

LA FORMA DE LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS:  
LA FRONTERA ENTRE LAS OBLIGACIONES EXIGIBLES Y  
LOS DEBERES DE CONCIENCIA

*THE FORM OF ATYPICAL GRATUITOUS CONTRACTS: THE  
BORDERLINE BETWEEN ENFORCEABLE OBLIGATIONS AND  
DUTIES TO FOLLOW CONSCIENCE*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 39, enero 2025, ISSN: 2070-8157, pp. 168-199*

José María  
CARDÓS  
ELENA

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 9 de diciembre de 2024

**ARTÍCULO APROBADO:** 19 de diciembre de 2024

**RESUMEN:** Existen múltiples contratos gratuitos atípicos. El principal problema que plantean es su distinción respecto de las liberalidades de uso y las prestaciones de cortesía. Si se solicita el cumplimiento forzoso de tales compromisos gratuitos, el promitente siempre podrá argumentar que no tuvo ninguna voluntad de obligarse jurídicamente, debido a la ausencia de contraprestación. La resolución al problema planteado pasa por constatar que todos los contratos gratuitos típicos que comportan una transmisión de propiedad o de posesión son contratos formales o contratos reales. La aplicación de dicho principio general del derecho permite concluir que la forma escrita es el criterio que delimita cuándo existe una simple promesa inexigible y cuándo se ha perfeccionado un contrato atípico gratuito, siempre vinculante y coercible.

**PALABRAS CLAVE:** Contratos gratuitos atípicos; obligaciones gratuitas; características de los contratos gratuitos; forma de los contratos gratuitos; liberalidades de uso; prestaciones de cortesía; obligaciones naturales.

**ABSTRACT:** *There are many atypical gratuitous contracts. The main problem they pose is their distinction from customary gifts and courteous services. If the compulsory performance of such gratuitous commitments is requested, the promisor can always defend that there was no intention to be legally bound, due to the absence of consideration. The solution to the problem raised is to recognize that all typical gratuitous contracts involving a transfer of ownership or possession are either formal contracts or real contracts. The application of this general principle of law leads to the conclusion that the written form is the criterion that delimits when there is a simple unenforceable promise, and when an atypical gratuitous contract -which is always binding and coercive- has been performed.*

**KEY WORDS:** *Atypical gratuitous contracts; gratuitous obligations; characteristics of gratuitous contracts; form of gratuitous contracts; customary gifts; courteous services; natural obligations.*

**SUMARIO.-** I. LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.- I. Planteamiento de la cuestión.- 2. Ausencia de regulación general.- II. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS CONTRATOS GRATUITOS.- 1. Moderación de responsabilidad.- 2. Menor firmeza.- 3. Presunción de fraude.- 4. Menor protección registral.- 5. Necesidad de colación y de computación.- 6. Tratamiento distinto constante la sociedad de gananciales.- 7. Mayor dificultad para la transmisión.- III. LA FORMA COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS QUE COMPORTAN TRANSMISIÓN DE DOMINIO O ENTREGA POSESORIA.- 1. Antecedentes históricos.- A) *Donación*.- B) *Mutuo y comodato*.- C) *Depósito*.- D) *Mandato*.- E) *Recapitulación*.- 2. Regulación vigente.- A) *Donación*.- B) *Mutuo y comodato*.- C) *Depósito*.- D) *Mandato*.- E) *Recapitulación*.- IV. LA DIFICULTAD PARA APRECIAR LA VOLUNTAD DE CONTRAER UNA OBLIGACIÓN SIN CONTRAPRESTACIÓN.- 1. Planteamiento de la problemática.- 2. Liberalidades de uso.- 3. Prestaciones de cortesía.- 4. Obligaciones naturales.- V. LA FORMA COMO REQUISITO QUE DETERMINA EL NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.- 1. El deslinde entre liberalidades de uso y prestaciones de cortesía, de un lado, y obligaciones civiles, de otro.- 2. Conclusiones.- 3. Reflexiones de *lege ferenda*.

## I. LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.

### I. Planteamiento de la cuestión.

Como es de sobra conocido, el CC español regula diversos contratos gratuitos, a semejanza de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno.

Algunos de esos contratos son esencialmente gratuitos. Así, el art. 618 CC afirma que “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”<sup>1</sup>. La donación modal

