

APUNTES SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y LA LEY APLICABLE A LAS DONACIONES: ANTES Y DESPUÉS DEL REGLAMENTO ROMA I

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Murcia

Recibido: 11.05.2009 / Aceptado: 27.05.2009

Resumen: El presente trabajo explora las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional y a la Ley aplicable a las donaciones. Cuestiones que han suscitado en la doctrina y en la jurisprudencia un debate teórico interesante en torno a los límites de la autonomía de la voluntad conflictual en relación con el ámbito material del Reglamento Roma I y del Reglamento 44/2001. Los problemas calificadorios que suscitan las donaciones aconsejaron en el pasado la formulación de normas específicas para determinar la Ley aplicable a las donaciones. El presente estudio aborda el régimen jurídico de las donaciones internacionales en el Reglamento Roma I, lo que resulta interesante visto que dicho instrumento legal no contiene normas específicas de conflicto de Leyes al respecto. Por otra parte, el presente trabajo expone un cuadro de soluciones relativas a la Ley aplicable a las donaciones que se enmarcan en el ámbito del Derecho de Familia.

Palabras clave: donaciones, normas de conflicto, Ley aplicable, comunitarización del Derecho internacional privado, *Lex Fori*, Ley nacional, autonomía de la voluntad conflictual residencia habitual.

Abstract: The present article explores the questions relative to judicial international jurisdiction and applicable Law to donations and gifts. In particular, donations have provoked an interesting theoretical debate concerning the limits of party autonomy to designate the applicable Law in international cases. In addition to that, donations have always created doubts about the material scope of application of the Rome I and Brussels I Regulations. Qualification is another classic problem regarding donations. Donations can be considered as “contracts” or “unilateral acts”. The present study deals with the legal treatment of the international donations in Rome I and Brussels I Regulations taking into account that these legal instruments have no specific rule on donations. On the other hand, the present work shows a wide array of potential solutions with regard to the Law applicable to the donations that take place in the area of Family Law.

Key words: Donations, gifts, Conflict-Of-Laws rules, Private international Law of the European Community, *Lex Fori*, national Law, habitual residence, party autonomy, contracts.

Sumario: I. Donaciones. Competencia judicial internacional. II. Ley aplicable a las donaciones. Situación anterior al Convenio de Roma y al Reglamento Roma I. El art. 10.7 CC. III. Ley aplicable a las donaciones. Donaciones sujetas al Reglamento Roma I. IV. Ley aplicable a las donaciones. Puntos de conexión y Reglamento Roma I. V. Ley aplicable a las donaciones. Las donaciones residuales. VI. Ámbito de la Ley aplicable a la donación.

I. Donaciones. Competencia judicial internacional.

1. Competencia judicial internacional. La determinación de la competencia de los tribunales estatales para resolver cuestiones atinentes a las donaciones “internacionales” suscita diversas reflexiones¹.

1º) Cuando las donaciones generan obligaciones contractuales o no contractuales, la competencia judicial internacional se rige por el Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil² y Convenios de Bruselas (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones

