

## La configuración de la donación en el proyecto de Marco Común de Referencia

ANTONI VAQUER ALOY \*

### I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DONACIÓN EN EL PROYECTO DE MARCO COMÚN DE REFERENCIA (DCFR)

El DCFR<sup>1</sup> dedica uno de los capítulos del Libro IV al *contrato* de donación. Es de sobras sabido que la doctrina, especialmente en España, se debate entre dos posturas sobre la naturaleza jurídica de la donación<sup>2</sup>, decantándose la mayor parte de los autores por el carácter contractual de la figura, si bien algunos destacados juristas se han manifestado a favor de configurarla como un modo de adquirir la propiedad, como un acto de adquisición a título gratuito. Pues bien, aparentemente el DCFR encaja con esta posición doctrinal mayoritaria –no sólo en España, sino que se considera que es prácticamente unánime en los sistemas de *civil law*<sup>3</sup>–, también en la jurisprudencia, a favor del carácter contractual (STS de 31 de julio de 1999<sup>4</sup> y de 31 de marzo de 2001<sup>5</sup>). Igualmente se había manifestado el TSJ Cataluña en su sentencia de 4 de octubre de 1999<sup>6</sup>. El Código civil español da juego a las dos posturas, mientras que el Código civil de Cataluña ha optado decididamente por la concepción como título adquisitivo (modo de adquirir la propiedad). La donación, por ello, no es *expressis verbis* un contrato en derecho catalán, tal y como demuestra su regulación en el Libro V CCCat (art. 531-7 ss)<sup>7</sup>.

---

\* Catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Lleida. El trabajo se enmarca dentro de las actividades del proyecto de investigación MICINN DER2009-13269-C03-01, del grupo de investigación consolidado de la Generalitat de Catalunya 2009SGR689 y del Centre d'Estudis Jurídics Europeus i Mediació de la Universidad de Lleida.

<sup>1</sup> A. VAQUER ALOY, «El marco común de referencia», en E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, 2009, p. 239 ss.

<sup>2</sup> Para el debate en los distintos ordenamientos europeos, véanse las aportaciones a M. SCHMIDT-KESSEL (ed.), *Donation in Europe*, Osnabrück, 2010 (en prensa).

<sup>3</sup> «The virtually unanimous view in the contemporary civil law is that the gift is a contract», afirma R. HYLAND, *Gifts. A Study in Comparative Law*, Oxford, 2009, p. 575. El enfoque sería distinto en el *common law*. Véanse los detalles de su exposición en las pp. 578 ss.

<sup>4</sup> RJ 6221. Véase, con anterioridad, la STS 15.10.1985, RJ 4846: «siendo uno de tales contratos [solemnes] el de donación referida a bienes raíces».

<sup>5</sup> RJ 3990.

<sup>6</sup> RJ 2000/8039.

<sup>7</sup> Enfáticamente lo advertían los comentarios al Anteproyecto de Libro V del Código civil de Cataluña *sub* art. 531-8: *Treballs preparatoris del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya*. «Els drets reals», Barcelona, 2003, p. 67, y P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER

Con todo, no hay que precipitarse en la conclusión por lo que al DCFR se refiere. En primer lugar, porque el DCFR sólo comprende los bienes muebles (véase la definición de *goods* en el Anexo<sup>8</sup> y, específicamente, el Art. IV. H - 1:103.2), y, en segundo lugar, porque el DCFR únicamente se ocupa de obligaciones y contratos y materias conexas, y, si bien es cierto que su Libro VIII se dedica a la transmisión de la propiedad de bienes muebles, no lo es menos que la regulación que se contiene en dicho Libro VIII no es omnicompreensiva de todo el sistema adquisitivo de los derechos reales. Por consiguiente, resultaba más coherente en la estructura sistemática del DCFR regular la donación como un contrato sin, por ello, prejuzgar que la donación se configure exclusivamente como contrato. Martin Schmidt-Kessel<sup>9</sup>, *leader* del grupo de trabajo sobre contratos gratuitos del Grupo de Estudios para un Código Civil Europeo, justificaba esta opción por las disparidades existentes entre los derechos nacionales y por la relación que mantiene la donación con el derecho de familia y el de sucesiones, en particular con el sistema legitimario –la inoficiosidad de las donaciones–, que aconsejaba situarla en el marco general del derecho contractual. Los comentarios «oficiales» al DCFR así lo remachan:

«This part of the definition does not exclude juridical acts under which ownership is immediately transferred to the donee, where it could be argued that no obligation is created at all.»<sup>10</sup>

La propia regulación lo hace explícito, cuando el Art. IV. H - 1:104 *b* contempla la donación manual, que presenta como aquella por la que se transfiere inmediatamente la propiedad del bien donado. Por consiguiente, el DCFR regula el contrato de donación<sup>11</sup>, sin perjuicio de que los derechos nacionales puedan, por su parte, construir la donación, también, como acto adquisitivo de derechos reales. Consecuentemente, no hay norma específica sobre la aceptación, que ya no determina la irrevocabilidad de la donación<sup>12</sup>, sino que se aplican las reglas generales sobre formación de los contratos (capítulo 4 del Libro II). Y es que, en realidad, el DCFR no regula directamente la donación manual, ni tampoco la califica, lo que confía a los ordena-

ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 2.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 73-74.

<sup>8</sup> «Goods» means corporeal movables». El Art. I - 1:101 *f*, advierte que el DCFR no se aplica a la propiedad o los derechos reales de garantía sobre inmuebles.

<sup>9</sup> M. SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers of Contract Law: Donation in European Private Law», en A. Vaquer (ed.), *European Private Law beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, pp. 79 ss.

<sup>10</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law, edited by Christian von Bar and Eric Clive*, vol. 3, München, 2009, sub Art. IV. H - 1:101, p. 2799.

<sup>11</sup> Aceptado por la Abogada General Verica Trstenjak en sus conclusiones en el caso C 180/06 Renate Ilsinger v. Martin Dreschers (administrator in the insolvency of Schlink & Schick GmbH), nota 51: «I would also point out that a concordance of intentions is also necessary to conclude a gift; a gift must be accepted by the donee in order to conclude a contract of gift» (consultable en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006C0180:EN:HTML>). Antes, en la nota 50, cita en el mismo sentido, con aprobación, a M. Schmidt-Kessel, «At the Frontiers of Contract Law».

