

LA LEY APLICABLE A LA FORMA EN LAS DONACIONES INTERNACIONALES. EN TORNO A LA STSJ CATALUÑA DE 18 MARZO 2019

APPLICABLE LAW TO THE FORM REQUIREMENTS OF INTERNATIONAL GIFTS. AROUND THE SENTENCE OF THE HIGH COURT OF CATALUÑA OF 18 MARCH 2019

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0003-0119-3249

Recibido: 18.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5205>

Resumen: La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2019 resuelve sobre la validez de una donación entre esposos de un bien inmueble sito en Ingarö (Suecia). La sentencia se pronuncia sobre la aplicación al caso del Reglamento Roma I y del desplazamiento del art. 11CC como norma de conflicto aplicable a la validez formal de la donación, tampoco la considera ley de policía del foro.

Palabras clave: requerimientos de forma, donaciones internacionales entre esposos, leyes de policía, reglamento Roma I, art. 11CC.

Abstract: The Judgment of the High Court of Cataluña of 18 March 2019 ruled on the formal validity of an international gift between spouses of a land situated in Ingarö (Sweden). The Judgment apply the Rome I Regulation and avoid the application of art. 11CC even as an overriding mandatory provision of the law of the forum.

Keywords: form requirements, international gifts between spouses, overriding mandatory provisions, Rome I Regulation, art. 11CC.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. Hechos. III. Aplicación del Reglamento Roma I. IV. Norma de conflicto aplicable a la donación entre esposos. V. Determinación de la Ley aplicable a la forma de la donación. 1. Norma de conflicto aplicable a la forma de la donación. 2. La aplicación de las leyes de policía del foro. VI. A modo de recapitulación.

I. Planteamiento de la cuestión

1. El litigio que da origen a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2019 resuelve sobre la validez de una donación entre esposos, ambos de nacionalidad española y vecindad civil catalana, de una finca situada en Ingarö (Suecia)¹. El problema jurídico del que se

¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 de marzo (Sala de lo civil y penal, sección 1ª, núm. 23/2019, RJ/2019/2021). En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que es recurrida ante el TSJ de Cataluña se mencio-

ocupará principalmente este comentario de los que se plantean en el litigio es el de la ley aplicable a la forma del acuerdo de donación.

2. Las normas de DIPr. español y europeo sobre la forma de los actos jurídicos se basan en el principio de libertad de forma aceptando, sin embargo, ciertas excepciones que responden, como ocurre en el caso que nos ocupa, a la defensa de intereses públicos generales². En el caso comentado, la exigencia de las solemnidades de la transmisión de bienes inmuebles en el Derecho español se justificaría por la necesidad de la publicidad frente a terceros de los derechos reales y de la reflexión que requiere la disposición a título gratuito del propio patrimonio (art.633CC).

3. En el litigio que resuelve la sentencia del TSJ de Cataluña se cuestiona la validez de un acto de donación contenido en documento privado. Se trata, por tanto, de determinar si la situación jurídica creada y reflejada en el documento otorgado en España –la transmisión por donación de la propiedad de un bien inmueble sito en Suecia- debe tenerse por existente y válida. En el recurso de casación se cuestiona la validez del documento tanto por razones de fondo como por razones de forma.

II. Hechos

4. La donación litigiosa ha sido otorgada, entre esposos de nacionalidad española y vecindad civil catalana, estando vigente, desde la celebración del matrimonio en 1998, un régimen económico matrimonial de separación de bienes. En el año 2007 los cónyuges compran por mitad indivisa la finca objeto de la donación.

El 14 de junio de 2011, tras varias crisis conyugales, los esposos otorgan capitulaciones matrimoniales en las que acuerdan sustituir el régimen económico matrimonial de separación de bienes por el de comunidad, regulado en los arts. 232-30 y siguientes del Código Civil de Cataluña.

Siete meses más tarde, el matrimonio conviene, en un primer documento privado fechado el 1 de febrero de 2012, la donación del 40% de la propiedad de la finca del marido hacia su esposa. El acuerdo está firmado en Barcelona. En otro documento privado firmado meses más tarde se formaliza la donación del restante 10% de la propiedad del esposo. Como resultado de estos dos acuerdos figura inscrito el pleno dominio de la esposa en el Registro de la Propiedad de Suecia desde el 2 de noviembre del mismo año.

Mediante el documento privado de febrero de 2012 el esposo asume otras obligaciones económicas relacionadas con la construcción de la finca y con los gastos de mantenimiento.

Finalmente, los cónyuges se divorcian mediante sentencia de 25 de octubre de 2012 que aprueba el convenio regulador firmado semanas antes. Sentencia de divorcio en la que no figura referencia alguna a la donación litigiosa.