¹ Algunas referencias tangenciales sobre la cuestión de la competencia judicial internacional en materia de donaciones pueden hallarse dispersas en los Informes oficiales que acompañan al Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968. *Vid.* Informe de la versión original del Convenio por P. JENARD (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 122-180), Informe sobre el primer Convenio de adhesión, de P. SCHLOSSER (DOCE C 189, 28 julio 1990, pp. 184-256), Informe sobre el segundo Convenio de adhesión, de D. EYRIGENIS / K. KERAMEUS (DOCE C 189 de 28 julio 1990, pp. 257-284), Informe sobre el tercer Convenio de adhesión, de D.M. DE ALMEIDA CRUZ / M. DESANTES REAL, y P. JENARD (DOCE C/189 28 julio 1990, pp. 35-56). En relación al Protocolo relativo a la interpretación por el TJCE del Convenio de Bruselas, *vid.* el informe oficial de P. JENARD, DOCE C189, 28 julio 1990, pp. 180-184. Las contribuciones doctrinales sobre el actual Reglamento 44/2001 son incontables. En la mayor parte de ellas pueden también encontrarse ciertas referencias a la competencia judicial internacional en materia de donaciones, con mayor o menor profundidad y detalle. *Vid.* AA.VV., *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de seminarios Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10ª ed., Comares, Granada, 2009 (en prensa); J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Donaciones” en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Comares, Granada, 2009 (en prensa); J.P. BERAUDO, “Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI Clunet*, 2001, pp. 1033-1084; P. BERTOLI, “La disciplina della giurisdizione civile nel Regolamento comunitario 44/2001”, *RDIPP*, 2002, pp. 625-658; C. BRUNEAU, “Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale”, *JCP*, 2001-I, pp. 304 ss.; ID., “La reconnaissance et l’exécution des décisions rendues dans l’Union européenne”, *JCP*, 2001-I, pp. 314 ss.; G. CAMPEIS / A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano: i regolamenti UE sulla giurisdizione, le notifiche, le rogatorie, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni e dei titoli esecutivi europei*, Padova, Cedam, 2005; H. CROZE, “Règlement CE n.44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Procédures*, avril 2001, pp. 7 ss.; G.A.L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, “La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCDIP*, 2001, pp. 601-652; B. DUTOIT, *Guide pratique de la compétence des tribunaux et de l’exécution des jugements en Europe. Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Le Règlement “Bruxelles I”*, 2007; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n.44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 3ª ed., Paris, 2002; R. GEIMER / E. GEIMER / G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5ª ed., Köln, O. Schmidt, 2005; R. GEIMER / R.A. SCHÜTZE / E. GEIMER, *Europäisches Zivilverfahrensrecht. Kommentar zur EuGVVO, EuEheVO, Eu-ZustellungsVO, zum Lugano-Übereinkommen und zum nationalen Kompetenz- und Anerkennungsrecht*, 2ª ed., München, Beck, 2004; P. GEORGANTI, *Die Zukunft des ordre public-Vorbehalts im europäischen Zivilprozessrecht*, München, Utz, 2006; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE)*, Paris, Jupiter, 1986, (versión en castellano: Ed.La Ley, 1986), muy útil todavía aunque se refiere al viejo Convenio de Bruselas de 1968; B. HESS / T. PFEIFFER / P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation. Its Applications and Scope*, 2008; J. JUNGGERMANN, *Die Drittwirkung internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen nach EuGVÜ, EuGVO und LugÜ*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht : Kommentar zu EuGVO, Lugano-Übereinkommen und Europäischem Vollstreckungstitel*, 8ª ed., Frankfurt am Main, Verl. Recht und Wirtschaft, 2005; D. LOCHOUARN, “Le Règlement CE n.44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile”, *Droit et procédures*, novembre 2001, pp. 362 ss.; P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, Julio 2007; A. MARMISSE, *La libre circulation des décisions de justice en Europe*, 2000, Pulim; P.G. MAYR / D. CZERNICH, *Europäisches Zivilprozessrecht: eine Einführung*, Wien, WUV, 2006; A. MOURRE, “La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile”, *RDAL*, 2001-6, pp. 700-792; A. NIEROBA, *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO (Verordnung (EG) Nr. 44/2001) an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; TH. RAUSCHER (HRG), *Europäisches Zivilprozessrecht*, München, Sellier, 2004; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento CE N.44/2001*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2003.

² DOCE L 12 de 16 enero 2001.

³ DOCE núm.C 189/3 de 28 de julio de 1990 (versión codificada) y BOE núm.24 de 28 de enero de 1991, corr.err. BOE 30 de abril de 1991, versión modificada por el Convenio de Bruselas de 29 noviembre 1996 en BOE núm. 77 de 31 marzo 1999 y versión consolidada en DOCE C 27 de 26 enero 1998.

judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 septiembre 1968³) y Lugano (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 septiembre 1988)⁴ o Convenio de Lugano II⁵, según los casos.

2º) El concepto de “*donación que afecta a una sucesión o a un régimen matrimonial*” es un concepto autónomo propio del Reglamento 44/2001. Se debe definir con independencia de lo que por tal concepto entiendan los Derechos de los Estados miembros. Estas donaciones están excluidas del Reglamento 44/2001 y la competencia judicial internacional para conocer de los litigios que pudieran originar no se determina con arreglo a dicho Reglamento, sino con arreglo al art. 22 LOPJ.

3º) Si la donación suscita obligaciones contractuales, el art. 5.1 R. 44/2001 otorgará competencia a los tribunales del lugar donde debe entregarse el objeto de la donación contractual, pues la entrega de la cosa es, normalmente, la única obligación que surge y la única prestación a realizar.