<sup>1</sup> Sabido es de sobra que el Código Civil se ocupa de la donación en el Título II del Libro III, como un modo de adquirir, entre la ocupación y las sucesiones. De hecho, el art. 609 CC menciona a la donación separadamente de “ciertos contratos” que “mediante la tradición” transmiten la propiedad y los demás derechos reales. Sin embargo, no parece existir inconveniente alguno en calificar a la donación como contrato, como hizo durante muchísimos años la jurisprudencia del Tribunal Supremo. A modo de ejemplo, la STS 31 julio 1999 (RJ 1999, 6221) dijo que “el contrato de donación, aunque regulado en nuestro Código civil como un modo de adquirir la propiedad -artículo 609- no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato”. La donación también fue denominada contrato en la STS 11 noviembre 2010 (RJ 2010, 8044), en la STS 17 junio 2011 (RJ 2011, 4640) y en la STS 28 septiembre 2011 (RJ 2011, 6586). Con todo, aunque la donación sea considerada un contrato, siempre hay que tener presente que transmite los derechos reales con su mera perfección, sin necesidad de entrega o tradición, como ha señalado la jurisprudencia de los últimos cuarenta años, cada vez de manera más decidida: STS 22 junio 1982 (RJ 1982, 3437), STS 22 diciembre 1986 (RJ 1986, 7795), STS 25 septiembre 1993 (RJ 1993, 7654), STS 14 octubre 2002 (RJ 2002, 10171), STS 5 noviembre 2019 (RJ 2019, 4530) y STS 24 marzo 2023 (RJ 2023, 2130). No está de más resaltar que dos de los primeros comentaristas del Código Civil ya manifestaron la escasa trascendencia práctica de tildar a la donación como modo de adquirir o como contrato, siempre que se tenga en cuenta su especial mecánica transmisiva, distinta de la compraventa. Según APALATEGUI OCEJO y OYUELOS PÉREZ, la calificación de la donación como contrato o como modo de adquirir constituía una “discusión académica (...) por completo indiferente desde el punto de vista del derecho positivo”, ya que “cualquiera que sea la naturaleza de la donación, lo que importa es reconocer en ella un modo adquisitivo del dominio cualificado y diferenciado de los demás modos inter-vivos” (APALATEGUI OCEJO, P.,

### • José María Cardós Elena

Profesor Asociado de Derecho Civil de la Universitat de València. Doctor en Derecho Civil y abogado. Correo electrónico: jose.maria.cardos@uv.es.

o con carga siempre seguirá siendo gratuita, pues conforme al art. 619 CC, “es también donación (...) aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado”. En cuanto al comodato, su esencial gratuidad se desprende del párrafo segundo del art. 1740 CC, que dice que “el comodato es esencialmente gratuito”.

Otros contratos regulados en el CC son naturalmente gratuitos, en la medida en que la ley presupone la ausencia de contraprestación, aunque los particulares pueden concertarlos con carácter oneroso. Así, el art. 1711 CC enuncia que “a falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito”. El párrafo tercero del art. 1740 CC señala que “el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”. Y el art. 1760 CC dice que “el depósito es un contrato gratuito, salvo pacto en contrario”.

Sin embargo, existen otros contratos gratuitos atípicos, no regulados en el CC. Los ejemplos más sobresalientes son los siguientes:

- Una donación obligacional o promisorias, en virtud de la cual el donante se obliga a entregar un bien al donatario. La entrega o tradición del bien donado produce la transmisión de un derecho real sobre la cosa donada. Su mecánica transmisiva es distinta a la de la donación regulada en el CC, que transmite los derechos reales sin necesidad de entrega o tradición.
- Un comodato consensual, en virtud del cual el comodante se obliga a entregar la cosa al comodatario<sup>2</sup>.
- Un simple préstamo o mutuo consensual, en virtud del cual el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una cantidad de dinero u otra cosa consumible, sin percibir intereses<sup>3</sup>.

---

y OYUELOS PÉREZ, R.: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo a la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896, pp. 385-386). Y para MANRESA Y NAVARRO, “al efecto de aplicar la doctrina de los artículos 618 al 656 que se ocupan de las donaciones, es indiferente que éstas constituyan un modo especial de adquirir ó deban incluirse entre los contratos” (MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896, p. 58).

- 2 Según RABANETE MARTÍNEZ, “no existe norma jurídica alguna que impida la configuración del comodato como contrato consensual, sino al contrario, a falta de norma expresa que lo establezca lo más lógico será entender que se trata de un contrato incluido en la norma general de los contratos consensuales” (RABANETE MARTÍNEZ, I.: “La pretendida “realidad” del comodato”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 extra, 2022, p. 2288).
- 3 La jurisprudencia admite la figura del préstamo consensual. La STS 22 diciembre 1997 (RJ 1997, 9113) dijo que “en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos”. La STS 26 marzo 2007 (RJ 2007, 2343) afirmó que “esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código Civil y la falta de toda regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad (artículo 1255 del Código Civil), una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo”. Por su parte, la STS 11 julio 2018 (RJ 2018, 2793) señaló que “al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC), es admisible la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar. Así lo reconoció esta sala, aceptando lo que actualmente es opinión doctrinal

- Un depósito consensual, en virtud del cual el depositante se obliga a entregar la cosa depositada al depositario, que no percibe ninguna remuneración.
- Un contrato de obra gratuito, en virtud del cual el contratista no es recompensado por la ejecución de la obra.
- Un contrato de servicios gratuito, expresión amplia en la que pueden ser incluidas actividades no remuneradas realizadas por profesionales liberales, quienes no reciben contraprestación alguna.
- Un contrato de transporte gratuito, en el cual el transportista no recibe ninguna remuneración<sup>4</sup>.

