momento de su creación, sin que parezca permitirse una aportación prometida pero no realizada en el momento constitutivo, si bien ello sólo puede inferirse de la Ley, con absoluta claridad, en caso de constitución indirecta del patrimonio protegido (art. 3.2. LPPD), pero no en la directa.

(50) La nueva Ley 1/2009, de 25 de marzo, ha añadido un párrafo al artículo 3.3 LPPD, referida a la comunicación telemática de la constitución del patrimonio protegido y de las aportaciones al mismo con el objetivo de conseguir un mayor control: «*Los notarios comunicarán inmediatamente la constitución y contenido de un patrimonio protegido por ellos autorizado al fiscal de la circunscripción correspondiente al domicilio de la persona con discapacidad, mediante firma electrónica avanzada. Igual remisión efectuarán de las escrituras relativas a las aportaciones de toda clase, que se realicen con posterioridad a su constitución*.

*El fiscal que reciba la comunicación de la constitución de un patrimonio protegido y no se considere competente para su fiscalización lo remitirá al fiscal que designe el Fiscal General del Estado, de acuerdo con su Estatuto Orgánico*.

(51) A favor de la constitución *mortis causa* del patrimonio protegido por testamento, siempre que éste respete el contenido mínimo exigido en la LPPD, se muestran DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, cit., quienes basan su parecer en la analogía existente con la creación *mortis causa* de la fundación (art. 9, apdos. 3.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup> de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre), así como GALLEGU DOMÍNGUEZ, *Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado*, cit., pág. 148.

pública y también testamento abierto notarial) (52) o mediante resolución judicial (repárese en la imprecisión legal, pues da a entender que la resolución judicial no debiera considerarse documento público, en contra de lo dispuesto por el art. 1.216 del Código Civil) (53) en el supuesto de autorización por el Juez, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ante la negativa injustificada de los padres o tutor de la persona con discapacidad de constituir el patrimonio o ampliarlo a instancias de un tercero (arts. 3.2 y 4.2 LPPD) (54).

Así pues, a efectos de validez (por tanto, no meramente probatorios ni de publicidad), la constitución de un patrimonio protegido y la posterior aportación a uno ya existente sólo pueden revestir forma pública notarial (55) o resolución judicial (56).

Ello quiere decir que no es posible constituir un patrimonio protegido ni realizar posteriores aportaciones al mismo una vez creado en una forma distinta, ni verbal, ni escrita, no siendo, por tanto, válido un documento privado, que sí lo es, en cambio, para la donación de un bien mueble *ex artículo 632 del Código Civil* (además de la entrega real simultánea), la cual, pese a ha-

---

(52) El artículo 144 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, de 2 de junio de 1944, en su nueva redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero, dispone: «*Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.*

*Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.*

(53) Así lo hace ver GALLEGOS DOMÍNGUEZ, *Aproximación...*, cit., pág. 147. A nuestro modesto entender, el tenor literal del artículo 3.3 LPPD debería ser: «*El patrimonio protegido se constituirá en documento público notarial o por resolución judicial en el supuesto contemplado en el apartado anterior.*

(54) DÍAZ ALABART/ÁLVAREZ MORENO, *La protección jurídica de las personas con discapacidad*, cit., añaden dos supuestos de constitución judicial del patrimonio protegido: el de la constitución solicitada por el guardador de hecho de una persona con discapacidad psíquica [art. 3.1.c)] y en caso de discrepancia sobre la pertinencia o no de su constitución entre curador y cuartelado discapacitado.

(55) La SAP de Navarra, Sección 3.<sup>a</sup>, de 14 de junio de 2005 (AC 2005/1813), en su FJ 2.<sup>º</sup>, apunta la posibilidad de aprovechar la misma escritura pública para la autotutela y para la constitución de un patrimonio protegido.