<sup>12</sup> Para el Código civil, véase, con diversidad de enfoques, A. CASANOVAS MUSSONS, «La dualidad de funciones de la aceptación de la donación: los artículos 623 y 629 del Código civil», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2003, pp. 1611 ss, y M. ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Madrid, 2008<sup>13</sup>, pp. 575 ss. Para el derecho catalán, véase del POZO CARRASCOSA/VAQUER ALOY/BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, p. 87.

mientos jurídicos nacionales que la contemplen, y se limita a establecer la aplicabilidad de las normas restantes de la parte H del Libro IV con las adaptaciones necesarias. Ello conlleva que las reglas sobre la obligación de transmitir la propiedad y forma no resulten aplicables, y que se module el régimen de la conformidad<sup>13</sup>. También en esta orientación contractualista se encuentran las matizaciones al régimen general de anulabilidad de los contratos por vicios de la voluntad que se contienen en los Art. IV. H - 2:103 (error) y 2:104 (ventaja injusta obtenida por el donatario), matizaciones que vienen justificadas por la naturaleza gratuita de la donación<sup>14</sup>. Por último, es muy significativo en esta orientación el reconocimiento a donante y donatario de *remedies* en caso de incumplimiento (capítulo 3 del Libro IV. H), cuestión sobre la que luego volveré.

Finalmente, hay que notar que el Art. IV. H - 1:105 contempla las donaciones *mortis causa*, aunque tan solo para excluirlas de su ámbito de aplicación y sin entrar en su configuración jurídica, lo que constituye un nuevo argumento a favor de la neutralidad del DCFR. La presentación que hace de la donación *mortis causa* este precepto es la propia de la donación *sola cogitatione mortalitatis*, pues en ningún momento se hace mención de la donación otorgada con motivo de un especial peligro de muerte y en aquella contempla las dos variantes que, en cuanto a su eficacia jurídica, puede jugar la contemplación genérica de la propia muerte del donante: suspensiva o resolutoria. El apartado (2) añade que desde el mismo momento en que la donación deviene firme, por la renuncia a la condición que modaliza la transmisión definitiva de la propiedad de la cosa donada al donatario, o por la entrega de la cosa cuando la obligación de transmitir la cosa objeto de la donación se cumple antes del momento de la muerte del donante, la donación queda sometida a las reglas del Libro IV Parte H en tanto que ha desaparecido su calificación como donación *mortis causa* al suprimirse el elemento de la muerte del donante que determina la eficacia definitiva de la transmisión de la propiedad de la cosa donada.

## II. DISONANCIAS EN LA CONFIGURACIÓN CONTRACTUAL DE LA DONACIÓN

La donación se presenta como un contrato y, más en concreto, en el Art. IV.H.-1:101, como un contrato unilateral, del que sólo nace una obligación para el donante<sup>15</sup>. Esta obligación se desarrolla luego en el capítulo 3 de esta Parte H (ver también el Art. IV H - 1:102, 2), añadiéndole una segunda obligación que no se enuncia en el inicial Art. 1:101: la de entregar cosas conformes con el contrato (Art. IV.H.-3:101, *a* y 3:102). De este modo se completa esta aproximación contractual a la donación, lo que otorga a la regulación modelo del DCFR un tinte único, pues lo habitual en el derecho comparado

<sup>13</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition* comentario B al art. IV. H-1:104, p. 2813.

<sup>14</sup> Véase *infra*, apartado IV, y los comentarios a ambas *black letter rules* en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, pp. 2832 ss.

<sup>15</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario C al Art. IV. H-1:101, p. 2802: «the actual aim of transferring ownership is an inherent and inevitable element of any donation».

es que al donante se le exonere en mayor o menor medida de las obligaciones típicas de los contratos onerosos<sup>16</sup>.

Pero, si se sigue leyendo el articulado del DCFR, podría llegarse a la conclusión de que la donación se modela como contrato recíproco, siguiendo el esquema de la compraventa, pues el Art. IV. H - 3:301 (sección 3.ª del capítulo 3.º dedicado a las obligaciones y remedios) enumera las obligaciones del donatario (tomar posesión y aceptar la transmisión de la cosa donada; y, a continuación, la sección 4.ª regula los remedios de que dispone el donante en caso de que el donatario incumpla sus obligaciones. Hay que notar que en ningún caso se está contemplando ahora posibles cargas<sup>17</sup> que graven al donatario, sino que son obligaciones nacidas del contrato de donación sin más aditamentos («If the donee fails to perform any of the donee's obligations under the contract», dice claramente el Art. IV. H - 3:401). Los comentarios oficiales al DCFR intentan salir al paso señalando que «due to the gratuitous nature of a contract for donation, the obligations of the donee are very limited»<sup>18</sup>, al estar restringidas a la toma de posesión y la aceptación de la transmisión de la propiedad. Pero la cuestión no radica en la importancia de esas obligaciones, sino en su hipotética incorporación al sinalagma contractual, dando acceso al donante a los remedios por incumplimiento del donatario. Esa, con independencia de la importancia que se conceda a las obligaciones del donatario, constituiría una estructura no sólo bilateral sino también recíproca, que no casaría con un contrato que se presenta, además, como el arquetipo de los contratos gratuitos.

Estas pretendidas obligaciones del donatario se reducen a dos: tomar la posesión de los bienes donados y aceptar la transmisión de la propiedad. Las dos presuponen la donación obligacional, pues en la donación manual carecen de sentido ya que son simultáneas a la entrega de la posesión y la transmisión de la propiedad inmediata por el donante. Y, de hecho, ambas obligaciones se reducen a una en la mayor parte de supuestos, pues la toma de la posesión supondrá la adquisición definitiva de la propiedad al completarse el *iter* transmisivo compuesto de título –el contrato de donación– más el modo –la entrega– (Art. VIII.-2:101, 1 DCFR); sólo cuando no pueda haber entrega material –por ejemplo, donación de derechos de propiedad intelectual– el foco de atención se desplazará a la aceptación de la transmisión ya que el traspaso posesorio será consensual.

El DCFR opta por presentar la toma de posesión y la aceptación del traspaso dominical como obligaciones (Art. IV.A.-3:101 *b* para la compraventa; IV.B.-5:103 para el arrendamiento, por citar dos ejemplos), una vez que configura la cooperación del acreedor como obligación (Art. III.-1:106: «el deudor y el acreedor están obligados a cooperar»). Esta opción no es objetable desde el punto de vista técnico, pero sí desde el punto de la oportunidad, como he abordado en otros lugares<sup>19</sup>. Si se configura la cooperación como

<sup>16</sup> Hyland, *Gifts*, p. 583.

<sup>17</sup> En derecho español la cooperación del acreedor se entiende como carga: A. CABALLAS SÁNCHEZ, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y en el mercantil*, Madrid, 1988, pp. 42 y 150; A. VAQUER ALOY, *El ofrecimiento de pago en el Código civil*, Madrid, 1996, pp. 27 ss.

<sup>18</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario al Art. IV. H - 3:301, p. 2855.