A la vista de los ejemplos expuestos, se desprende que el elenco de contratos gratuitos atípicos obedece a tres circunstancias distintas:

- Una mecánica transmisiva distinta a la prevista legalmente. Así, la donación obligacional es un contrato atípico porque está sujeta al sistema del título y el modo, a diferencia de la donación regulada en el CC, que transmite los derechos reales sin necesidad de la entrega o tradición de los bienes donados<sup>5</sup>.

---

común. (...) La “promesa” de préstamo es verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente, lo que dependerá de las circunstancias del caso. (...) La entrega del dinero es en la mayor parte de los casos cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo”).

- 4 Parte de la doctrina ha negado la posibilidad de configurar un contrato de transporte gratuito. Para DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN y GULLÓN BALLESTEROS, el transportista a título gratuito “no quiere contraer un vínculo jurídico idéntico al que celebra un contrato de transporte, no hay consentimiento contractual. La solución, preconizada por cierto sector de la doctrina, de conceptuar al transporte amistoso como un *contrato* de transporte gratuito, está en contradicción con la realidad e ignora que existe un amplio repertorio de deberes sociales, impuestos por la cortesía o nacidos de la pura benevolencia, que no originan relaciones contractuales. Pero ello no equivale a afirmar que el porteador está libre de responsabilidad si su conducta imprudente o dolosa causa un daño. Tal responsabilidad se regulará por las normas de los artículos 1.902 y siguientes, como responsabilidad extracontractual” (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 447). Desde otro ángulo, se ha negado la figura del contrato de transporte gratuito, embebiéndola en un contrato de mandato gratuito (FUENTES LOJO, J. V.: “El transporte gratuito de cosas y su naturaleza jurídica”, *Revista General de Derecho*, núm. 171, 1958, p. 1114). Sin embargo, en la actualidad no puede negarse la validez y eficacia de un contrato gratuito de transporte. Sobre esta cuestión, es concluyente el art. 287 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que después de la regulación del contrato de pasaje, afirma que “las disposiciones de este capítulo (...) se aplicarán a los transportes gratuitos realizados por un porteador marítimo de pasajeros”. Además, el Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, dispone en su art. 1 que el referido Convenio “se aplica igualmente a los transportes gratuitos efectuados en aeronave por una empresa de transportes aéreos”.
- 5 ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa de donación”, en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA y M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 182-184; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021, p. 25.

- Unos requisitos de perfección distintos a los previstos legalmente. Así, el mutuo, el comodato y el depósito consensuales son contratos que se perfeccionan con la conjunción de la oferta y de la aceptación<sup>6</sup>, a diferencia del comodato, del mutuo y del depósito regulados en el CC, donde son caracterizados como contratos reales, pues no se perfeccionan en tanto no se produzca la entrega de la cosa prestada o depositada (arts. 1740, 1753 y 1758 CC).
- La ausencia de la contraprestación característica de algunos contratos típicos. Así sucede con el contrato de obra gratuito, con el contrato de servicios gratuito o con el contrato de transporte gratuito, dado que la regulación del CC parte de que el contratista, el prestador del servicio y el transportista perciben una remuneración (arts. 1543, 1544 y 1603 CC, precepto este último que se remite a las leyes especiales<sup>7</sup>).

## 2. Ausencia de regulación general.

Si intentamos perfilar el régimen jurídico de los contratos gratuitos atípicos, nos enfrentamos a una gran dificultad. Salta a la vista que el CC no contiene prácticamente ninguna regla específica, que permita determinar sus características comunes.

La excepción a la ausencia de regulación está constituida fundamentalmente por dos normas:

- En primer lugar, el art. 1274 CC, que dice que “en los contratos (...) de pura beneficencia”, la causa es “la mera liberalidad del bienhechor”. Este artículo alude a la causa desde un punto de vista subjetivo, o lo que es lo mismo, a la voluntad de un sujeto de vincularse jurídicamente sin recibir ninguna contraprestación. Se ha afirmado que el art. 1274 CC es una “definición

6 Actualmente no plantea problemas en el ámbito doctrinal la posibilidad de celebrar contratos consensuales de mutuo, comodato y depósito. En relación con esta cuestión resultó fundamental la obra de JORDANO BAREA, quien afirmó rotundamente que en nuestro Derecho no existe norma alguna que “niegue validez a un contrato de contenido idéntico al de comodato, mutuo, depósito y prenda, concluido obligatoriamente por voluntad de las partes, antes e independientemente de la entrega” (JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 140).

7 El art. 2.1 de Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías dice que “el contrato de transporte de mercancías es aquél por el que el porteador se obliga frente al cargador, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona de la persona designada en el contrato”. La regulación legal parte de la existencia de precio, razón por la cual el art. 40.4 de la referida ley dice que “en defecto de pacto entre las partes sobre la fijación del precio del transporte, el precio del transporte será el que resulte usual para el tipo de servicio de que se trate en el momento y lugar en el que el porteador haya de recibir las mercancías. En ningún caso se presumirá que el transporte es gratuito”. También destaca el art. 203 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, que dice que “por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino”. El pago del precio o flete está regulado en el art. 233. Por su parte, el art. 287.1 dice que “por el contrato de pasaje marítimo el porteador se obliga, a cambio del pago de un precio, a transportar por mar a una persona y, en su caso, su equipaje”.

más pensada para la donación típica que para los otros contratos gratuitos (pues no es frecuente llamar bienhechor al depositario o al mandatario), pero que se adapta a todos ellos”<sup>8</sup>.