4º) Si la donación suscita obligaciones no contractuales, como son aquéllas que no exigen aceptación por parte del donatario, el art. 5.3 R. 44/2001 otorga competencia a los tribunales del país donde se formalizó la donación (criterio causal), y a los tribunales del país donde debió entregarse el objeto de la misma (criterio del resultado), a elección del demandante⁶.

5º) En los supuestos no cubiertos por el Reglamento 44/2001, se aplica el art. 22 LOPJ. Según el tipo de donación, -contractual, *propter nuptias*, sucesoria, etc.-, serán aplicables los distintos foros especiales contenidos en el art. 22.3 LOPJ.

II. Ley aplicable a las donaciones. Situación anterior al Convenio de Roma y al Reglamento Roma I. El art. 10.7 CC.

2. Antes de la entrada en vigor para España del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980⁷, y del Reglamento Roma I (Reglamento (CE) N°

⁴ BOE núm.251 de 20 octubre 1994 y corr.err. BOE núm.8 de 10 enero 1995.

⁵ Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 octubre 2007 [Convenio de Lugano II] en DOUE L 339 de 21 diciembre 2007.

⁶ En torno al clásico dilema de la determinación del tribunal internacionalmente competente en relación con los ilícitos a distancia *vid.* las obras citadas en nota [1] y *adde*: P. BLANCO MORALES LIMONES, “Art. 5.3” y “Art. 5.4”, en A.-L. CALVO CARAVACA (EDIT.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, pp. 120-138; ID., “Mass media y Convenio de Bruselas, ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?”, *GJCE y de la Competencia*, 1995, núm. 107, pp. 5-15; M. CALLORI, “Giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale, l’art 5 n.3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la questione della localizzazione del *forum damni*”, *RDIPP*, 1997, pp. 601-656; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, 1999; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 2004, pp. 15-38; K. HERTZ, *Jurisdiction in Tort and Contract under the Brussels Convention*, Copenhagen, 1998; G. PALAO MORENO, “Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet”, en J. PLAZA PENADÉS (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 275-297; A. SARAVALLE, “*Forum damni*” o “*Fora damni*”, *Il Foro Italiano*, 1995.4, pp. 331-340; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Madrid, Colex, 2001; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de la intimidad y tratamiento automatizado de datos de carácter personal en DIPr”, *REDI*, 1992, 2, pp. 417-442; ID., “Régimen jurídico del flujo internacional de datos informáticos de carácter personal”, *RGD*, 1992, 9527-9548; ID., “La Directiva 95/46/CE, Entre la protección de la intimidad y la libre transferencia internacional de datos personales automatizados”, *Economist & Jurist*, enero / febrero 1997, pp. 30-35; ID., “Circulación internacional de datos personales informatizados y la Directiva 95/46/CE”, *Actualidad Civil*, núm.23, 2-8 junio 1997, pp. 509-539; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, Editorial Comares, Granada, 2008, esp. pp. 22-29.

⁷ Versión consolidada en DOUE C 334 de 30 diciembre 2005; BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993. *Vid.* también Instrumento de ratificación del Convenio relativo a la adhesión de la República Checa, de la República de Estonia, de la República de Chipre, de la República de Letonia, de la República de Lituania, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Polonia, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, así como a los Protocolos Primero y Segundo relativos a su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (BOE núm. 193 de 13 agosto 2007).

593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)⁸, la cuestión de la Ley aplicable a las donaciones “internacionales”, que siempre había planteado agudos problemas calificadorios⁹, fue resuelta con inmejorable criterio por el legislador. El legislador que redactó el texto articulado del Título Preliminar del Código civil¹⁰ calificaba la donación como un acto jurídico distinto a los contratos, pues éstos estaban sujetos a la Ley designada por el art. 10.5 CC¹¹, mientras que las donaciones estaban sujetas a la Ley designada por el art. 10.7 CC¹². Por tanto, ninguna confusión era posible y puede decirse, sin temor a equivocarse, que para el legislador español de 1974 y a efectos del Derecho internacional privado, las donaciones no eran un simple y mero contrato, sino un “modo de adquirir el dominio” o un “contrato que producía la transmisión de la propiedad”, lo que exigía formular una norma de conflicto específica relativa a las donaciones, como explica la doctrina¹³. Los problemas de calificación estaban resueltos con extraordinaria claridad jurídica por el legislador español de 1974, que anduvo muy fino en relación con esta espinosa cuestión.