<sup>19</sup> «Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common?) Principles of European Contract Law», *Tulane European and Civil Law Forum*, 2002, pp. 83 ss, y «Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR», *European Review of Private Law* 2009, 4, pp. 504 ss.

verdadera obligación, lo coherente es dotar al acreedor de esa obligación de los remedios previstos para el incumplimiento. En general, esta decisión plantea un problema de eficiencia: aunque se trate de *self-help remedies*, algunos de los remedios obligan a determinar previamente si se trata de un incumplimiento esencial y siempre cabe la discusión en un proceso sobre la bondad de acudir al remedio. No deja de ser sintomático que el artículo siguiente, cuando aborda los remedios del donante ante el incumplimiento de estas «obligaciones» del donatario, mencione en primer lugar los remedios de los Art. III.-2:111 y 2:112 DCFR, es decir, el ofrecimiento de pago y la consignación, que son remedios típicos de la mora del acreedor –que no está regulada institucionalmente en el DCFR, como antes tampoco en los PECL– y que, por consiguiente, no presuponen ya la obligación del donatario de tomar posesión, sino la carga –concepto que también está ausente nominalmente en el DCFR–.

Pero, en el plano específico del contrato de donación, la configuración de la toma de posesión y la aceptación de la transmisión de la propiedad como obligaciones del donatario plantea un problema de coherencia con la tan repetida naturaleza gratuita de la donación. La configuración de obligaciones recíprocas y, más en concreto, el remedio de la terminación, que expresamente llega a admitirse para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones del donatario<sup>20</sup>, presuponen una estructura onerosa del contrato. Y eso no se evita afirmando que las obligaciones del donatario son limitadas precisamente por esa gratuidad, pues la clave está en la estructura típica del negocio<sup>21</sup>, no en el valor de las respectivas prestaciones. Los comentaristas son conscientes de este problema, y dedican un apartado a tratar de la relación de la gratuidad con estas obligaciones, y la poca congruencia se agudiza con el ejemplo que se propone, pues se argumenta que en ocasiones las obligaciones del donatario de tomar posesión y aceptar el traspaso de la propiedad son en interés del donante, como en una donación de desperdicios («where the waste is the object of donation»), caso en que el que se admite que podría actuar como contraprestación –lo que conduciría irremediabilmente a la paradoja de la onerosidad de la donación–, y que el parámetro decisivo para decidir si el contrato es oneroso o no es el propósito o ánimo del donante, y teniendo siempre presentes los criterios del Art. IV. H - 1:202, 1. Dejando a un lado la bondad –o mejor, la posibilidad práctica<sup>22</sup>– del ejemplo de los desperdicios, no se puede compartir el punto de vista de que «en ocasiones» las obligaciones del donatario son en interés del donante. El interés del obligado en liberarse de su obligación es institucional y, por lo tanto, immanente

<sup>20</sup> Así se lee en el comentario A al Art. IV. H - 4:101, p. 2860: «It is possible for a right of revocation and a *right of termination* to co-exist. It is conceivable, for example, that a situation may arise *where the donee fails to perform an obligation to accept the goods* and, simultaneously, the donor wishes to exercise a right to revoke on, for example, the ground of impoverishment» (énfasis añadido).

<sup>21</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario al Art. IV. H - 3:301, p. 2855: «Due to the gratuitous nature of a contract for donation, the obligations of the donee are very limited. In fact, they are restricted to the obligation to take delivery and accept the transfer of ownership».

<sup>22</sup> Los comentarios, y SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 93, nota 15, citan el caso alemán de la «pulpa de patata» (BGHZ 93, 23 en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1985, p. 794), pero hay que notar que el «donante» era un empresario y el «donatario» un ganadero que utilizaba la pulpa para sus animales, por lo que creo que la calificación como «desperdicio» es algo forzada, aunque éste careciera de valor económico para el empresario.

a toda relación jurídica: el donante obligacional *siempre* tiene interés en que el donatario coopere, tomando posesión de los bienes, porque le interesa liberarse del vínculo<sup>23</sup>.

En conclusión, la catalogación de obligaciones del causante y la manera concreta cómo se han configurado traen alguna duda a la coherencia de la regulación de la donación como contrato gratuito, introduciendo un elemento de onerosidad de difícil encaje, lo que aconseja prescindir de la concreta denominación como obligaciones y pensar que, en realidad, se trata de cargas<sup>24</sup> que pesan sobre el donatario como consecuencia del deber general de colaboración entre las partes de una relación obligatoria. En todo caso, si por estar ausente este concepto del DCFR se opta por no recurrir al concepto de carga y mantener el de obligaciones, hay que procurar dejar meridianamente claro que estas *obligaciones* del donatario no tienen el carácter de contraprestación y, pese a que se permita, como veremos, el acceso a remedios propios de las obligaciones sinalagmáticas, no se incorporan en ningún momento al sinalagma y no presentan viso alguno de reciprocidad<sup>25</sup>.

### III. PARTES DEL CONTRATO

Sobre la base de la concepción contractual de la donación, ésta se presenta con dos partes: el donante y el donatario. No se contiene ninguna norma específica sobre la capacidad para ser donante o donatario, por lo que hay que entender que se exige la capacidad general para contratar que se establezca en cada derecho nacional, pues ésta es una materia que, expresamente, el DCFR no trata (Art. I.-1:101, 2, *a*; Intr. 38). Tampoco hay reglas sobre la pluralidad de donatarios al estilo de los art. 637 CC y 531-22 CCCat.

En cuanto al donante, se contempla que pueda ser un empresario en el Art. IV.H.-2:102, *b*.

<sup>23</sup> Por ello, no puedo compartir la opinión expresada por SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 93: «in our view, which was challenged by some advisors, the interest of the donor is not worthy of protection, because if there were a real interest of the donor in getting rid of the goods the contract should not be qualified as a contract of donation». Todo deudor tiene interés en liberarse de su obligación, sea una obligación unilateral o bilateral, nacida de un contrato gratuito u oneroso.

<sup>24</sup> Cf. VAQUER, «Farewell to Windscheid», pp. 502 ss.

<sup>25</sup> El donatario goza de los remedios propios del incumplimiento. De estos, por el carácter gratuito de la donación y la ausencia de reciprocidad, los propios comentarios ya excluyen a dos, la retención de la prestación propia y la reducción del precio. El cumplimiento forzoso, si bien en teoría posible, los comentarios lo desaconsejan, en atención al propósito del donante y, sobre todo, a sus costos; como decía antes, los remedios basados en la *mora credendi* son más eficientes. Queda, por consiguiente, en el marco del DCFR, la posibilidad de terminar el contrato por incumplimiento esencial (Art. III - 3:502); el carácter esencial del incumplimiento, aunque corresponde acreditarlo a la parte perjudicada, no será muy difícil de probar, en atención, justamente, al carácter gratuito del contrato de donación, ya que el donatario no está obligado a ninguna contraprestación, por lo que la terminación no debe atender a ningún interés especialmente protegible del donatario. Y, en el caso de que el incumplimiento del donatario haya ocasionado daños al donante, estos son resarcibles. Nótese que en este caso, cuando el responsable de los daños es el donatario, no se aplican las atenuaciones que para el donante prevén los Art. IV. H - 3:205 y 205, esto es, el impedimento subjetivo y la limitación de la cuantía de la indemnización, con lo que el donante goza de un régimen de responsabilidad por daños y perjuicios más benigno que el donatario.