5. Se resume a continuación el historial procedimental en el que se plantea explícitamente un problema de la ley aplicable al fondo y a la forma de una donación que presenta elementos internacionales, pero en el que no se cuestiona la competencia judicial de los tribunales españoles.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 31 de octubre de 2017 de la Audiencia Provincial de Barcelona que resuelve el recurso de apelación contra la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Barcelona. Esta última había desestimado íntegramente la demanda formulada por la esposa con el objeto de obtener una declaración de validez de la donación y de las otras obligaciones asumidas por el esposo en los acuerdos privados más arriba mencionados, por considerar que el acuerdo patrimonial de febrero de 2012 era inválido por no respetar la forma del negocio –escritura pública- requerida por el art. 531-12 CCCat aplicable al caso en virtud del art. 10.7 CC –ley nacional del donante-.

na la doble nacionalidad de la esposa sueca y española (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, (secc. 4ª), núm. 733/2017, de 31 de octubre de 2017, JUR/2017/294021).

² A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, p. 9.

La Audiencia Provincial estima, en parte, el recurso de apelación de la esposa y declara, entre otros pronunciamientos relativos al régimen económico-matrimonial, la plena validez de la donación, por lo que la esposa se considera propietaria a título privativo de la finca sita en Ingarö (Suecia) inscrita en el Registro de la Propiedad de ese país³. La segunda instancia considera aplicable el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a la donación, en cuya virtud (arts. 4.1, c y arts. 11.1 y 11.5 RRI) debe aplicarse la ley sueca que considera válida la donación.

6. En los antecedentes se indica que el recurso de casación planteado por el esposo tiene por objeto: en primer lugar, la declaración de invalidez de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los cónyuges el 14 de junio de 2011, por falta de causa y, como consecuencia no procede la liquidación de la aparente sociedad de gananciales indicada en él; en segundo lugar, la impugnación de la declaración de que la esposa es propietaria a título privativo de la finca situada en Suecia, después de la donación de la mitad indivisa que le otorgó su esposo en los documentos privados de 11 de febrero de 2012 complementado por otro de 28 de julio de ese mismo año y; finalmente, la impugnación de la condena al cumplimiento de obligaciones de índole dineraria vinculadas con la mencionada finca y asumidos en el primer acuerdo de 11 de febrero de 2012.

7. La impugnación de la validez de la donación inmobiliaria de la finca sita en Suecia en el acuerdo de 1 de febrero de 2012, tanto en la apelación como en casación, se basa en el no cumplimiento de los requisitos de forma solemne exigidos por el art. 531-12 del Código Civil de Cataluña aplicable al caso en virtud de lo dispuesto en los arts. 10.7 CC y 11.2 CC.

La sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la del juzgado en todo lo referente a la validez de la escritura de capitulaciones pero declara la plena validez de la donación inmobiliaria a pesar de que fue otorgada en documento privado porque entiende la Audiencia de Barcelona que debe regirse por la ley sueca tanto en lo que se refiere al contenido del negocio como a su forma, en virtud de lo establecido en los artículos 4.1, letra c, 4.3 t 11.1 y 11.5 del Reglamento Roma I⁴. Dicha validez conforme a la ley sueca, argumenta la Audiencia, se plasma en el hecho de que el documento privado de donación dio lugar a la inscripción del negocio por el que se transmitió la propiedad en el correspondiente Registro de la Propiedad de Suecia.

También se entiende en la sentencia de la Audiencia de Barcelona que el resto de pactos patrimoniales son válidos por no tratarse de pactos en previsión de una ruptura matrimonial, previstos en el art. 231-20 CCCat sino de pactos patrimoniales válidos posteriores a la ruptura previstos en el art. 233-5 CCCat considerados legales si son posteriores al nacimiento de la crisis matrimonial.

8. Se suscita, por consiguiente, en el recurso, para poder pronunciarse sobre la validez de la donación, la cuestión de la ley aplicable al fondo y a la forma de la donación. Por un lado, la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado de origen interno, esto es, los artículos arts. 9.2 CC, 9.3 CC, 10.7 CC y 11.2 CC o, en cambio, los artículos 4.1, letra c, 11.1 y 11.5 del Reglamento Roma I.

La determinación de las normas de conflicto es crucial del resultado del litigio, ya que el art. 11.5 RRI nos lleva a aplicar la ley sueca a la forma de la donación, que considera válida la donación de bienes inmuebles en documento privado.

Sin embargo, se defiende por el recurrente en casación, de aplicarse el art. 9.2 CC y el art. 9.3CC, la donación debe estar sujeta a la legislación catalana, como la ley personal común a los cónyuges en el momento de contraer matrimonio. Esta ley, se alega en el recurso, es, además, la ley personal del donante (art. 10.7 CC) y la ley reguladora del contrato de donación y por extensión de la forma (art.