III. Ley aplicable a las donaciones. Donaciones sujetas al Reglamento Roma I.

3. En la actualidad, el Reglamento Roma I señala la Ley aplicable a las donaciones siempre que se cumplan, cumulativamente, estos dos requisitos: 1º) Que se trate de donaciones que generan “obligaciones contractuales”; 2º) Que se trate de donaciones no reguladas por el Derecho de Familia.

4. a) *Donaciones contractuales*. Son donaciones reguladas por el Reglamento Roma I las que generan obligaciones contractuales, esto es, las que nacen de un contrato¹⁴. Varios datos deben precisarse.

⁸ DOUE L 177 de 4 julio 2008.

⁹ G.C. VENTURINI, “Donazione”, *EdD*, 1964, vol. XIII, pp. 992-996; A. PONSARD, “Disposition a titre gratuit”, *E. Dalloz DI*, vol. I, 1968, pp. 617-619; ID., “Donation”, *E. Dalloz DI*, vol. I, 1968, pp. 650-653.

¹⁰ *Vid.* Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, en BOE núm. 163 de 9 julio 1974.

¹¹ Art. 10.5 CC: “Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate; en su defecto, la ley nacional común a las partes; a falta de ella, la de la residencia habitual común, y, en último término, la ley del lugar de celebración del contrato.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitos, y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles, la ley del lugar en que éstos radiquen”.

¹² Art. 10.7 CC: “Las donaciones se regirán, en todo caso, por la ley nacional del donante”.

¹³ *Vid.* M.A. AMORES CONRADI, “Art. 10.7 CC”, *Com.Cc. Min. Justicia*, 1991, p. 124; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Art. 10.7 CC”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 704-710; A. REMIRO BROTONS, “Art. 10.7 Cc.”, *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, pp. 337-346; P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997, pp. 63-90; A. MARIN LOPEZ, “Art. 10.7 CC”, *CRef.Cc.*, 1977, pp. 535-540. Para la situación anterior a 1974, en la que se carecía de norma de conflicto relativa a las donaciones, *vid.* A. MARIN LOPEZ, “Las donaciones en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1953, pp. 568-570.

¹⁴ Aunque el Reglamento Roma I ya ha generado una literatura muy abundante, ésta se ha detenido con escasa frecuencia y profundidad en el tema de la Ley aplicable a las donaciones. *Vid.* J. BASEDOW / W. WURMNEST (Coord.), “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)”, *RabelsZ*, 2007, pp. 225-344; T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, 2009, Vol. 1, N° 1, pp. 5-18; P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di Giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento ‘Roma I’”, *RDIPP*, 2006, pp. 999-1020; P. BERTOLI, “Il ruolo della Corte di giustizia e l’interpretazione del futuro regolamento «Roma I»”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 9-28; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario”, Doc COM (2005) 650 final de 15 diciembre 2005; F. FERRARI / S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena 2007; P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006; S. FRANCO, “Le Règlement ‘Rome I’ sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 40-69; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, Sección Doctrina, 30 Mayo 2008, versión *on line*; GROUPE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ / EUROPEAN GROUP FOR PRIVATE INTERNATIONAL LAW, “Réponse au Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation”, Treizième réunion, Vienne, 19-21 septembre 2003; H. KENFACK, “Le Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (“Rome I”), navire stable aux instruments efficaces de navigation?”, *JDI Clunet*, 2009, pp. 2-39; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, “The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189 (texto similar, aunque no idéntico, en U. MAGNUS / P.