(56) El documento público o resolución judicial ha de tener un contenido mínimo indispensable, según impone el artículo 3.3. LPPD: el inventario de los bienes y derechos que inicialmente constituyan el patrimonio protegido; la determinación de las reglas de administración y, en su caso, de fiscalización, incluyendo los procedimientos de designación de las personas que hayan de integrar los órganos de administración o, en su caso, de fiscalización, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 5 LPPD. Resulta conveniente anticiparse y tener todo bien atado, en previsión de posibles situaciones que pueden eventualmente darse (por ejemplo, pérdida de capacidad de obrar del beneficiario-constituyente, remoción del cargo de administrador por mala gestión, etc.) y a las cuales se aplicarían las reglas expresamente consignadas en el documento con carácter preferente a lo que, en su caso, decidiese el juez para remediarlas; cualquier otra disposición que se considere oportuna respecto a la administración o conservación del mismo.

berse ya perfeccionado, en caso de ser el medio a través del cual se realice la aportación inicial o las ulteriores al patrimonio protegido tendrá que recogerse, posteriormente, en un documento público, lo cual resulta excesivo.

Además, en caso de que la propia persona con discapacidad con capacidad de obrar *suficiente* (57) quisiera constituir o aumentar un patrimonio protegido, hipótesis perfectamente viable pero que el legislador parece olvidar (58), pese a que, en tal caso, no existiría una transmisión propiamente dicha sino un mero traspaso patrimonial (59) (del personal al protegido), el titular-beneficiario tendría que hacerlo, necesariamente, a través de escritura pública ante Notario.

## 2. UNA DESEABLE ATENUACIÓN DEL RIGOR FORMAL

Ciertamente, consideramos excesivo dicho formalismo legal, no tanto para el acto constitutivo del patrimonio protegido como para las aportaciones realizadas ulteriormente para incrementarlo, lo cual puede motivar la reticencia a llevarlas a cabo, provocando un efecto desincentivador justamente contrario al pretendido por la LPPD.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de aportaciones dinerarias periódicas; cada vez que un aportante decida realizar una es preciso ir a la Notaría y otorgar escritura pública o, incluso, en caso de negativa injustificada a las aportaciones, al Fiscal y éste al Juez. Lo más probable es que, ante dicha situación, desista de aportar.

Es evidente que el legislador debe respetar el sistema contractual existente, tal y como manifiesta en la Exposición de Motivos de la LPPD (60), más

---

(57) Al respecto, vid. RIVERA ÁLVAREZ, J. M.<sup>a</sup>, «La capacidad de obrar suficiente en el patrimonio protegido de las personas con discapacidad», en *RDP*, enero-febrero de 2006, págs. 83-102. En relación a la difícil tarea del Notario en orden a la valoración de la capacidad de la persona otorgante de un acto, vid. el interesante trabajo de GÓMEZ GARZÁS, J., «El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines», en *La protección de las personas mayores*, cit., págs. 216-233.

(58) El legislador ha intentado enmendar dicho olvido en la reciente Ley 1/2009, de 25 de marzo, dando nueva redacción al artículo 8 de la LPPD, referente a la constancia registral, al introducir en el artículo 8.2 el siguiente párrafo: «*Si el bien o derecho ya figurase inscrito con anterioridad a favor de la persona con discapacidad, se hará constar su adscripción o incorporación al patrimonio protegido por medio de nota marginal*».

(59) El nuevo artículo 8.2 LPPD lo califica, concretamente, de *adscripción o incorporación al patrimonio protegido*.

(60) Literalmente: «*Por otro lado, la existencia de este patrimonio, y el especial régimen de administración al que se somete el mismo, en nada modifican las reglas generales del Código Civil o, en su caso, de los derechos civiles autonómicos, relativas a los distintos actos y negocios jurídicos, lo cual implica que, por ejemplo, cuando un tercero haga una aportación a un patrimonio protegido mediante donación, dicha dona-*

concretamente, la forma de las atribuciones patrimoniales (61), pero lo cierto es que la fijación de tantas trabas formales entorpece la creación y posterior aumento del patrimonio protegido, chocando ello, frontalmente, con la finalidad tuitiva de los intereses patrimoniales de la persona con discapacidad que persigue la LPPD.