- En segundo lugar, el art. 1289 CC, que contiene la última regla de interpretación contractual, a tenor de la cual “cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas generales establecidas en los artículos precedentes, si aquéllas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y éste fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses”.

Sin embargo, al margen de los arts. 1274 y 1289 CC, así como de la regulación específica de los contratos gratuitos típicos, no existen otros preceptos cuyo contenido esté pensando exclusivamente en un contrato presidido por la ausencia de contraprestación.

## II. CARACTERÍSTICAS COMUNES DE LOS CONTRATOS GRATUITOS.

A pesar de la escasa atención que el legislador ha dispensado a los contratos gratuitos, la doctrina ha enumerado algunas características comunes, que los diferencian de los onerosos<sup>9</sup>.

### I. Moderación de responsabilidad.

La responsabilidad por saneamiento se predica, con carácter general, de los negocios onerosos: compraventa (arts. 1461 y 1474 CC), cesión de créditos alzadamente o en globo mediante compraventa (art. 1532 CC), permuta (art. 1540 CC), arrendamiento (art. 1553 CC), enfiteusis (art. 1643 CC) o sociedad (art. 1681 CC). Sin embargo, la responsabilidad por saneamiento no existe en la donación, salvo si fuese onerosa, en cuyo caso la responsabilidad se limitará “hasta la concurrencia del gravamen” (art. 638 CC).

Resulta muy evidente la atenuación de la responsabilidad del deudor a título gratuito en el art. 1726 CC, que dice que “el mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido”.

8 LACRUZ BERDEJO, J. L.: “La donación”, en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1986, p. 131.

9 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, pp. 263-264; DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: “La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968, pp. 259-264; DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. y DEL ARCO TORRES, M. A.: *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982, pp. 71-72, 215; TAMAYO CARMONA, J. A.: “Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato”, en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo II* (coord. por F. P. BLASCO GASCÓ, M. E. CLEMENTE MEORO, F. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y R. VERDERA SERVER), Tirant de Blanch, València, 2011, pp. 2540-2542.

En parecido sentido, el art. 1766 CC dispone que “el depositario está obligado a guardar la cosa y restituirla”, añadiendo que “su responsabilidad, en cuanto a la guarda y la pérdida de la cosa, se regirá por lo dispuesto en el título I de este libro”. Por tanto, la responsabilidad del depositario se reconduce a las reglas generales de responsabilidad contractual, entre las cuales se encuentra el art. 1103 CC, como ha puesto de relieve la jurisprudencia<sup>10</sup>.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que sí que está obligado al saneamiento por evicción y vicios ocultos el que diere o prometiére por razón de matrimonio si hubiere actuado con mala fe (art. 1340 CC). Y “el comodante que, conociendo los vicios de la cosa prestada, no los hubiere hecho saber al comodatario, responderá a éste de los daños que por aquella causa hubiese sufrido” (art. 1752 CC).

Por tanto, como regla general, la responsabilidad del deudor a título gratuito es menor que la del deudor a título oneroso, pero no puede llegar a afirmarse una inexistencia de responsabilidad atendiendo simplemente al carácter gratuito del contrato.

## 2. Menor firmeza.

La regla general es que los contratos onerosos solo pueden ser dejados sin efecto cuando exista acuerdo de las partes contratantes. En cambio, los contratos gratuitos pueden ser dejados sin efecto unilateralmente en determinadas circunstancias.

Así, la donación es revocable por supervivencia o superveniencia de hijos, por incumplimiento del modo o carga o por ingratitud del donatario (arts. 644 a 653 CC). El art. 1749 CC permite el desistimiento del comodante de la siguiente manera: “el comodante no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos tuviere el comodante urgente necesidad de ella, podrá reclamar la restitución”. El art. 1732 CC dice que “el mandato se acaba: (...) 2.º Por renuncia del mandatario”, reiterando el art. 1736 CC que “el mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante”. Por lo que respecta al contrato de depósito, el art. 1776 CC dispone que “el depositario que tenga justos motivos para no conservar el depósito podrá, aun antes del término designado, restituirlo al depositante; y, si éste lo resiste, podrá obtener del Juez su consignación”.

10 La SAP Barcelona (Sección 12ª) 5 octubre 1998 (AC 1998, 1941) afirmó que “la responsabilidad del depositario es incuestionable, tal como se desprende de lo establecido en el artículo 1766, en relación con el artículo 1103, ambos del Código Civil”. La SAP Alicante/Alacant (Sección 7ª) 19 septiembre 2005 (JUR 2008, 141097) dijo que “nos encontramos ante el típico supuesto negocial de depósito mercantil, 303 del Código del Comercio, por el que el depositario, según determina el artículo 306 de dicho cuerpo legal, está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la ha recibido, y asimismo a restituirla a tenor de lo dispuesto en el artículo 1766 del Código Civil. Artículo 1766 que nos remite al título primero del libro cuarto, entre cuyos preceptos se encuentran los artículos 1103 a 1105”.