1º) *Donación y obligaciones contractuales*. El concepto de “obligaciones contractuales” y de “contrato” es propio del Reglamento Roma I. es preciso, por lo tanto, precisar qué donaciones suscitan obligaciones contractuales y cuáles no las generan. El problema es agudo y varias tesis se han vertido: (a) *Tesis del art. 12 Reg. Roma I*. Algunos autores han indicado que podría acudir al art. 12 Reg. Roma I y a la Ley del “contrato hipotético” (P. JIMÉNEZ BLANCO)¹⁵. Pero esta postura no parece compartible. Dicha Ley sólo debe consultarse a efectos de precisar si el contrato se ha formado o no, es decir para decidir en torno a la “existencia del contrato”, y no para precisar qué se entiende por “obligaciones contractuales” y, en este caso, por “donación contractual”. Además, el art. 12 Reg. Roma I sólo puede aplicarse si, previamente, se ha acreditado que el supuesto genera obligaciones contractuales. No es aplicable si la cuestión a resolver consiste en saber si las obligaciones en cuestión son “contractuales” o no lo son; (b) *Tesis del concepto autónomo de contrato*. A efectos del Reglamento Roma I, existe “contrato” cuando concurre una “vinculación jurídica voluntaria entre las partes”. Este concepto encaja con el que mantiene el Reglamento 44/2001 (Cons. 7 Reg. Roma I)¹⁶. Y permite resolver el problema de la calificación de la donación como “contractual” o como “extracontractual”, a través del “criterio de la aceptación”. En efecto, toda donación en la que el donatario emite su aceptación a la donación, deben ser consideradas como un “acuerdo libre de voluntades”. Por tanto, tales donaciones generan obligaciones “contractuales” a efectos del Reglamento Roma I. El hecho de que las donaciones hagan surgir obligaciones para una sola de las partes no excluye el carácter “contractual” de la donación. En el caso de que la donación no haya sido aceptada por el donatario, la obligación nace de la voluntad de una sola de las partes, de modo que tendrá carácter extracontractual, y el Reglamento Roma I no será aplicable. Se regirá por la Ley designada por el Reglamento Roma II¹⁷.

MANKOWSKI, “Joint Response to the Green Paper on the Conversion of the Rome Convention of 1980 on the Law Applicable to Contractual Obligations into a Community Instrument and its Modernisation COM (2002) 654 final”; F. MARONGIU BUONAIUTI, “Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 141-156; U. HÜBNER, “Das Kollisionsrecht nach Rom I – ein Sonderweg für Versicherungsverträge”, *EuZW*, 2006, pp. 449-450; M. FRICKE, “Das Versicherungs-IPR im Entwurf der Rom-I-Verordnung, ein kurzer Überblick über die Änderungen”, *VersR*, 2006, pp. 745-751; H. HEISS, “Das Kollisionsrecht der Versicherungsverträge nach Rom I und II”, *VersR*, 2006, pp. 185-188; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349; P. LAGARDE / A. TENENBAUM, “De la convention de Rome au règlement Rome I”, *RCDIP*, 2008, pp. 727-780; S. LEIBLE, “La propuesta para un reglamento ‘Roma I’”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 541-568; O. LOPES PEGNA, “Il rilievo del collegamento più stretto dalla convenzione di Roma alla proposta di regolamento Roma I”, *Rivista di Diritto internazionale*, 2006, núm.3, pp. 756-782; F. MARRELLA, “Prime note circa la scelta del diritto applicabile alle obbligazioni contrattuali nella proposta di regolamento «Roma I», en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 28-40; MAX PLANCK-INSTITUT FÜR AUSLÄNDISCHES UND INTERNATIONALES PRIVATRECHT, “Comments on the European Commission’s Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization”, *RabelsZ*, 2004-I, pp. 1-118 y en www.mpidipr.de; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)”, 2006, www.mpidipr.de; P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725; S. POILLOT-PERUZETTO, “Le règlement Rome I du 17 juin 2007 sur la loi applicable aux obligations contractuelles”, *Répertoire Dalloz de Droit communautaire, Cahiers de l’actualité*, 2008-5, pp. 3-11; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Ley aplicable a los contratos internacionales en la Propuesta de Reglamento “Roma I” de 15.12.2005”, *Indret* (www.indret.com); L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8; 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*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130; F. SALERNO, “Le conseguenze della proposta di regolamento “Roma I” sulla legge italiana di diritto internazionale privato”, en G. CARELLA (Ed.), *Il nuovo diritto europeo dei contratti, dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I”*, Milano, 2007, pp. 179-195; R. WAGNER, “Der Grundsatz der Rechtswahl und des mangels Rechtswahl anwendbarer Recht (Rom I-Verordnung)? Ein Bericht über die Entstehungsgeschichte und den Inhalt der Artikel 3 und 4 Rom I-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 377-386.

¹⁵ P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997-I, pp. 63-90.

¹⁶ Cons. 7 Reg. Roma I: “El ámbito de aplicación material y las disposiciones del presente Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento (CE) n. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I), y el Reglamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)”.