Ciertamente, la LPPD, en consonancia con lo legalmente previsto respecto a los negocios a título gratuito, requiere forma solemne pública con el propósito de llamar la atención del declarante sobre la importancia del acto de liberalidad que realiza y de garantizar la seriedad y madurez de su decisión, pero, en esta ocasión, nos da la impresión de que este formalismo no está pensado tanto para la existencia jurídica del acto, como para, sencillamente, mantener un estricto y efectivo control que permita apreciar la capacidad de obrar del otorgante por parte del Notario, así como facilitar la prueba de la existencia del acto dispositivo, impidiéndose, de este modo, posibles abusos y fraudes.

No puede olvidarse que la LPPD debe siempre ser interpretada partiendo de que la existencia de un patrimonio protegido es beneficiosa para la persona con discapacidad (*favorabilia sunt amplianda*). Por ello, con el fin de favorecer e incentivar (además de, naturalmente, con unas medidas fiscales mucho más generosas que las actuales) (62), al máximo posible, las constituciones de patrimonios protegidos (aún muy escasos en la práctica) así como las sucesivas ampliaciones de los ya existentes, consideramos (y creemos que es éste el juicio de la colectividad) que debe procederse a una cierta relajación de la solemnidad formal legalmente exigida (63).

En aras de dicha flexibilidad ritual, tal vez el legislador debería exigir el documento público solemne para el acto constitutivo del patrimonio protegido, limitando dicha solemnidad a las aportaciones sucesivas de ampliación no

---

*ción podrá rescindirse por haber sido realizada en fraude de acreedores, revocarse por supervenencia o supervivencia de hijos del donante o podrá reducirse por inoficiosa, si concurren los requisitos que para ello exige la legislación vigente».*

(61) Así lo expresa MARTÍNEZ DÍEZ, R., «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. II, GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), Barcelona, 2005, págs. 172 y 177.

(62) A mejorar, en un plazo de seis meses, el régimen fiscal de los patrimonios protegidos se ha comprometido el legislador en la Disposición Final 2.<sup>a</sup> de la Ley 1/2009.

(63) La propuesta no nos parece totalmente descabellada, pues dicha atenuación formal se está produciendo en cuanto a la donación (tanto en relación a la voluntad de donar como a la aceptación del donatario), como hemos tenido ocasión de analizar en páginas anteriores. Además, téngase en cuenta que, a efectos fiscales, para conceder una mayor fiscalidad, las aportaciones al patrimonio protegido no tienen la consideración de donaciones para el beneficiario, sino de rendimientos del trabajo personal *ex artículo 17.2.k*) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

dinerarias o bien dinerarias que superen determinado monto, debiendo permitir que aquéllas de inferior cuantía y de realización periódica puedan todas agruparse en el documento público constitutivo del patrimonio especialmente protegido (64), con el fin de evitar los gastos que conllevaría otorgar una escritura pública por cada aportación (por muy escasa que ésta fuese), las cuales podrían llevarse a cabo mediante ingresos en una cuenta bancaria *ad hoc* (debidamente fiscalizada), al igual que los traspases patrimoniales realizados por el propio titular-beneficiario del patrimonio.

En cuanto a la aportación, tanto inicial como posterior, realizada mediante resolución judicial cuando se requiera la intervención del juez, a la vista de las sentencias recientemente dictadas en relación a las donaciones realizadas en un convenio regulador homologado judicialmente, no vemos obstáculo alguno para que aquélla pueda, llegado el caso y de manera excepcional, solemnizar una donación ofrecida por un tercero, sin necesidad de que, posteriormente, deba otorgarse documento público notarial (65).