Así las cosas, el CC permite el desistimiento al donante, al comodante, al mandatario y al depositario, aunque es preciso puntualizar que ese mismo derecho de desistimiento asiste al mandatario y al depositario cuando el contrato tenga carácter oneroso.

### 3. Presunción de fraude.

El art. 643.II CC dice que “se presumirá siempre hecha la donación en fraude de los acreedores cuando al hacerla no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a ella”. Por su parte, el art. 1297 CC señala que “se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito”. Quien se considere perjudicado por una donación puede ejercitar la acción revocatoria o pauliana (arts. 1111 *in fine* y 1291.3.º CC). El fraude se presume *iuris et de iure*, por lo que no cabe prueba en contrario<sup>11</sup>.

También resulta oportuno mencionar en este lugar el art. 227 LC, que presume la existencia de perjuicio patrimonial en los actos de disposición a título gratuito, sin admitir prueba en contrario. Idéntica presunción existía en el derogado art. 880 CCom, que reputaba fraudulentos los siguientes contratos celebrados por el quebrado durante los treinta días precedentes a su quiebra: transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito, constituciones de dotes y donaciones *inter vivos* que no tuviesen conocidamente el carácter de remuneratorias.

### 4. Menor protección registral.

Según el art. 34.I LH, “el tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro”. Sin embargo, el posible carácter irrevocable de los bienes inmuebles inscritos en virtud de título oneroso no se extiende a los adquirentes a título gratuito, ya que el art. 34.III LH dice que “los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente”.

Por su parte, el art. 464 CC dispone que “la posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título”, sin distinguir entre el adquirente a título gratuito o a título oneroso. El eventual carácter inatacable del adquirente de

11 La STS 30 enero 2004 (RJ 2004, 440) afirmó que “en el caso de donación no es necesario demostrar ningún concierto del donatario con los donantes”. En el mismo sentido, la STS 21 noviembre 2006 (RJ 2006, 8077) dijo que “la presunción contenida en el párrafo primero del artículo 1.297 del Código Civil es «iuris et de iure» (sentencias de 18 de enero de 1991, 16 de febrero de 1993 y 22 abril 2003), por lo que ni siquiera admite prueba en contrario, justificándose la norma en la ilicitud que supone que quien es deudor obligado frente a un tercero disponga a título gratuito de sus bienes en perjuicio de su acreedor, estando implícita en el negocio la intención de causar perjuicio”.

bienes muebles a título gratuito que actúa de buena fe constituye una cuestión muy discutida en la doctrina<sup>12</sup>, sobre la que no se ha pronunciado la jurisprudencia.

## 5. Necesidad de colación y de computación.

Con la finalidad de determinar el *quantum* de la legítima, el art. 1035 CC obliga a colacionar los bienes o valores que el causante haya transmitido en vida a los herederos forzosos en virtud de cualquier título gratuito. Además, del juego combinado de los arts. 818 y 1035 CC se desprende que todas las liberalidades recibidas por los herederos forzosos deben ser computadas a efectos de la determinación de las legítimas.

Como es patente, no existe ninguna obligación equivalente en relación con los bienes adquiridos por el causante en vida a título oneroso.

## 6. Tratamiento distinto constante la sociedad de gananciales.

Los bienes que se adquieren a título gratuito tras la constitución de la sociedad de gananciales tienen carácter privativo (art. 1346.2.º CC).

Por el contrario, los bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común son bienes gananciales (art. 1347.3.º CC).

## 7. Mayor dificultad para la transmisión.

En los contratos transmisivos a título oneroso, no se exige que el transmitente tenga capacidad para disponer, pues basta con tener capacidad para contratar (art. 1457 CC para el contrato de compraventa; art. 1541 CC para el contrato de permuta).

Sin embargo, el art. 624 CC exige que el donante tenga capacidad para contratar y para disponer, lo cual es coherente con el carácter dispositivo o inmediatamente traslativo de la donación regulada en el CC<sup>13</sup>. Y aunque la ley no

12 ALBALADEJO GARCÍA defendió que “la enajenación de una cosa mueble por el no dueño no la hace adquirir a *non domino* al alineatario gratuito” (ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, 1997, p. 495). En sentido opuesto, MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA afirmó que “en ningún caso es preciso que el poseedor pruebe un título. En la función adquisitiva es protegido aunque se pruebe que no tiene ningún título o su título sea nulo, por tanto, también si es a título gratuito”, aunque añadió que “me parece rechazable, desde luego, que una adquisición a *non domino* se produzca en favor de adquirentes a título gratuito, pero ésa es otra historia” (MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M.<sup>o</sup>: “Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1999, pp. 573, 580).