¹⁷ Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), texto en DOUE L 199/40 de 31 julio 2007.

2º) *Superación de las divergencias sobre la naturaleza jurídica de la donación*. El “criterio de la aceptación” que sigue el Reglamento Roma I permite superar el muy espinoso tema de la “naturaleza jurídica” de las donaciones. Como es sabido, la naturaleza jurídica de la donación es distinta de un Derecho estatal a otro. Y aún dentro de un Derecho estatal, la cuestión dista mucho de ser clara. Así, por ejemplo, en Derecho español, la donación se ha configurado por doctrina y jurisprudencia de tres diversas maneras: como un “modo de adquirir el dominio”, como un mero “contrato”, o como un “contrato que constituye, al mismo tiempo, un modo de adquirir la propiedad” y la cuestión sigue sin ser pacífica más de cien años después de vigencia del Código Civil. Por tanto, para ciertos autores, la donación genera obligaciones contractuales, y para otros no. Con el “criterio de la aceptación” asumido por el Reglamento Roma I, la donación será contractual o no lo será según concurra o no concurra la aceptación del donatario, sin entrar en otras disquisiciones doctrinales sobre la “naturaleza jurídica” de la donación.

5. b) *Donaciones contractuales ajenas al Derecho de Familia*. Las donaciones que dan lugar a obligaciones contractuales “que se deriven de relaciones familiares y de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables, incluida la obligación de alimentos” (art. 1.2.b Reg. Roma I), así como las que dan lugar a “obligaciones que se deriven de regímenes económicos matrimoniales, de regímenes económicos resultantes de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio, y de testamentos y sucesiones” (art. 1.2.b Reg. Roma I), están excluidas del Reglamento Roma I, como ha señalado la doctrina más autorizada¹⁸. Según el Informe Oficial GIULIANO / LAGARDE anejo al Convenio de Roma de 1980, sólo están excluidas del Reglamento Roma I las donaciones que sí están reguladas por el Derecho de Familia¹⁹. Están cubiertas por el Reglamento Roma I las donaciones que no son objeto de regulación por el Derecho de Familia aunque se verifiquen en el ámbito de la familia. Ahora bien, este criterio aplicativo del Reglamento Roma I genera enormes problemas. En efecto, como es natural, hay donaciones que sí son reguladas por el Derecho de Familia italiano pero no por el Derecho de Familia español, como sucede, por ejemplo, con las donaciones entre cónyuges. Ello hace que la cuestión de saber si una donación está regida por el Derecho de Familia, dependa del Derecho aplicable a tal donación (= *circulus inextricabilis*). Pues bien, la única solución viable, como indica la doctrina más experta en la materia (P. JIMÉNEZ BLANCO, H. GAUDEMET-TALLON), parece ser la siguiente: el tribunal competente aplicará sus normas de conflicto de producción interna, y con arreglo a la Ley aplicable a la donación, decidirá si dicha donación resulta regulada por el Derecho de Familia o no. En caso de que la respuesta sea afirmativa, el Reglamento Roma I no se aplicará y la donación quedará regida por el Derecho de Familia de la Ley reguladora de la donación. En caso de respuesta negativa, la donación se regulará por la Ley designada por el Reglamento Roma I²⁰. Ejemplo: se concluye una donación entre marido italiano y esposa francesa, ambos con residencia habitual en España, al margen de las capitulaciones matrimoniales. Los cónyuges someten la donación al Derecho francés. Hubo aceptación por parte del donatario. La donación es, por tanto, “contractual” y ahora queda por ver si está regulada por el “Derecho de Familia”. El juez español deberá aplicar los arts. 9.2 y 9.3 CC, preceptos que establecen la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. En este caso, dicho régimen económico matrimonial es el establecido por la Ley del país de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio. Si dicha residencia se localiza en España, el Derecho español rige el régimen económico matrimonial. Y como en Derecho sustantivo español estas donaciones no están reguladas por el Derecho de Familia, resultará que dicha donación debe regirse por la Ley determinada con arreglo al Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I es, por ello aplicable y la donación se rige por el Derecho francés, que es la Ley elegida por las partes (art. 3.1 Reg. Roma I).

¹⁸ 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*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130.

¹⁹ Informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por MARIO GIULIANO, profesor de la Universidad de Milán y PAUL LAGARDE, profesor de la Universidad de París I, *DOCE* de 11 de diciembre de 1992 C 327, pp. 1-47, esp. pp. 17-19.