³ En el acuerdo suscrito entre los esposos el 1 de febrero de 2012, el marido, además se obliga a pagar la totalidad de los costes que quedan por satisfacer para la construcción de la finca de Ingarö, que ascendía a un total de 13.260.000 coronas suecas, así como al pago del 80% del coste de mantenimiento de la mencionada finca (entre ellos, las reparaciones y conservaciones necesarias) y del coste del asistente personal para el cuidado de la misma. En la Sentencia de Apelación se indica que el esposo ha incumplido las obligaciones derivadas de dicho contrato.

⁴ Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de 17 de junio de 2008, DO L 177, de 4 julio 2008.

11.2 CC). El resultado de aplicar la ley española llevaría a considerar la donación inválida por no cumplir el requisito de forma -escritura pública- exigida con carácter esencial por el art. 531-12.1 CCCat.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña desestima el recurso, en lo atinente a este motivo porque afirma el sometimiento de la donación al Reglamento Roma I y no al art. 9.3 CC.

III. Aplicación del Reglamento Roma I

9. La primera cuestión de Derecho Internacional Privado relevante que se plantea en el caso resuelto por la sentencia es la aplicación del Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable a una donación entre esposos. Se expone por parte del recurrente que la donación inmobiliaria litigiosa se realiza entre los cónyuges y que, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación material del Reglamento Roma I. Se alega que en el art. 1.2 RRI se excluyen las obligaciones que derivan de las relaciones familiares y las que derivan de los regímenes económicos matrimoniales.

10. Tratándose de una donación entre esposos debe analizarse, como así hizo el TSJ de Cataluña, la aplicación del Reglamento 2016/1103 (UE) relativo a los regímenes económico matrimoniales (en adelante RREM). Acertadamente, el TSJ Cataluña consideró que éste no es aplicable al caso por razones temporales, ya que dicho Reglamento regula la competencia judicial internacional en los litigios relativos a los regímenes económico-matrimoniales a las acciones planteadas con posterioridad al 29 de enero de 2019 (art 69.1 RREM) y, en cuanto a la ley aplicable, el Reglamento se aplica a los matrimonios celebrados con posterioridad al 29 de enero de 2019 (art. 69.3 RREM).

11. Ante la ausencia de una interpretación vinculante del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del Reglamento Roma I a las donaciones entre esposos, la doctrina ha propuesto varias soluciones:

Una parte de la doctrina ha abogado por una calificación *lege fori* con base en el considerando 8 de la exposición de motivos del Reglamento Roma I que indica que: “Las relaciones familiares deben abarcar parentesco, matrimonio, afinidad y familia colateral. La referencia en el artículo 1, apartado 2, a las relaciones con efectos análogos al matrimonio y otras relaciones familiares debe interpretarse de acuerdo con la legislación del Estado miembro en que se somete el asunto al tribunal”⁵.

En segundo lugar, se ha mantenido respecto del concepto de régimen económico matrimonial contenido en el art. 1.1 RREM que éste debe deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *Cavel c. Cavel*⁶. En los fundamentos jurídicos, este Tribunal establece que “la regulación provisional de las relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges, cuando se impone en un proceso de divorcio, está estrechamente vinculada a las causas de divorcio, a la situación personal de los cónyuges y de los hijos nacidos del matrimonio y es, por todo ello, inseparable de las cuestiones relativas al estado de las personas, suscitadas por la disolución del vínculo conyugal y por la liquidación del régimen matrimonial” y añade que debe incluirse dentro del concepto de regímenes matrimoniales “todas las relaciones patrimoniales que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución”.

En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la UE diferencia distintos litigios relativos a los bienes de los cónyuges en un proceso de divorcio, por un lado, los que están estrechamente vinculados a relaciones jurídicas patrimoniales entre cónyuges *que resultan directamente del vínculo conyugal o de su disolución* y, por otro, a relaciones jurídicas patrimoniales existentes entre ellos, pero sin relación con el matrimonio. El Tribunal incluye estos últimos litigios en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis. Por ello, sólo los primeros estarían fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis

⁵ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *CDT*, N° 1 (2009), pp. 112-130, concr. p.115.

⁶ El Tribunal de Justicia se pronuncia en este caso sobre la interpretación del art. 1 del párrafo segundo del entonces vigente Convenio de Bruselas de 1968 que contiene las exclusiones del ámbito de aplicación material de esta norma que regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en el ámbito civil y mercantil, hoy día sustituido por el Reglamento Bruselas I bis. STJCE de 27 de marzo de 1979, *De Cavel c. De Cavel*, asunto 143/78. I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen”, *Journal du Droit International. Clunet*, n° 2, 2017, pp. 485-514, concr. p.491.

actualmente vigente.