## IV. OBJETO

### 1. Introducción

En cuanto al objeto del contrato, ya se ha señalado que la regulación del DCFR sólo contempla la de bienes muebles. Ello no significa que no se admita la de bienes inmuebles. Antes al contrario, la contempla expresamente aunque para excluirla de su ámbito de regulación en el Art. IV.H - 1:103, 2.

Dentro de los bienes muebles, el Art. IV.H - 1:103, 1 prevé la aplicación de las normas del contrato de donación cuando su objeto se trate de dinero, electricidad, acciones y títulos valores, bienes incorpóreos y creaciones del ingenio, lo que evidencia la enorme posibilidad de objetos de la donación.

Hay que notar que, literalmente, el DCFR regula en su redacción original en inglés el «contrato para donación», con lo que, en propiedad, la donación sería el objeto del contrato<sup>26</sup>. Si bien ello podría presentarse como un apoyo a la tesis de que el DCFR no se inclina de modo inequívoco por una determinada configuración de la donación sino que, al contrario, cualquiera que sea su naturaleza de acuerdo con el derecho nacional a que esté sometida, se estaría regulando en exclusiva el contrato mediante el que se vehicula la liberalidad, lo cierto es que tal presentación se muestra artificial en exceso en derecho español. Es mucho más razonable entender que, literalidad aparte, la opción es la de regular la donación como contrato, aunque los derechos nacionales puedan otorgarle una configuración distinta.

### 2. Los bienes futuros

El Art. IV.H.-1:102 amplía el objeto inicial del contrato de donación –los bienes muebles– a los bienes futuros, de manera coherente con la apuesta por la configuración contractual de la donación. Para el DCFR, los bienes futuros engloban dos categorías de bienes: aquellos que todavía no existen en el momento de la perfección del contrato y aquellos que el donante aún debe adquirir, por lo tanto, bienes que no le pertenecen en el momento en que se concluye la donación. La inexistencia de los bienes físicamente o en el patrimonio del donante no constituye, pues, ningún obstáculo, para el contrato de donación que se configura en el DCFR. En caso de que los bienes no lleguen a existir o a ser adquiridos por el donante, estaríamos ante un supuesto de imposibilidad o de incumplimiento al que se aplicarían las reglas previstas en el mismo DCFR<sup>27</sup>.

Con ello, podría pensarse que el art. 635 CC se contradice con el Art. IV.H.-1:102 pues, de acuerdo con aquel precepto, «la donación no podrá comprender bienes futuros», entendiendo por bienes futuros «aquellos de que el donante no puede disponer al tiempo de la donación». Sin embargo, hay que tener presente la discusión doctrinal acerca de la naturaleza jurídica

<sup>26</sup> Véase SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers of Contract Law», p. 83. Los comentarios al DCFR (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario D al Art. IV. H - 1:101, p. 2803), lo explican del siguiente modo: «In the conceptual structure of the DCFR, the contract is the juridical act and the notion of donation includes a reference to the whole contractual relationship».

<sup>27</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al Art. IV. H - 1:102, p. 2807.

de la donación en el Código civil. Los autores que defienden su carácter real afirman que la prohibición es coherente<sup>28</sup>. Los autores que defienden la tesis contractualista, por su parte, reinterpretan el art. 635 CC en el sentido de que lo único que prohíbe es la donación de todos los bienes futuros<sup>29</sup>, o de que la prohibición sólo juega en los casos en que se pretenda la transmisión simultáneamente con el contrato de donación<sup>30</sup>.

En cuanto al derecho civil catalán<sup>31</sup>, no existe una norma equivalente al art. 635 CC, que prohíbe la donación de bienes «futuros». Sin embargo, a la misma conclusión obliga la concepción de la donación como negocio adquisitivo: si la cosa no existe todavía, el donante no puede disponer de ella (lo único que puede es obligarse a entregarla en el futuro, lo que nos situaría en la órbita del contrato), no la puede donar porque no puede transmitirla ya (*nemo dat quod non habet*). La donación de bienes futuros sólo cabe que tenga efectos meramente obligacionales (obligación de donar), pero no efectos transmisivos inmediatos, por lo que no se ajusta al modelo de donación regulado en el CCCat. En el supuesto que la donación comprendiera tanto bienes presentes como futuros, sólo respecto de los primeros se produciría el efecto transmisivo; en relación con los bienes futuros, únicamente cabría inquirirse por si el donante hubiera quedado obligado a donar. En todo caso, resulta meridianamente claro que, tanto en el Código civil como en derecho catalán, la donación con efecto transmisivo inmediato sólo puede ser la de bienes presentes actualmente de titularidad del donante, mientras que la donación de bienes futuros, si bien es válida, únicamente genera efecto obligacional<sup>32</sup>.

### 3. Los bienes a producir o manufacturar

El DCFR realiza una segunda ampliación del posible objeto del contrato de donación: los bienes a manufacturar o producir. En realidad, estos son bienes que todavía no existen y, por lo tanto, podrían entenderse comprendidos en el apartado anterior. No obstante, hay un matiz diferenciador. Y es que la actividad a que se obliga el «donante» es mayor, por cuanto no se trata sólo de obligarse a donar una cosa futura, sino que se está obligando, a la vez, a manufacturar o a producir esa cosa, es decir, se está obligando a un hacer que consiste, precisamente, en llevar a la existencia el bien que se donará. Por lo tanto, estamos, por lo menos parcialmente, dentro del ámbito de las obliga-

<sup>28</sup> L. Díez-PICAZO, A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, 9.ª ed., Madrid, 2005, II, p. 310.

<sup>29</sup> M. ALBALADEJO, com. art. 635, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, I, Madrid, 1991, p. 1613. Para J.L. LACRUZ *et al*, *Elementos de derecho civil*, II-2.º, 4.ª edición revisada y puesta al día por F. RIVERO HERNÁNDEZ, Madrid, 2009, p. 94, el artículo únicamente pretende cerrar el paso a los pactos sucesorios, por lo que no sería obstáculo a la donación de bienes que no son todavía propiedad del donante.

<sup>30</sup> FJ. SÁNCHEZ CALERO (coord.), *Curso de derecho civil*, II, 5.ª ed., Valencia, 2008, p. 264.

<sup>31</sup> A. VAQUER ALOY, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales*, III, Barcelona, 2008, pp. 297 ss.

<sup>32</sup> Véase la STS 12.11.1964 (RJ 5080), que señaló que «aunque el invocado art. 634, parece dar a entender que la donación no puede comprender bienes futuros, y que la que los contenga, adolece de vicio de nulidad, ése no es el sentido del precepto según la interpretación doctrinal y jurisprudencial, a tenor de las cuales queda subsistente la validez de la donación en cuanto a los bienes propios de la donante».

ciones de dar y del contrato de servicios. La obligación que nace de esta donación será, consecuentemente, susceptible de ejecución forzosa.