13 La STS 2 marzo 2001 (RJ 2001, 3971) constató la invalidez de una donación de cosa ajena, a la vista de la falta de capacidad de disposición de la donante: “Doña Josefa T. hizo esta segunda donación disimulada, a su nuera, cuando ya había hecho donación de los mismos inmuebles, unos ocho años antes a su hijo. Lo que atenta al artículo 624 del Código Civil que exige que el donante tenga la disposición de sus bienes y de estos bienes donados a su nuera ya no tenía disposición, pues los había donado antes a su hijo”.

lo indique expresamente, parece evidente que el mutuante debe tener capacidad para contratar y para disponer, en consonancia con el carácter real del contrato en el CC.

En otro orden de cosas, la disposición a título gratuito de los bienes gananciales debe ser consentida por ambos cónyuges, so pena de nulidad (arts. 1322.II y 1378 CC)<sup>14</sup>. En cambio, la disposición unilateral de bienes gananciales a título oneroso no constituye un acto nulo, sino meramente anulable (arts. 1322.I y 1377 CC), en la medida en que siempre es posible la ratificación posterior del cónyuge que no intervino inicialmente<sup>15</sup>.

### III. LA FORMA COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS QUE COMPORTAN TRANSMISIÓN DE DOMINIO O ENTREGA POSESORIA.

A las anteriores características cabe añadir una más, que generalmente pasa desapercibida: todos los contratos gratuitos que producen la transmisión de derechos reales o la transmisión de la posesión deben cumplir unas formalidades especiales, en la medida en que, o bien son contratos reales, o bien son contratos formales<sup>16</sup>. En consecuencia, el principio espiritualista de libertad de forma (art. 1278 CC) no tiene cabida cuando nos adentramos en el ámbito de los contratos gratuitos, con la excepción del mandato, que no supone ninguna transmisión dominical ni posesoria. Se trata de un principio general del Derecho, que como se verá a continuación, es perceptible desde el Derecho romano hasta la actualidad.

#### I. Antecedentes históricos.

##### A) Donación.

Por lo que se refiere a la donación, es pacífico que en el Derecho romano clásico no constituía un negocio típico, sino una causa, que no generaba ningún

14 Según la STS 26 abril 2000 (RJ 2000, 3230), “el párrafo segundo del art. 1322 y el art. 1378 CC consideran nulos los actos de disposición de bienes gananciales a título gratuito por un cónyuge sin consentimiento del otro, siendo el criterio jurisprudencial de la anulabilidad o nulidad relativa aplicable únicamente a los actos de disposición a título oneroso”. Idéntico criterio se desprende de la STS 13 julio 2000 (RJ 2000, 6691): “Si se entiende que aquel esposo y causante hizo una atribución patrimonial gratuita, basada en contrato de donación, en favor de su sobrino, cuyo objeto era cosa mueble –dinero ganancial– cuyo carácter de bien ganancial consta acreditado, dicho contrato y la transmisión dominical serían nulos, según dispone el artículo 1378 del Código Civil que exige el consentimiento de ambos cónyuges para todo (salvo liberalidades de uso) acto a título gratuito”.

15 La STS 5 junio 2008 (RJ 2008, 3202) recordó que “el consentimiento de uno de los cónyuges, cuando concurre el expreso del otro, puede revestir forma tácita o presunta, tanto por su asentamiento, como por su aquietamiento y conformidad a la actividad dispositiva materializada por el otro, pero con apoyo en las voluntades coincidentes de ambos”.

16 ATAZ LÓPEZ, J.: “Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización”, en AA.VV.: *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y C.L. GARCÍA PÉREZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 63-65.

efecto por sí misma, y que por tanto precisaba de un acto operativo en virtud del cual se produjese la atribución patrimonial (*traditio, mancipatio, in iure cessio, stipulatio, acceptilatio*, cesión de créditos, o incluso una actividad fáctica, como la accesión (*inaedificatio, plantatio* o *satío*)<sup>17</sup>.

En el período posclásico, el emperador Constantino I acometió en el año 323 una reforma sustancial, que conllevó que por vez primera la donación fuese un negocio típico: debía otorgarse ante testigos, inscribirse el documento en un registro público, y entregarse la cosa al donatario también ante testigos<sup>18</sup>. El incumplimiento de estos requisitos provocaba la nulidad de la donación.

La normativa justiniana comportó un cambio radical, pues dio valor al simple pacto de donación. La entrega o *traditio* no significaba más que el cumplimiento o la ejecución de la obligación asumida al concertarse la donación<sup>19</sup>. Sin embargo, Justiniano I distinguió entre las donaciones de cuantía superior o inferior a quinientos sueldos<sup>20</sup>. Para las primeras, además del contrato, se exigía la escritura

17 GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, pp. 582, 587; D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, 10<sup>o</sup> ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2004, p. 412.