#### *RESUMEN*

#### *DISCAPACIDAD PROTECCIÓN PATRIMONIAL*

*Dentro del espectacular avance legislativo experimentado en los últimos años en España en materia de discapacidad, destaca, especialmente, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la cual ha creado, por primera vez, un estatuto patrimonial propio de las personas con discapacidad, operando, en nuestro Ordenamiento Jurídico, significativas modificaciones en instituciones*

#### *ABSTRACT*

#### *DISABILITIES PROTECTION OF THE ASSETS*

*Within the spectacular legislative progress Spain has made in recent years on the matter of disabilities, Act 41/2003 of 18 November on protection of the assets of persons with disabilities especially stands out. The act created, for the first time, a basic law governing the assets of persons with disabilities. It made significant modifications to classic institutions of Spanish law, and it created entirely new tools of indubitable legal impact,*

---

(64) Si bien como argumento en contra a dicha posibilidad podría esgrimirse el artículo 4.2 LPPD, según el cual las aportaciones no pueden someterse a término, consideramos que el legislador lo que prohíbe, en realidad, son las aportaciones resolubles, de modo que no permite someterlas a término final o resolutorio, pero no a un plazo inicial o suspensivo. De esta opinión, PEREÑA VICENTE, M., *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho Civil*, Madrid, 2006, pág. 81.

(65) En contra MARTÍNEZ DÍEZ, *La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad*, cit., pág. 177, para quien «en ningún caso la Resolución judicial, que necesariamente es un documento estatal cerrado, puede solemnizar una donación y la declaración de voluntad de la que emana, lo que sólo puede hacerse en un documento de ciclo estatal abierto, es decir, por medio de escritura pública».

*clásicas y creando ex novo herramientas de indudable calado jurídico, en especial, la figura del patrimonio especialmente protegido en beneficio de la persona con discapacidad (incapacitada judicialmente o no).*

*Dentro de su régimen jurídico, la imposición ex lege de forma ad solemnitatem, tanto para crear un patrimonio protegido como para ampliarlo mediante posteriores aportaciones produce gran perplejidad. De un lado, porque muchísimas son ya las trabas y dificultades que, a diario, encuentran las personas con discapacidad y sus familiares, como para que el legislador establezca una más; de otro, porque nuestro sistema contractualista es tendencialmente consensualista, razón por la cual la solemnidad formal causa enorme extrañeza.*

*Considerándose excesivo dicho formalismo ritual, no tanto para el acto constitutivo del patrimonio protegido como para las aportaciones realizadas ulteriormente para aumentarlo, lo cual puede motivar la reticencia a llevarlas a cabo, provocando un efecto desincentivador justamente contrario al pretendido por la Ley, en estas páginas se propone una atenuación del rigor formal legalmente exigido, con el fin de favorecer (además de, necesariamente, con unas medidas fiscales mucho más generosas que las actuales), al máximo posible, la constitución y posterior ampliación de patrimonios protegidos, aún muy escasos.*

*especially the concept of placing a body of assets under special protection to benefit a person with disabilities (whether legally incapacitated or not).*

*The ex lege imposition of ad solemnitatem form, both to create the protected body of assets and to enlarge it with later contributions, has aroused a great deal of perplexity. This is because, first, the obstacles and difficulties that persons with disabilities and their relatives meet every day are already so numerous that legislation need hardly establish yet another legal hurdle, and, second, the Spanish system's view toward contractual matters is essentially one based on consensus, so the formal solemnity required by the act strikes people as extremely odd.*

*This paper considers the ritual formalism excessive, not so much for the creation of a protected body of assets, but for all subsequent contributions made to enlarge that body of assets; the great formality of the process may cause people to be reticent about making contributions, and thus it dulls incentive exactly where the act was intended to create incentive. This paper proposes an attenuation of the formal rigour required by the act (in addition to tax-related measures that must necessarily be much more generous than those currently applied) in order to favour to the utmost the creation and subsequent enlargement of protected bodies of assets, which are still very few.*

*(Trabajo recibido el 30-3-2009 y aceptado para su publicación el 16-2-2010)*