²⁰ P. JIMÉNEZ BLANCO, “El derecho aplicable a las donaciones”, *REDI*, 1997-I, pp. 63-90; H. GAUDEMET-TALLON, “Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la Convention CEE nº 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)”, *RTDE*, 1981, pp. 215-285.

IV. Ley aplicable a las donaciones. Puntos de conexión y Reglamento Roma I.

6. *Reglamento Roma I. Puntos de conexión y donaciones.* El Reglamento Roma I no contiene una norma especial para fijar la Ley aplicable a las donaciones. Por tanto, son operativos los criterios generales para determinar la Ley aplicable (arts. 3 y 4 Reg. Roma I). De este modo, la donación se rige por las siguientes Leyes.

1º) *Ley elegida por las partes.* La donación se rige, en primer lugar, por la Ley elegida por las partes, expresa o tácitamente (art. 3.1 Reg. Roma I). El donante no puede elegir la Ley aplicable de modo unilateral. Sin embargo, debe estimarse que si el donante elige la Ley aplicable y el donatario acepta la donación, entonces, el donatario muestra su conformidad con la elección de Ley efectuada por el donante y puede estimarse que existe “Ley elegida por las partes” en el sentido del art. 3.1 Reg. Roma I²¹.

2º) *Donación de inmueble. Ley del país de situación del inmueble y excepción.* En defecto de Ley elegida, si se trata de la donación de inmueble, es aplicable el art. 4.3 Reg. Roma I, de modo que la donación quedará sujeta a la Ley del país donde esté sito el bien inmueble. No obstante, se puede descartar la aplicación de la Ley del país de situación del inmueble, a través de la cláusula de excepción recogida en el art. 4.4 Reg. Roma I. De ese modo, se aplicará, en su lugar, la Ley de otro país con el que la donación presente claramente vínculos manifiestamente más estrechos. Ello sucederá en el caso de que las partes tengan su residencia habitual en un país que no es aquél en cuyo territorio está situado el inmueble.

3º) *Donación de otros bienes. Ley del país de residencia habitual del donante.* En efecto de Ley elegida por las partes y si se trata de donación de otros bienes o activos no inmuebles, se aplicará a la donación la Ley del país de residencia habitual del donante (art. 4.2 Reg. Roma I). En efecto, la doctrina mayoritaria estima, con razón, que el donante es el “prestador característico”. Es el sujeto que entrega el objeto de la donación, mientras que el donatario se limita a aceptar y a recibir la cosa.

4º) *Donación mixta.* Es la llamada “compraventa amistosa” (*negotium mixtum cum donatione*), es decir una venta a bajo precio para enriquecer con ella al donatario. No debe haber particularidad desde el punto de vista del Derecho internacional privado. Esta donación se rige por la Ley del país de la residencia habitual del donante, ya que el donante es el prestador característico (art. 4.2 Reg. Roma I).

V. Ley aplicable a las donaciones. Las donaciones residuales.

7. Las donaciones no reguladas por el Reglamento Roma I son donaciones que no generan obligaciones contractuales (“donaciones residuales”). La Ley aplicable a las mismas se fija del siguiente modo²².

1º) *Donaciones mortis causa.* Presentan finalidad sucesoria, pues la mayor parte de estas donaciones *mortis causa* surten efectos sólo tras el fallecimiento del donante y son irrevocables (*vid.* en Derecho español, art. 620 CC). Son donaciones relativas a “los testamentos y las sucesiones” y por tanto, están excluidas del Reglamento Roma I. En Derecho internacional privado español quedan sujetas al art. 9.8 CC y no al art. 10.7 CC. Se rigen por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento²³.

²¹ M. FRIGESSI DI RATTALMA, “Le prime esperienze giurisprudenziali sulla convenzione di Roma del 19 giugno 1980”, *RDIPP*, 1992, pp. 819-854; K.F. BECKMANN, “Die Bedeutung der Vertragssprache im internationalen Wirtschaftsverkehr”, *RIW*, 1981, pp. 79-83; A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, 1993, pp. 360-368; P. KAYE, *The new Private International Law of Contract of the European Community*, Aldershot, 1993, pp. 188-191; L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, “Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8, esp. p. 4 nota [13]; D. MARTINY, “Das Römische Vertragsrechtsübereinkommen vom 19. Juni 1980”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, pp. 298-305; D. MARTINY, “Art. 27”, *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 10, 2006, 4ª ed., p. 1696; P. LAGARDE, “Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)”, *RCDIP*, 2006, pp. 331-349.