18 GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., p. 623.

19 La asimilación de la donación justiniana con el mecanismo transmisivo de la compraventa es evidente a la luz de la descripción que se hacía en I 2.7.2: "Las otras donaciones son las que se hacen sin ninguna previsión de la muerte, y a las cuales llamamos entre vivos; estas en nada se comparan con los legados. Las cuales si hubieren sido perfeccionadas, no pueden ser revocadas sin motivo. Pero se perfeccionan, cuando el donante hubiere manifestado su voluntad por escrito o sin escrito; y una constitución nuestra ha querido que, a ejemplo de la venta, tengan también en sí necesidad de la tradición, de modo que, aun cuando no se entreguen, tengan plenísima y perfecta validez, e incumba al donante la necesidad de la tradición". Más claramente aún se expresaba CI 8.53.35: "Si verdaderamente en todos los antes mencionados casos se hubiere retenido por el donador el usufructo, se entiende que de derecho se hace también la entrega. Mas si de ninguna manera hubiere expresado esto el donador, pero en la donación se hubiere insertado una estipulación, sea compelido en fuerza de esta a hacer la entrega. Pero si también esto hubiera sido olvidado, y él no retuviere el usufructo, impóngasele, sin embargo, por nuestra ley la necesidad de entregar también lo que quiso donar, a fin de que no sea inútil la donación porque no hayan sido entregadas las cosas, y para que no se confirme la donación por la entrega, sino que el efecto necesario de la entrega siga a una liberalidad plena y hecha perfectísima con arreglo a nuestra ley, y el donador tenga necesidad de entregar de todos modos las cosas o la parte de bienes que hubiere designado, o todos los bienes (...). Y en todos los susodichos casos serán compelidos a entregar las cosas donadas no solamente ellos, mientras viven, sino también sus sucesores, no solamente a aquellos a quienes se les hizo la donación, sino también a sus herederos". Idéntica conclusión se obtiene de Nov 162: "Recordamos nuestra Constitución, que dice, que, aunque no estipule la entrega, le incumbe al donante la necesidad de entregar la cosa donada (...). Y la entrega, si se hizo, dele a ella excepción, y, si no se hizo, dele también la exacción por medio de la acción de lo estipulado, si verdaderamente hubiere mediado estipulación, y, si no hubiere mediado, por la condición nacida de la ley, para obtener la cosa donada". Para esta y las sucesivas citas de normas de Derecho romano, se ha tomado el texto (y su traducción al castellano) de GARCÍA DEL CORRAL, I.L.: *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, Jaime Molinas, València-Barcelona, 1889-1898. Vid. LEVY, E.: *West Roman Vulgar Law*, American Philosophical Society Library, Filadelfia, 1951, pp. 152-154; GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 623-624.

20 Inicialmente, se exigía escritura e insinuación para las donaciones superiores a trescientos sueldos. En CI 8.53.34 se decía: "Mandamos que ninguna donación, ya común, ya hecha antes de las nupcias, que ascienda hasta trescientos sueldos, necesite de insinuación, sirvo que tenga la suerte común, de modo que no esté limitada hasta la suma de doscientos sueldos, sino que en cuanto a la observancia sobre este particular sean iguales así las donaciones comunes como las hechas antes de las nupcias. Mas si se hubiere donado algo sobre la tasa legal, no sea válido únicamente lo que hay de exceso, pero subsista en su vigor la restante cantidad, que se fijó dentro de los términos de la ley, como si absolutamente ninguna otra cosa se hubiera

y la *insinuatio* o registro en los archivos públicos. Pero para las segundas no se exigía ninguna formalidad, bastando el simple pacto o convenio.

Esta regulación se mantuvo en el Derecho castellano histórico. P 5.4.9 decía que si el donante “quisiere dar a otro ome, o a otro logar, puede lo fazer sin carta fasta quinientos maravedis de oro. Mas si quisiere fazer mayor donacion de lo que es sobredicho en esta ley, lo que fuesse dado de mas, non valdría. Fueras ende si lo fiziesse con carta, e con sabiduria, del mayor judgador, de aquel logar, do fiziesse la donacion”<sup>21</sup>. Por consiguiente, se exigía la escritura y la insinuación judicial cuando la cosa donada tuviese un valor superior a quinientos maravedís. Como excepción, las donaciones de menor cuantía podían realizarse sin cumplir ningún requisito formal, incluso verbalmente<sup>22</sup>.

### B) *Mutuo y comodato*.

Para el Derecho romano, tanto el mutuo como el comodato eran considerados contratos reales<sup>23</sup>. D 44.7.2 decía que “se contrae obligación por la cosa con la dación de un mutuo”, en tanto que D. 44.7.3 añadía que “también aquel a quien le damos en comodato alguna cosa se nos obliga por la cosa”.