En tercer lugar, se ha afirmado que los contratos privados que crean obligaciones voluntarias para alguno de los esposos, por ejemplo, obligaciones de mantenimiento, están cubiertos por el Reglamento Roma I y, en cambio, estarían excluidas de esta norma las obligaciones de alimentos nacidas de la ley⁷. Este argumento, sin embargo, no aclara totalmente los concretos litigios a los que se aplicará el RREM, a pesar de incluir expresamente diversos aspectos patrimoniales de los regímenes económicos matrimoniales en su ámbito de aplicación.

Finalmente, respecto de las donaciones, en particular, se ha propuesto el siguiente procedimiento para determinar la ley aplicable a las donaciones excluidas del Reglamento Roma I por derivar de regímenes económico-matrimoniales⁸. Consideran ciertos autores que el tribunal competente debe aplicar las normas de conflicto incluidas en el RREM y si con arreglo a esa ley material la donación queda sujeta a las normas estatales del Derecho de Familia, dichas normas deben ser aplicadas y el litigio no debe someterse a las normas del Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable. En cambio, si conforme al Derecho estatal al que nos remite el RREM el acto de donación no está sujeto a las disposiciones del Derecho de Familia, entonces debe aplicarse el Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable.

12. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que el concepto de relaciones patrimoniales generadas entre los cónyuges por razón directa del matrimonio incluye tanto el régimen económico matrimonial primario (arts. 1318-1322CC o en los arts. 231-5 a 231-9 CCCat) como el régimen económico secundario, acordado por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales o el supletorio legal (1315 y 1316 CC y 231-10CCCat) y cualquier otro negocio realizado en consideración del matrimonio, que en derecho catalán son las adquisiciones onerosas mediando pacto, las donaciones por razón del matrimonio otorgadas fuera de las capitulaciones o los derechos de viudedad familiares (arts. 231-15 a 231-18, y 231-27 a 231-31 CCat).

Sin embargo, juzga el TSJ de Cataluña que no forman parte de los efectos patrimoniales *derivados estrictamente del matrimonio* otros negocios distintos -con causa onerosa o gratuita- en los que participen los cónyuges en el ejercicio de su libertad de contratación ya que estos no son negocios que resulten o deriven directamente del vínculo matrimonial (FD2º). Y alega que esta es la interpretación útil que deriva del informe explicativo de su precedente, el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ya que las donaciones pueden tener lugar en el ámbito familiar y producir sus efectos con independencia del régimen económico matrimonial⁹.

Justifica, asimismo, el TSJ Cataluña la aplicación del Reglamento Roma I en la no aplicación por razón del ámbito material del RREM en que éste no contempla todas las cuestiones relativas a las relaciones entre los cónyuges. Se basa en el Considerando 18 y en el art. 3.1 del RREM que acepta una definición autónoma y amplia del concepto de régimen económico matrimonial. Sin embargo, considera el TSJ de Cataluña que esta norma evidencia que el legislador europeo ha creído conveniente la regulación de los regímenes económicos matrimoniales, dejando fuera de su ámbito de aplicación, por un lado, la regulación de los aspectos estrictamente personales vinculados al matrimonio -que siguen estando sometidos a la norma de conflicto interna (art. 9.2 CC)-, y, por otro lado, *la materia relativa a los negocios patrimoniales que realizan los cónyuges ente ellos amparados por la libertad de contratación y que no son el resultado directo del matrimonio*, quedando estos últimos sometidos al Reglamento Roma I.

⁷ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Chapter I: Scope. Article 1", U. MAGNUS /P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Commentary Brussels I bis Regulation*, Vol. I, OttoSchmidt, Köln, 2016, pp. , concr. p. 71.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contratos internacionales II: contratos en particular", en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2018, p. 1067, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Apuntes sobre la competencia judicial internacional y la ley aplicable a las donaciones: antes y después del Reglamento Roma I", *CDT*, vol. 1, nº 2, 2009, pp. 320-327, concr. p.325 y P. JIMENEZ BLANCO, "El Derecho aplicable a las donaciones", *R.E.D.I.*, 1997, pp. 63-89, concr. pp. 74-77.

⁹ De este modo, reconoce el TSJ de Cataluña que las normas de Derecho Internacional Privado del título preliminar del CC que hacen referencia a las obligaciones contractuales, esto es, los arts. 10 y 11 CC tienen carácter residual desde la aplicación del RRI.

Esta solución evita los problemas que plantean las propuestas realizadas por la doctrina que resultan complejas, en sí mismas, pero además, cuando sean de aplicación completa el RREM y el REPUR ignoran el problema de la necesaria determinación previa de la aplicación del RREM o REPUR para la determinación de la competencia judicial internacional. Además, otras soluciones serían contrarias al mantenimiento de un concepto autónomo del concepto de régimen económico matrimonial del art. 3 RREM que, por otra parte, tendría como consecuencia abrir la posibilidad de una aplicación no uniforme de los RREM y REPUR y, por consiguiente, del Reglamento Roma I.