²² C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 120-123; L. FUMAGALI, “La convenzione di Roma e la legge regolatrice delle donazioni”, *RDIPP*, 1993, pp. 589-606.

²³ A.-L. CALVO CARAVACA, “Sucesión hereditaria”, en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho internacional privado parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 393-422; ID., “Art. 9.8 CC”, *Com.CC y Comp.For.*, 2ª ed., 1995, pp. 350-391; ID., “La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español”, *RGD*, 1986, pp. 3103-3138; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Art. 9.8º CC”, *Com.CC y Comp.For.*, 1978, pp. 189-194.

2º) *Donaciones entre cónyuges*. Algunos ordenamientos nacionales someten estas donaciones a regímenes legales muy estrictos, para evitar “influidos” de la voluntad de un cónyuge sobre la del otro cónyuge (*receptum est ne inter virum et uxorem donationes valeant*). Por el contrario, otros ordenamientos las tratan como cualquier otra donación, caso del sistema jurídico español. La Ley reguladora del régimen económico matrimonial indicará si tales donaciones están sujetas a disposiciones específicas de Derecho de Familia. En dicho caso, estas donaciones se registrarán por la Ley reguladora del régimen económico matrimonial. Pero en caso contrario, como sucede en Derecho material español, estas donaciones *propter nuptias* se registrarán por el Reglamento Roma I (erróneamente: STS 5 junio 2000; *vid.* también, SAP Granada 12 febrero 1992, STS 10 junio 1995, y SAP Baleares 26 abril 2005).

3º) *Donaciones en casos de Derecho interregional*. El art. 10.7 CC sólo es aplicable, en la actualidad, para determinar la Ley aplicable a las donaciones casos de Derecho interregional, porque el Reglamento Roma I no se aplica, en España, a casos de Derecho interregional. En estos casos, la donación se rige por la Ley correspondiente a la vecindad civil del donante (art. 10.7 CC y art. 16.1 CC).

VI. Ámbito de la Ley aplicable a la donación.

8. Varios aspectos deben distinguirse para precisar las cuestiones que quedan cubiertas por la Ley que regule la donación, sea cual fuere la norma de conflicto aplicada para determinar dicha Ley.

1º) La capacidad general para donar o recibir por donación queda sujeta a la Ley nacional de donante o donatario (art. 9.1 CC)²⁴. El Reglamento Roma I y el art. 9.2 y 3 CC, así como el art. 9.8 CC son preceptos inaplicables a estos aspectos de capacidad (art. 1.2.a Reg. Roma I).

2º) Las prohibiciones o capacidades especiales para donar o recibir por donación sí quedan sujetas a la Ley que regula el fondo de la donación. Ejemplo: la posibilidad o imposibilidad del *nasciturus* y del *concepturus* para recibir por donación o la posibilidad de recibir donaciones por parte de una fundación. Esta solución procede porque tales prohibiciones o capacidades especiales no son cuestiones de “capacidad”, sino cuestiones más bien, prohibiciones legales de donar o recibir por donación y por ello, son aspectos ligados intrínsecamente a la donación que deben quedar sujetos a la *Lex Donationis*.

3º) Cuando la donación se rige por el Reglamento Roma I, la Ley aplicable a la forma de la misma se fija a través del art. 11 Reg. Roma I. La forma de la *donación mortis causa* se regula por el Convenio de 5 octubre 1961 (Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias), y la forma de las donaciones contenidas en capitulaciones se rige por el art. 11 CC.

4º) La Ley que regula el “fondo de la donación” regula las siguientes cuestiones: bienes que pueden donarse, condiciones posibles de una donación, causas de revocación de las donaciones, validez sustancial de la donación y efectos de la misma²⁵.

²⁴ A. MARIN LOPEZ, “Las donaciones en Derecho internacional privado”, *REDI*, 1953, pp. 568-570; *Id.*, “Art. 10.7 CC”, *CRef.CC*, 1977, pp. 535-540.

²⁵ C. FOCARELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Morlacchi Ed., Perugia, 2006, pp. 120-123.