Sin embargo, este contrato gratuito –la gratuidad se recalca en el apartado segundo al insistir expresamente no sólo en la gratuidad sino en el ánimo de beneficiar a la otra parte– carece de figura homónima con naturaleza onerosa en el DCFR. En efecto, dentro de la amplia regulación del contrato de servicios, la figura que más se acercaría sería la del contrato de construcción (Art. IV.C.-3:101 y ss), pero, como se ha indicado, el contrato está pensado para la construcción de inmuebles o de muebles cuando es el cliente quien proporciona el diseño<sup>33</sup>. Ello nos lleva a siguiente paradoja: el DCFR regula expresamente el contrato por el cual el joyero se obliga gratuitamente a manufacturar el anillo de compromiso para su mejor amigo, pero no el contrato con un cliente que está dispuesto a pagar el precio que le exija el orfebre. Por ello, el comentario oficial al DCFR advierte de que la regulación base es la que se contiene en la parte dedicada al contrato de donación, mientras que las reglas que puedan resultar aplicables de la parte del contrato de servicios se aplicarán al elemento de servicios de la donación de bienes a manufacturar o producir. De hecho, únicamente se indican tres preceptos que puedan resultar de aplicación: el Art. IV.C.-3:102 (la obligación del cliente –aquí del donatario– de cooperar, aunque esta es, en verdad, una obligación general de toda parte contractual en el DCFR –Art. III.-1:104– y no sólo de los contratantes de servicios), IV.C.-3:106 (entrega) y IV.C.-3:108 (riesgos), pues para otros aspectos (la conformidad, por ejemplo), ya existe norma específica para la donación<sup>34</sup>.

#### 4. Bienes donables

El Art. IV.H.-1:103 intenta delimitar el objeto posible de la donación obligacional, indicando a qué tipo de bienes cabe aplicar la regulación prevista y a qué tipo no. La idea subyacente es que cualquier objeto susceptible de transmisión puede serlo de un contrato de donación<sup>35</sup>. El precepto, que dedica el primer apartado a determinados bienes muebles, en una enumeración que se inspira en la del Art. IV.A-1:101, 2 en sede de compraventa<sup>36</sup>, y el segundo a los inmuebles, se muestra desordenado e impreciso en algunos aspectos<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Véase, en particular, *Principles of European Law. Service Contracts*, prepared by M. BARENDRECHT *et al*, München, 2007, *sub* Art. 2:101, pp. 321 ss.

<sup>34</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario C al Art. IV. H - 1:102, p. 2808.

<sup>35</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:103, p. 2909.

<sup>36</sup> SCHMIDT-KESSEL, «At the frontiers», p. 84.

<sup>37</sup> Sin que plantee ningún problema serio de compatibilidad con el derecho español en atención a la amplitud con que se concibe el objeto de la donación. Así, M. ALBALADEJO, comentario al art. 618, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, p. 1575, indica que el objeto de la donación puede ser cualquier cosa (el derecho de propiedad sobre ella) o un derecho distinto del de propiedad. JM. LETE DEL RÍO, J. LETE ACHIRICA, *Derecho de obligaciones*, vol. II, *Contratos*, Cizur Menor, 2006, p. 291, afirman que objeto de la donación lo constituyen «las cosas y los derechos», y que los derechos lo pueden ser de crédito o reales. Y JL. DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 237, manifiesta que «podrán ser objeto de donación todos aquellos bienes que sean *enajenables*, cualquiera que sea su especie: cosas, o partes integrantes de las mismas (como los frutos naturales y civiles), derechos reales y de crédito, o

## A) MUEBLES

La primera de las especificaciones se refiere al dinero. Siendo el dinero un bien mueble por excelencia, no se entiende por qué motivo hay que mencionar expresamente al dinero, aún más cuando el Anexo del DCFR define los «goods» como los «bienes muebles corporales», advirtiendo que incluyen a los barcos, navíos, aeronaves, objetos espaciales, animales y líquidos y gases, y que la definición de «muebles» contempla los «bienes corporales e incorporeales que no sean inmuebles»; y, por si podía albergarse alguna duda, los inmuebles se definen como «el suelo y todo aquello que se le une de forma que no puede ser cambiado de lugar por un acto humano normal». Es más, literalmente podría dar incluso a pensar que no cabe la donación de dinero, sino que se trataría de otro contrato al que se aplicaría, con las adaptaciones oportunas, la normativa prevista para el contrato de donación. El precepto abarca no sólo monedas y billetes, sino cualquier otra forma de representación funcional del dinero<sup>38</sup>.

La segunda apostilla tiene como protagonista a la electricidad. Esta mención se sitúa en la línea de las normas sobre responsabilidad por productos, que hacen inclusión expresa de la electricidad en la categoría de los bienes muebles que constituyen la categoría del «producto» (art. 136 TR LGDCU, procedente de la Directiva 85/374/CEE, en su art. 2; cf. art. 511-1, 2 CCCat).

Cuanto se ha dicho antes del dinero resulta aplicable a las acciones y participaciones en sociedades y a los títulos valores, pues son sin duda bienes muebles que no plantean conflicto en cuanto a su naturaleza jurídica y, por consiguiente, son naturalmente susceptibles de donación<sup>39</sup>. Su mención se debe simplemente a que la definición de «goods» del Anexo al DCFR no las incluye de modo expreso. Únicamente se requiere que sean transmisibles.

Seguidamente, se añaden otros derechos incorporales, como los de crédito, siempre que preexistan a la donación, pues de otro modo se solaparía con la obligación derivada de un contrato de servicios<sup>40</sup>.

A continuación, se contempla la donación de otros derechos transmisibles, como los de propiedad intelectual o industrial, que tampoco presentan mayor dificultad.

Por último, se enumera el acceso a información o a datos, incluidos o no en bases de datos. El supuesto es claramente distinto a los anteriores. El obje-

---

una herencia ya abierta (art. 1000,1 CC), o sobre bienes inmateriales, etc.». Únicamente deben tener en cuenta algunas prohibiciones específicas como, por ejemplo, que diversas leyes de protección de animales prohíben «hacer donación de los mismos como premio, reclamo publicitario, recompensa o regalo de compensación, por otras adquisiciones de naturaleza distinta a la transacción onerosa de animales»; véase art. 2.2 de la Ley 5/1995, de 22 de marzo, de Protección de los Animales, de La Rioja, modificada por Ley 2/2000, de 31 de mayo; art. 5.e de la Ley 22/2003, de 4 de julio, de protección de los animales, de Cataluña; art. 4.1.g de la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, de Andalucía; y véase el art. 20.c de la Ley 1/1993, de 13 de abril, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad, de Galicia, que tipifica la donación de animales como infracción leve.