IV. Norma de conflicto aplicable a la donación entre esposos

13. Concluido el sometimiento de la donación litigiosa al Reglamento Roma I, como no consta -en el acuerdo de 1 de febrero de 2012 ni en el posterior complementario en el que se completa la donación- la inclusión de convenio para la elección de ley entre las partes (art. 3 RRI) debe acudir al art. 4.1, letra c RRI.

En el litigio se resuelve tanto la ley rectora de la donación como del resto de pactos incluidos en el acuerdo de 2012. Diferenciando, por tanto, la determinación de la ley aplicable a los distintos negocios jurídicos incluidos en el documento. Sigue así, la jurisprudencia del TS en la que se afirma que el régimen económico matrimonial no es automáticamente extensible a las donaciones efectuadas en el escrito de capitulaciones matrimoniales¹⁰.

En aplicación del art. 4.1, letra c RRI la donación se rige por la ley del lugar donde esté situado el bien inmueble -para los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario-.

En cambio, sorprendentemente, a pesar de que el TSJ de Cataluña menciona el art. 4.1, letra c RRI y así lo hace también la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, no mencionan la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la validez del resto de obligaciones del acuerdo de 1 de febrero de 2012.

En efecto, tanto la Audiencia de Barcelona como el TSJ de Cataluña, tras realizar una calificación *lege fori* del acuerdo, aplican el Código Civil de Cataluña y consideran válidos los otros pactos -relativos a las obligaciones de mantenimiento de la finca de donación- incluidos en el documento privado de 1 de febrero de 2012 por considerarlos pactos patrimoniales fuera de convenio (art. 233-5 CCCat). Como consecuencia no resulta aplicable la norma aplicable a los pactos otorgados en previsión de una ruptura matrimonial, para los cuales se exige escritura pública (art. 321-20 CCCat).

14. La ley sueca regula, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 RRI la interpretación de la donación, el cumplimiento de las obligaciones que genere, las consecuencias de un incumplimiento total o parcial de estas obligaciones, incluida la evaluación del daño en la medida en que la gobiernen normas jurídicas, los modos de extinción de las obligaciones, así como la prescripción y la caducidad basadas en la expiración de un plazo y las consecuencias de la nulidad del contrato.

En el apartado 2 del mismo artículo se indica que, en lo que se refiere a las modalidades del cumplimiento y a las medidas que se deben tomar en caso de cumplimiento defectuoso, se tendrá en cuenta la ley del país donde tenga lugar el cumplimiento. Como se ha indicado, ni la Audiencia Provincial ni el TSJ Cataluña abordan la ley aplicable al resto de obligaciones incluidas en los dos acuerdos de 2012 pero, resuelven sobre su validez aplicando la ley española, en concreto el Código Civil Catalán sin plantearse la aplicación de la ley sueca en virtud del art. 12.2 RRI. La aplicación del Código Civil Catalán le lleva tanto a la Audiencia Provincial que revoca la sentencia de primera instancia, como al TSJ de Cataluña, a considerar válidos los acuerdos por lo que condena al esposo al pago del 80% del coste de mantenimiento de la finca -en lo relativo a “las reparaciones y/o conservación necesarias”, así como al pago del coste del asistente personal para el cuidado de la finca.

¹⁰ El Tribunal Supremo considera que hay que probar el régimen jurídico establecido en la ley extranjera aplicable a la donación con independencia de que se haya probado las disposiciones relativas a las capitulaciones matrimoniales que la contienen, STS de 5 de junio de 2000 (RJ 2000, 5094).

V. Determinación de la ley aplicable a la forma de la donación

1. Norma de conflicto aplicable a la forma de la donación

15. En el ordenamiento jurídico español las donaciones de bienes inmuebles son actos jurídicos formales, actos sujetos a forma *ad validitatem*, porque el art. 633 CC exige que revistan una determinada forma solemne, en concreto, que se otorguen en escritura pública. Si dicha forma no se observa la donación del bien inmueble es inválida porque la forma en escritura pública es un requisito de su validez¹¹.

16. En el litigio que resuelve la STJ de Cataluña se discrepa sobre la ley aplicable a la forma de la donación de la finca sita en Suecia. La determinación de la ley aplicable a las solemnidades en el caso es determinante, porque la aplicación de la ley sueca supone que la donación de la finca sea válida mientras que la aplicación de la ley española (art. 633CC) conlleva su nulidad por motivos de forma.

El motivo de recurso es el incumplimiento de lo establecido en el art. 11CC. Esta norma constituye, dentro de nuestras normas de origen interno, el régimen general para determinar la ley aplicable a la validez formal de los actos y los negocios jurídicos internacionales. En su apartado primero, esta norma determina la ley aplicable “a las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos”. Pero la doctrina ya ha destacado su desplazamiento por las diversas normas especiales de origen interno para ciertos actos jurídicos, como el matrimonio o la adopción, o, como nos interesa en este caso, por las normas de origen convencional o europeo, como el propio Reglamento Roma I¹². La doctrina ha considerado que la existencia de esta normativa relega al art. 11CC a la condición de regla residual¹³.

17. Esta norma establece tres conexiones que operan de manera alternativa con el fin de conseguir la validez del acto. De modo que, en su virtud, una donación será válida si lo es conforme a la ley del país de otorgamiento, la ley reguladora del fondo o la ley personal del donante. Además, este art. 11.1 in fine, contiene una regla especial que se añade a las anteriores para *los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen* para considerarlos válidos si respetan los requisitos de la ley del lugar de situación.

La doctrina ha destacado la justificación de este último criterio especial por la razonable necesidad del Estado de controlar estas transmisiones de bienes inmuebles y la necesaria imposición de rígidas exigencias formales. Estas exigencias formales y de publicidad pueden perseguir también la protección del adquirente y de los terceros de buena fe. Sin embargo, esta norma debe aplicarse también en los casos en los que las exigencias formales de la ley del lugar de situación del bien inmueble sean más laxas que las españolas, como ocurre en el caso analizado.

No obstante, esta regla es una conexión suplementaria a las tres generales, de manera que si la donación se ajusta a la forma prevista en la Ley rectora del fondo, o en la Ley del lugar de otorgamiento o en la Ley del donante debe considerarse válida sin que sea necesario el respeto de la forma prevista a la Ley del país donde radica el inmueble objeto de la donación en el caso de que impusiera una forma *ad validitatem*¹⁴.

18. En el caso que nos ocupa, el sometimiento de la forma de la donación entre los esposos a la Ley sueca no lo es por intervención del art. 11 CC sino en virtud de la aplicación del art. 11 RRI.

¹¹ Sobre un estudio de las finalidades de la exigencia de las formas en Derecho comparado, véase, M. REQUEJO ISIDRO, *El alcance del Estatuto formal en DIPr. Estudio de Derecho comparado y español*, 1996, tesis doctoral dirigida en la Universidad de Santiago de Compostela, pp. 35 y ss.

¹² M. GUZMÁN ZAPATER, Eficacia Probatoria y registral de documentos públicos. La forma de los actos”, en (DIR), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 185.

¹³ *Ibidem* y A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, en, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2017, p. 11.

¹⁴ Esta conexión hace coincidir la ley que rige la forma con la ley que rige el Derecho real. *Ibidem*, p. 25. Más dudosa es la necesidad de forma solemne para la donación de bien mueble. M. REQUEJO ISIDRO, *El alcance del Estatuto formal en DIPr. Estudio de Derecho comparado y español*, 1996, tesis doctoral dirigida en la Universidad de Santiago de Compostela, p. 40.

En aplicación de esta norma, que entiende correctamente aplicables el TSJ de Cataluña, considera aplicable la ley sueca a la validez formal de la donación. El TSJ de Cataluña aplica el art. 11, apartado 1º RRI relativo a la validez formal del contrato entre presentes y al art. 11 apartado 5º RRI relativo a los contratos que tienen por objeto un derecho real sobre bienes inmuebles.

La primera disposición somete la validez formal de una donación a la ley que lo rija en cuanto al fondo o a la ley del lugar de otorgamiento.

La segunda establece que: “No obstante lo dispuesto en los apartados 1 a 4, todo contrato que tenga por objeto un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble estará sometido, en cuanto a la forma, a las normas de la ley del país en que el inmueble esté sito, siempre y cuando, en virtud de dicha ley: a) la aplicación de dichas normas sea independiente del país donde se celebre el contrato y de la ley que rija el contrato, y b) dichas normas no puedan excluirse mediante acuerdo.”¹⁵.

De modo que, argumenta correctamente el TSJ de Cataluña, por un lado, la donación es formalmente válida porque todos los intervinientes en la donación se encontraban en un mismo país (España) en el momento de la perfección, de forma que el contrato es válido porque reunía los requisitos de forma de la ley que rige el fondo en virtud de la ley a la que nos remite el Reglamento Roma I -la ley sueca por mandato del art. 4.1, letra c. Por otro lado, indica el TSJ Cataluña que tratándose de un contrato que tiene por objetivo un derecho real sobre un bien inmueble prevalece la regla especial según la cual, en cuanto a la forma, rigen las normas de la ley del país en que se halla el inmueble siempre que, en virtud de esta ley, la aplicación de las normas sea independiente del país de celebración del contrato y de la ley que lo rige y estas normas no sean disponibles mediante pacto entre las partes. No se realiza el examen de estas últimas circunstancias en la sentencia, sino que se argumenta, únicamente, que para el Derecho sueco la forma de la donación es válida ya que ha accedido al Registro de la Propiedad de dicho país.