<sup>38</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario B al Art. IV. H - 1:103, p. 2810.

<sup>39</sup> Así lo acepta la STS 13.6.1994 (RJ 6507). La STS 15.3.2000 (RJ 2002/1894), califica como donación de dinero la entrega con ánimo de liberalidad de cheques.

<sup>40</sup> Los comentarios oficiales proporcionan el siguiente ejemplo: A recibe una invitación para una función de circo, que regala a B. Estamos ante una donación de la invitación que permite exigir la entrada al espectáculo (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:103, p. 2811).

to no son ahora los datos o la información en sí misma, sino el acceso a ella, por ejemplo, permitir el uso gratuito de determinada base de datos. Por ello, no se trata tanto de una donación como de un servicio gratuito. Si el objeto de la donación lo fuera la base de datos en sí misma considerada, como creación, entonces ya estaríamos en el ámbito de la letra (e), que contempla la donación de derechos de propiedad intelectual. Debe notarse que en esta letra (e) no se menciona la «donación», sino los «contratos gratuitos», lo que es un síntoma de que, en efecto, más que de donación se trata de una norma de «causa gratuita».

## B) INMUEBLES

El Art. IV. H - 1:103, 2 excluye del contrato de donación los inmuebles y los derechos reales sobre inmuebles, lo que se debe no a su inidoneidad como objeto de la donación, sino simplemente a que el DCFR excluye de su ámbito los inmuebles.

## V. GRATUIDAD Y ÁNIMO DE LIBERALIDAD

Constituye un principio confeso del DCFR que la causa no es elemento esencial del contrato: «The absence of any need for consideration or *causa* for the conclusion of an effective contract»<sup>41</sup>. La idea subyacente es huir de la problemática que generan los conceptos de causa en el derecho continental y de *consideration* en el *common law*. Por ello, sorprende que ya este inicial Art. IV. H - 1:101 sitúe como elemento estructural a «*la intención de beneficiar al donatario*», y que luego la sección 2 del capítulo primero de esta parte H del Libro IV se dedique específicamente a la gratuidad, especificando qué debe entenderse por causa liberal e incluso por causa mixta.

<sup>41</sup> *Draft Common Frame of Reference*, Pr. 56. En la misma línea se orientan los PECL: «The Principles do not require consideration or cause»; cf. LANDO/BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law*, Parts I-II, nota 3 al Art. 2:101, pp. 140-141. Véase, además, JA. MARTÍN PÉREZ, «La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (Razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)», en E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006, T. II, pp. 283 ss; J. FAJARDO FERNÁNDEZ, «Forma, objeto y causa/consideration», en S. CÁMARA LAPUENTE (ed.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, 2003, pp. 399 ss; WM. SCHRAMA, en D. BUSCH *et al.* (ed.), *The Principles of European Contract Law and Dutch Law: A Commentary*, p. 76; J. M. SMITS, *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System*, Antwerp-Oxford-New York, 2002, p. 208; G. QUINOT, «Offer, Acceptance and the Moment of Contract Formation», en HL. MACQUEEN, R. ZIMMERMANN (ed.), *European contract law: Scots and South African perspectives*, Edinburgh, 2006, p. 95. Lo mismo vale para los Principios Unidroit (art. 3.2: «A contract is concluded, modified or terminated by the mere agreement of the parties, without any further requirement») y el Anteproyecto de Código civil europeo del Grupo Gandolfi; véase, sobre los primeros, el comentario oficial al art. 3.2 («This article also excludes the requirement of cause which exists in some civil law systems and is in certain aspects functionally similar to the common law «consideration»»); *Unidroit Principles of International Commercial Law 2004*, Rome, 2004, p. 95, y Pilar PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996, pp. 447-448; y, sobre el segundo, G. GARCÍA CANTERO, «Hacia un concepto europeo de contrato», en C. VATTIER, J.M. DE LA CUESTA, J.M. CABALLERO (ed.), *Código europeo de contratos*, I, Madrid, 2003, pp. 153-154.

## 1. Gratuidad<sup>42</sup>

El Art. IV. H - 1:201, pese a que se halla en sede de contrato de donación, es una norma de más amplio espectro, pues en realidad está definiendo la causa gratuita, por lo que resulta aplicable a aquellas otras *black letter rules* en que se encuentran ejemplos de contratos o actos gratuitos (así, Art. III - 3:511, 3), III - 5:110, 3), IV. D - 3:103, 4 *d*, IV. D - 6:104). La causa gratuita se nos presenta como la ausencia de contraprestación, es decir, el ánimo de liberalidad al que luego se refiere expresamente el Art. IV. H - 1:203 para efectuar algunos matices y al que antes ya habían hecho mención, al presentar el contrato de donación, los Art. IV. H - 1:101, 1:102 y 1:104. De este modo, acaba por identificarse gratuidad y ánimo de liberalidad, aunque formalmente se muestren como dos conceptos distintos. La diferencia, para los redactores del DCFR, radica en el carácter objetivo de la gratuidad, frente al tinte subjetivo del ánimo de liberalidad, elevándose la donación al paradigma del contrato gratuito<sup>43</sup>.

En el modelo del DCFR, la ausencia de contraprestación debe ser total, sin importar su valor<sup>44</sup>, lo que supone, en particular, que la donación modal o con carga no se entienda como gratuita, pese a que suponga un enriquecimiento para el donatario.

La causa gratuita, con todo, se muestra moldeable por la voluntad de las partes intervinientes, y por ello el Art. IV. H - 1:203 contempla el *negotium mixtum cum donatione* en los términos de que luego se dirán.

## 2. El ánimo de liberalidad

### A) LA SISTEMÁTICA DEL DCFR

Si el Art. IV. H - 1:201 se ocupa de la causa gratuita, el 1:203 lo hace del ánimo de liberalidad, un poco trasmitiendo la sensación de que son cosas distintas –la gratuidad podría pensarse que constituye la causa en sentido objetivo, mientras que el ánimo de liberalidad o, literalmente, la voluntad de beneficiar al donatario, comprendería una perspectiva más subjetiva<sup>45</sup>. Por otra parte, sistemáticamente el artículo se ubica tras el *negotium mixtum cum donatione*, como si en éste no existiera también ánimo de liberalidad, lo que en cualquier caso resulta claramente del apartado 1 *a* del Art. IV. H - 1:202, que menciona expresamente la voluntad de beneficiar a la otra parte. En cualquier caso, el ánimo de liberalidad no tiene por qué suponer un enriquecimiento apreciable en el donatario; incluso que el objeto carezca propiamente de valor

<sup>42</sup> Cf. HYLAND, *Gifts*, p. 135 ss.

<sup>43</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:201, p. 2816.

<sup>44</sup> *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentario A al Art. IV. H - 1:201, p. 2816: «The test of gratuitousness is a strict one. Any reward even if trivial is inconsistent and excludes the contract or other juridical act from the definition in IV. H - 1:101».