19. Dado que el recurrente en casación alega la aplicación del art. 11CC para determinar la ley aplicable a la forma de la donación, la sentencia se pronuncia sobre su posible aplicación al caso. La sentencia indica que la regulación específica del Reglamento Roma I, en todo aquello que hace referencia a la validez formal de los contratos sometidos al mismo, excluye la norma de conflicto interna que regula esta materia, esto es el art. 11 CC¹⁶. Por lo que, concluye el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que la forma de la donación litigiosa no debe quedar sometida a lo dispuesto en el art. 11.2 CC. Esta norma indica que: “Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.”

Pero el TSJ de Cataluña considera acertadamente que la imperatividad del art. 11.2CC decae por la aplicación preferente del art. 11 RRI y esta norma no anuda de manera inseparable la validez formal del contrato a la ley aplicable al fondo, sino que, reconoce la facultad de elección de las partes, de manera que reconoce que las partes pueden elegir la ley aplicable a sus acuerdos –ex. art.3-, imponiendo únicamente las condiciones formales de la *lex rei sitae* en determinadas circunstancias para los negocios relativos a un derecho real sobre un bien inmueble o el arrendamiento de un bien inmueble (art. 11.5RRI).

Dado que el inmueble objeto de la donación está situado en Suecia no procede plantearse la aplicación del Derecho español en aplicación del art. 11.5RRI.

20. Admitida la aplicación de la ley sueca a la forma de esta donación, sus disposiciones determinarán no sólo la validez formal del acto, esto es la forma concreta que debe revestir la donación del bien inmueble sino también, las reglas relativas a los modos de subsanar la carencia de una forma particular, así como las consecuencias jurídicas de no haber observado la solemnidad requerida, en caso de que se hubieran planteado.

¹⁵ Considera, en aplicación de esta norma, inválida una donación relativa a un bien inmueble sito en España otorgada en el extranjero, sin respetar la forma de escritura pública. SAP de Las Palmas de 15 enero 2013, secc. 4ª.

¹⁶ Para un análisis de conjunto del art. 11CC véase, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Artículo 10», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO (DIR.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 250-328.

2. La aplicación de las leyes de policía del foro

21. La sentencia comentada también se pronuncia sobre la aplicación del apartado segundo del art. 11CC como Ley de policía del foro (art. 9RRI). En efecto, recordemos que el art. 11CC con tiene un párrafo segundo que ordena la aplicación de la ley aplicable al contenido de los contratos si ésta exigiere una determinada solemnidad, incluso en el caso de que los actos se hubieran otorgado en el extranjero.

La aplicación a una donación de las normas del foro como Leyes de Policía está prevista en el art. 9.2 RRI que establece que las normas del Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro y define éstas como aquéllas *cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato.*

La doctrina ha señalado que el apartado segundo del art. 11CC pretende regular los supuestos en los que la forma es una condición de validez del acto o negocio jurídico, como así ocurre en nuestro ordenamiento con el requisito del otorgamiento en escritura pública para las donaciones de bienes inmuebles (art. 633CC).

La doctrina internacionalprivatista ha discrepado sobre la interpretación que debe darse a este segundo párrafo¹⁷. Para algunos se trata de una excepción al párrafo primero que debe interpretarse en el sentido de que si la ley rectora del fondo exige una forma determinada para la validez del acto esta debe ser respetada, sin que sea posible acudir alternativamente a las otras dos conexiones de la norma¹⁸.

Sin embargo, otros autores interpretan el conjunto del art. 11 CC en el sentido de que ambos apartados regulan las condiciones de validez del acto, pero el párrafo primero se aplicaría sólo a los supuestos en los que los requisitos formales son imperativos únicamente para los casos internos, esto es cuando se aplique la ley española al fondo del acto. Finalmente, una tercera postura, aboga por la aplicación del párrafo segundo cuando las solemnidades requeridas por la ley rectora del fondo exige su cumplimiento incluso a los supuestos en los que el acto está regulado por una ley extranjera (es decir, se trata de una norma internacionalmente imperativa)¹⁹. Y sólo para los casos en los que la ley rectora del fondo de la donación sanciona el incumplimiento de la forma en escritura pública con la nulidad²⁰.

Pero esta norma no se aplica para determinar la Ley aplicable a la forma de los actos que el Derecho español considera solemnes, sino a los que considera así la Ley que regula el fondo, en este caso de la donación. Análisis que no se ha hecho explícitamente en la argumentación de la sentencia respecto de la donación ya que, como se ha indicado, la sentencia menciona el art. 4.1, letra c RRI, en virtud del cual debemos aplicar la ley sueca a la donación, por ser Suecia el lugar donde de situación del bien inmueble objeto de la donación.

El TSJ Cataluña considera que la aplicación de la regla del art. 11.2 CC no se fundamenta en la excepción prevista en el art. 9.2 RRI según la cual sus disposiciones no restringirán la aplicación de las leyes de policía del foro.

Como ya se ha indicado, a juicio de TSJ Cataluña la imperatividad del art. 11.2 CC decae por la aplicación preferente de Roma I, cuyo art. 11 permite que las partes elijan la ley aplicable respecto de la forma del negocio y sólo impone bajo determinadas condiciones la regla de la *lex rei sitae* cuando se trata de negocios sobre bienes inmuebles. (FD 2).

¹⁷ F.J GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 11”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (DIR), Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp: 328-333, conctr. p. 331.

¹⁸ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Forma de los actos jurídicos”, op. cit., p. 28. M. GUZMÁN ZAPATER, Eficacia Probatoria y registral de documentos públicos. La forma de los actos”, en M. GUZMÁN ZAPATER (DIR), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2019, p. 187.

¹⁹ M. REQUEJO ISIDRO, *El alcance del Estatuto formal en DIPr: Estudio de Derecho comparado y español*, 1996, tesis doctoral dirigida en la Universidad de Santiago de Compostela, pp. 655 y ss. Y M. REQUEJO ISIDRO, “La forma de los actos y el artículo 11 del Código civil: sobre su alcance e interpretación”, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 2, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 1863-1876, conctr. p. 1872.

²⁰ Sobre los casos cubiertos por el art. 11.2 CC véase F.J GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Art. 11”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (DIR), Comentarios al Código Civil, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp: 328-333.

Pero el TSJ de Cataluña deja inacabado el argumento y no se pronuncia explícitamente sobre la exigencia de la forma en escritura pública de las transmisiones de propiedad de bienes inmuebles como ley de policía española²¹. El Código Civil exige la forma de la escritura pública para las donaciones que tienen por objeto un bien inmueble, y se trata de un requisito *ad solemnitatem*, por lo que en aplicación del art. 633CC la donación no sería válida. No obstante, no parece que esta exigencia formal *ad validitatem* para la transmisión de un bien inmueble sito en el extranjero sea esencial para la salvaguardia de un interés público español. Tanto más cuanto que el bien inmueble está situado en otro país y que, conforme a la ley de ese país la transmisión mediante donación en documento privado es perfectamente válida.

VI. A modo de recapitulación

22. En el litigio que resuelve esta sentencia no se trata los pactos entre los esposos suscritos en 2012 como acuerdos con elemento extranjero respecto de los cuales hay que determinar la ley estatal aplicable para determinar su validez. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña realiza una calificación *lege fori* de los pactos matrimoniales que son objeto del litigio para calificarlos como pactos fuera de convenio, en aplicación del Código Civil de Cataluña y, por tanto, para considerarlos válidos a pesar de contenerse en documento privado.

El Tribunal resuelve la controversia relativa a las obligaciones asumidas por parte del marido en el mismo documento aplicando el Código Civil Catalán sin plantearse la ley aplicable a dichas obligaciones, a pesar de que se refieren al pago del mantenimiento de una finca sita en el extranjero y del pago del coste del personal al cuidado de la misma.

23. Dado que en el litigio se impugna, en segundo lugar, la donación -contenida en los mismos acuerdos de 2012- que tiene por objeto un bien inmueble situado en Suecia, se resuelve sobre la ley aplicable a la forma de la donación en aplicación del Reglamento Roma I, a pesar de tratarse de una donación entre esposos. Se interpreta, por tanto, de manera estricta la excepción prevista en el art. 1.2, letra b RRI de las obligaciones derivadas del Derecho de Familia de su ámbito de aplicación.

24. El TSJ de Cataluña aplica a la donación entre esposos el RRI por entender que la donación *nace de la voluntad de las partes y que no resulta directamente del matrimonio*. Por ello considera que no es de aplicación el art. 9.2 CC -cuando se cumplan las condiciones temporales la norma de conflicto será el RREM- para decidir la ley reguladora del negocio entre los esposos.

El TSJ interpreta por tanto la excepción del art. 1.2 RRI en coherencia con el ámbito de aplicación del RREM -régimen económico-matrimonial- que resulta de la jurisprudencia europea *De Cavel* para decidir si la donación deriva directamente del matrimonio o resulta de la libertad de contratación de los cónyuges. En el primer caso, la norma de conflicto aplicable será la prevista para las relaciones económico-matrimoniales (art. 9.3CC y RREM) y, en el segundo caso, el RRI.

25. Se aplica correctamente la ley sueca a la forma de la donación, en virtud del art. 11RRI y no se admite la aplicación del apartado 2 del art. 11CC como Ley de policía porque -ex. art. 9.2 RRI- se considera que la aplicación del Reglamento Roma I impide la aplicación de todo el art. 11CC, tanto del apartado primero como del segundo.

²¹ SAP de Las Palmas de 15 enero 2013, secc. 4ª.