<sup>45</sup> Ya señalaba DE LOS MOZOS, *La donación*, p. 140, que «[e]l *animus donandi* como requisito de la donación tiene un aspecto *subjetivo* y un aspecto *objetivo*. En el primer aspecto, surge de la actitud anímica del donante, como intención específica de gratificar; aunque esta intención liberal sea compatible con cualesquiera otros motivos, como la ostentación, ganar amigos u obtener otra ventajas; pero no por ello pierde tal carácter, ya que el disponente quiere gratificar al donatario, a no ser que esas ventajas se incorporen al acto, como contrapartida de la liberalidad. En cuyo caso quebraría el aspecto *objetivo*, ya que la esencia de la donación es la gratuidad, lo que provoca el enriquecimiento del donatario y el empobrecimiento del donante».

económico –una fotografía familiar con valor meramente sentimental– no debe impedir que el negocio se califique como donación<sup>46</sup>. Los comentarios oficiales se cuidan de subrayar que la función de la «*intention to benefit*» es muy estricta y que no debe identificarse con un específico *animus donandi*, que no se configura como requisito de la donación.

## B) SUPUESTOS INCLUIDOS

A continuación, se incluyen dos supuestos en los que se afirma la concurrencia del ánimo de liberalidad: la existencia de una obligación moral de transmitir y el propósito publicitario, lo que supone, a juicio de Schmidt-Kessel<sup>47</sup>, un concepto de donación más amplio que el de algunos ordenamientos nacionales.

Sorprende la inclusión de la obligación moral, un concepto desconocido en el DCFR<sup>48</sup>, que no se encuentra ni en el índice de conceptos. La obligación moral o natural no constituye una verdadera obligación y, aunque pueda constituir una excepción a la obligación de restituir (cf. art. 1901 CC) no existiendo verdadera obligación, quien dona en cumplimiento de una obligación natural no estaba compelido a ello, por lo que es lógico que no desaparezca el *animus donandi*.

En cuanto a las donaciones que persigan propósito publicitario (muestras de productos, merchandising, etc.), es verdad que contienen el interés del donante por conseguir despertar la atención del donatario y que éste compre sus productos, pero lo cierto es que no hay contraprestación y se halla presente el ánimo de liberalidad, aunque teñido de afán económico<sup>49</sup>, por lo que se trata de verdaderas donaciones.

## VI. EL NEGOTIUM MIXTUM CUM DONATIONE

El Art. IV. H - 1:202 contempla la figura del *negotium mixtum cum donatione* para declarar la aplicabilidad de las reglas sobre el contrato de donación

<sup>46</sup> SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 84, recurre, para explicarlo, a la noción de «benefit» que se utiliza, también, en la *negotiorum gestio* (Art. V - 1:101). En particular, así se explica en el comentario C.17 al Art. 1:101 de los PEL sobre «gestión de asuntos ajenos» (Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law. Benevolent Intervention in Another's Affaire*, prepared by C. von BAR, München, 2006, p. 107): «the intervener must act with the intention of benefiting another. The word 'benefiting' is to be understood in this context as having a wide significance; in particular, it does not relate merely to benefits of a type falling within patrimonial law in the sense of an enrichment».

<sup>47</sup> SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», pp. 84-85.

<sup>48</sup> Y objeto de críticas como la de K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrecht*, I, München, 1987, p. 21. La mención de la obligación moral quizá puede explicarse porque, pese a que una obligación moral no se entiende siempre en el *common law* como una *consideration* suficiente, en un antiguo caso inglés se admitió como donación válida la sustentada en una obligación moral [*Gilbert v. Ruddleard* (1608), examinado por HYLAND, *Gifts*, pp. 137-138 y 155-157, donde más extensamente analiza las dudas en el derecho comparado sobre la relación entre obligación moral y donación], con lo que se elimina cualquier duda sobre la eficacia de la donación.

<sup>49</sup> Recuérdese, en este sentido, que, de acuerdo con el art. 7 c de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por producto, las muestras gratuitas no excluyen la responsabilidad civil del productor por los daños que dichas muestras puedan causar. Los comentarios A al Art. IV. H - 1:201 y B al Art. IV. H - 1:203 (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, pp. 2816 y 2825) señalan expresamente que si ese propósito no encaja en el concepto de contraprestación, el acto sigue siendo gratuito.

siempre que se cumplan determinados requisitos que a continuación se detallan. Si bien el DCFR contiene una norma general sobre los contratos mixtos, el Art. II - 1:107, se considera que debe ser completada en el supuesto específico del *negotium mixtum*. La donación indirecta se basa en la existencia de contraprestación a favor del donante, siempre que sea inferior al valor de lo donado; téngase en cuenta que se ha subrayado que la donación diseñada en el DCFR no admite ninguna clase de contraprestación, con independencia de su valor. Con todo, al igual que sucede con el mismo ánimo de liberalidad, el enfoque que se le otorga es subjetivo. En efecto, la liberalidad depende meramente de la intención del donante<sup>50</sup>, con lo que esa intención es la determinante de la existencia de una donación.

La aplicación de las normas sobre el contrato de donación sufre una modulación importante en el supuesto del *negotium mixtum cum donazione*, debido a la presencia tanto de gratuidad como de onerosidad.

Así, por lo que se refiere al cumplimiento de las respectivas obligaciones, si el negocio resulta nulo por causas específicas de la donación (por ejemplo, la ausencia de forma escrita), se dispone de manera expresa que se apliquen las normas sobre cambio de circunstancias del Art. III - 1:110 con la finalidad de restablecer el equilibrio entre las respectivas prestaciones. En segundo lugar, es importante destacar que en caso de conflicto entre normas de donación y normas de contratos onerosos, prevalecen aquéllas sobre éstas; el caso paradigmático sería la conformidad de los bienes, en que la norma aplicable sería el Art. IV. H - 3:102, que establece un régimen mucho más atenuado de responsabilidad para el donante. Igualmente, las limitaciones a la responsabilidad del donante contenidas en los Art. IV. H - 3:204 y 3:205 rigen para todo el negocio y no sólo para su parte gratuita. Cabría, además, plantear el recurso a las limitaciones al cumplimiento forzoso del Art. IV. H - 3:202<sup>51</sup>.

Las causas de revocación previstas en el Libro IV. H son aplicables al *negotium mixtum*. Sin embargo, se faculta al donatario para impedir la revocación ofreciendo una contraprestación razonable al donante<sup>52</sup>, criterio, éste

<sup>50</sup> SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», p. 84: «The Working Team originally proposed to qualify the gratuitousness of the undertaking to transfer or the transfer by utilising a subjective test (“intention to benefit”). Some of our advisors would have preferred a more objective yardstick. (...) The crucial problem of any objective test is the necessary valuation of the asset to be transferred on the one hand, and of the relevant conduct of the donee on the other: there is no absolute or *iustum pretium* of an asset to be transferred to the donee». Y añade ya en relación con el *negotium mixtum*: «This line is fixed by reference to a subjective criterion, namely, that the values to be conferred by the performances are regarded by the parties as not substantially equivalent» (pp. 85-86). En el mismo sentido se expresa el comentario B al Art. IV. H - 1:203 en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 2820: «The decisive point is the view shared by both parties. As long as they see an element of gratuitousness as being part of the contract the law of donation applies».

<sup>51</sup> Cf. SCHMIDT-KESSEL, «At the Frontiers», pp. 85-86.

<sup>52</sup> La posibilidad de complementar la contraprestación para evitar la revocación del *negotium mixtum* que se contiene en el Art. IV. H - 1:202, 3 no es completamente ajena al derecho catalán, pues puede invocarse, además del principio de subsistencia de los actos jurídicos válidos y de que en otros supuestos –la imposibilidad de restitución– la cosa donada se sustituye por su valor, que el art. 451-22, 4 proporciona un argumento analógico: el donatario –así como el legatario y el beneficiado con una atribución a título singular en pacto sucesorio– evita la reducción de la donación por inoficiosidad si paga el importe de la lesión legitimaria. Al respecto, VAQUER ALOY, art. 531-15, en Decanato Autonómico de los Registradores de Cataluña, *Derechos Reales*, T. I, p. 324.

de la razonabilidad<sup>53</sup>, de difícil concreción y que deberá fijarse atendiendo a todas las circunstancias concurrentes.

## VII. LA PROMESA UNILATERAL DE DONAR

El Art. IV. H - 1:104 contempla dos supuestos distintos a los que cabe aplicar, con las adaptaciones necesarias, la normativa prevista para el contrato de donación: las promesas unilaterales de donar y las donaciones manuales. Hay que notar que literalmente sólo parece contemplarse la donación cuyo objeto es el derecho de propiedad, pero por lo menos en cuanto a la promesa unilateral de donar cabe que su objeto sea tan amplio como la propia donación.

Configurada la donación como un contrato en el DCFR, pero admitida, también, la voluntad unilateral como fuente de las obligaciones sin que se requiera aceptación alguna por parte de quien conoce esa voluntad unilateral<sup>54</sup>, se plantea el problema de si cabe una promesa unilateral de donación que genere vinculación en el promitente-donante. La cuestión la resuelve afirmativamente la *black letter rule* disponiendo la aplicación analógica de la regulación del contrato de donación a la promesa unilateral de donación. Quien se obliga unilateralmente a donar debe igualmente cumplir los requisitos de forma que exige el Art. IV. H - 2:101<sup>55</sup> y realizar luego un acto traditorio idóneo conforme a lo previsto en el Libro VIII del DCFR<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> S. TROIANO, «Das Konzept der “Reasonableness” als Mittel zur Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts: Probleme und Perspektiven aus der Sicht des italienischen Rechtssystems», en R. SCHULZE (ed.), *New Features in European Contract Law*, München, 2007, pp. 375 ss, y «To What Extent Can the Notion of “Reasonableness” Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective», *European Review of Private Law*, 2009, pp. 749 ss.

<sup>54</sup> Véase A. VAQUER ALOY, M. RIVERA SALAZAR, «La promesa unilateral y la sentencia Engler. Algunas consideraciones en vistas al Marco Común de Referencia (sentencia TJCE de 20 de enero de 2005 asunto C-27/02)», *Revista de la Facultad de Derecho de Granada*, 2006, pp. 455 ss.

<sup>55</sup> Así lo recuerda expresamente el comentario A al Art. IV. H - 1:104, en *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, p. 2812. Por ello, si se rechaza la obligación unilateral asumida por el donante, la donación se entiende que no ha existido jamás. El requisito formal que exige el DCFR (Art. IV. H - 2:101) es la escritura, sin que se precise escritura pública (hay que recordar, además, que la donación del DCFR es la de bienes muebles). Ello se justifica porque el notariado latino no tiene equivalente en todos los sistemas jurídicos europeos, por lo que pareció más adecuado flexibilizar los requisitos formales, reducidos a la escritura; además, se ha optado por establecer imperativamente el requisito de la forma escrita, de manera que para los redactores del DCFR no cabe que los Estados miembros exijan requisitos formales más estrictos (la escritura pública, paradigmáticamente). Con todo, hay que notar que la forma escrita no se requiere para todo el contrato de donación, sino únicamente para la obligación de transmitir que asume el donante, de modo que otros elementos de la donación, como por ejemplo la aceptación del donatario, no es menester que consten por escrito. A la forma escrita se asimila la «forma textual en un soporte duradero».

<sup>56</sup> Hay que recordar que la doctrina española ha discutido acerca de la admisibilidad de las promesas unilaterales de donación. Para M. ALBALADEJO, S. DÍAZ ALABART, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 59 ss, de manera coherente con su defensa de la donación obligacional, la promesa de donación, en cualquiera de las formas que cabe concebirla, incluido el precontrato de donación, es válida; pero otros autores (L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 2008<sup>6</sup>, p. 173; M. DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, «La promesa de donación en el Código civil y en la jurisprudencia», *RGLJ*, 1985, pp. 703 ss; DE LOS MOZOS, *La donación en el Código civil y a través de la jurisprudencia*, pp. 48-52) niegan la posibilidad de la promesa unilateral de donación con efectos vinculan-

## VIII. CONCLUSIONES

Los redactores del DCFR han optado por configurar la donación con naturaleza contractual, pero en su afán contractualista han llegado incluso a establecer obligaciones tanto para donante como para donatario y a conferirles –por lo menos en la sistemática teórica del Libro IV. H– remedios sinalagmáticos en caso de incumplimiento. Si la necesidad de regular la donación en un instrumento contractual europeo era de por sí dudosa, en atención a la diversidad legislativa en los ordenamientos nacionales europeos, la configuración tejida en el DCFR es difícil que pueda constituir la base común de un futuro derecho privado europeo.

---

tes, en atención a la naturaleza dispositiva de la donación y a las formalidades que debe revestir. En esta línea se orienta la jurisprudencia (véase J. L. ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, *¿Donación aceptada o promesa unilateral vinculante?*, Madrid, 1997); en particular, cabe citar la STS 24.1.2008 (RJ 218; comentada por I. VIVAS TESÓN, «La invalidez de la promesa de donación», *Revista de Derecho Patrimonial*, 2009, 22, pp. 141 ss), que resume y reitera su línea doctrinal contraria a la eficacia de la promesa de donación. En derecho catalán, paradigma de la concepción dispositiva de la donación, se contempla, sin embargo, una donación meramente obligacional, aquella que se realiza con motivo de captaciones públicas o benéficas (art. 531-8.2, 531-12.2 CCCat), en que la donación deviene irrevocable «a partir del momento en que [los donantes] manifiestan públicamente la voluntad de donar», lo que bien mirado no deja de ser una promesa de donar.