En Partidas se regulaban conjuntamente el mutuo y el comodato, cuyas diferencias se establecían en función del género prestado. P 5.1.1 decía: “Son dos maneras de emprestamo. La una es mas natural que la otra, e esta es como quando emprestan unos a otros, alguna de las cosas que son acostumbradas, a contar, pesar o medir. E tal préstamo como este, es llamado en latin mutuum, que quiere tanto dezir en romance, como cosa emprestada, que se fase, a ruego de aquel, e quien la emprestan, ca pasa el señorío de qualquier destas cosas, al que es dada por prestamo. E la otra manera de prestamo, es de qualquier de todas las otras cosas, que non son de tal manera como estas, assi como cauallo, o otra bestia, o libro, e otras cosas semejantes. E tal préstamo como este dicen en latin comodatum, que quier tanto dezir, como cosa que presta un ome a otro, para

---

añadido, considerándose esta como no escrita o no entendida (...) Mas si las cosas de la donación no hubieren sido dadas en dinero, sino en bienes muebles o inmuebles o semovientes, estímese la cantidad de estos, y si verdaderamente ascendiera a la suma legal de sueldos, sea válida y subsista sin insinuación; pero si se hallara que es de mayor suma, y que no fue confirmada en actuaciones, quede sin efecto solamente el exceso”. Posteriormente, el límite fue elevado a quinientos sueldos, tal y como se desprende de CI 8.53.36: “Habrán de ser válidas sin ninguna distinción hasta quinientos sueldos las demás donaciones, que mediando actuaciones no fueron de ningún modo insinuadas. Porque creemos que por la presente ley se debe añadir esto solamente para aumentar tales donaciones; moderando nuestra precedente ley de tiempo anterior, por la cual se mandó que tuvieran validez aun sin la insinuación, las donaciones hechas hasta trescientos sueldos”.

- 21 Para esta y las sucesivas citas de Partidas, se ha tomado el texto de LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.
- 22 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 122-123.
- 23 VALINO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Quiles, València, 1991, pp. 218, 226; D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 478-479.

usar e aprouecharse della, mas non para ganar el señorío de la cosa prestada". La doctrina castellana afirmaba sin fisuras que el préstamo, en cualquiera sus dos modalidades, exigía la *traditio rei*, por lo que para la perfección del contrato no bastaba la prestación del consentimiento, pues era necesaria la entrega de la cosa prestada<sup>24</sup>.

### C) Depósito.

El depósito era un contrato real en el Derecho romano<sup>25</sup>. Según D 44.7.5, "también nos está obligado por la cosa aquel en quien depositamos una cosa; el cual también está obligado a restituir la cosa que hubiere recibido".

En P 5.3.1 era clara la conceptualización del depósito como un contrato de carácter real: "condessijo, a que llaman en latín depositum: es quando un ome da a otro, su cosa e guarda, fiandole enel. E tomo este nome de peño, que quere tanto dezir como poner de mano en guarda de otro, que lo quere condessar". Para la doctrina castellana, era evidente que la perfección del contrato de depósito se producía mediante la entrega de la cosa por el depositante al depositario<sup>26</sup>.

### D) Mandato.

En el Derecho romano, el mandato se configuró como un contrato consensual, en la medida en que se perfeccionaba con la prestación del consentimiento, sin estar sujeto a una forma determinada<sup>27</sup>. D 17.1.1 decía que "la obligación del mandato consiste en el consentimiento de los contratantes". Sin embargo, la libertad de forma quedaba compensada por la imposibilidad del mandatario de desvincularse a no ser que concurriese una justa causa, pues según D 17.1.22, "así como hay libertad para no aceptar un mandato, así debe ejecutarse el aceptado, si no se hubiera renunciado. Mas puede renunciarse de modo, que se reserve íntegro al mandante su derecho para ejecutar cómodamente la misma cosa o por sí, o por medio de otro, o si recayera perjuicio sobre aquel que aceptó el mandato"<sup>28</sup>.

24 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla*, cit., pp. 29-32.

25 VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., p. 280; D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, cit., pp. 558-559.

26 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla*, cit., pp. 92-93.

27 VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pp. 281-283; PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", *Anales de Derecho*, núm. 12 (1), 1994, p. 208.

28 En parecidos términos, I 3.26.11 decía que "cada cual es libre de no aceptar el mandato; pero aceptado, debe ser ejecutado, a no ser denunciado cuanto antes, para que el mandante ejecute por sí mismo o por medio de otro el mismo negocio. Porque si no se renunciare de modo que se reserve al mandante completa facilidad para realizar el mismo negocio, tiene, sin embargo, lugar la acción de mandato, salvo si medió justa causa o para para no renunciar o para renunciar intempestivamente".

En Partidas, el mandato estaba regulado en el mismo título que la fianza<sup>29</sup>. En todo caso, el carácter consensual del contrato era muy evidente. P 5.12.24 decía que “los mandamientos sobre dichos de que fablamos fasta aqui, se pueden fazer por tales palabras, diciendo un ome a otro ruego, o mando, o quiero, que des tantos marauedis, o que fagades tal cosa, o que me fiedes. Por qualquier de tales palabras como estas, o por otras semejantes, vale el mandamiento, e finca por ello obligado el mandador, a aquel, que recibe el mandamiento”. Los juristas castellanos se mostraron reticentes a que el mandato se extinguiese por la renuncia del mandatario. No obstante, a la luz de la tradición del Derecho común, parte de la doctrina admitió excepcionalmente que el mandatario pudiese renunciar cuando quedase en manos del mandante la posibilidad de ejecutar lo que resultase de su interés<sup>30</sup>.

### E) Recapitulación.

A la vista de lo expuesto hasta el momento, se constata cómo las líneas maestras de la regulación de los contratos gratuitos se conservaron inamovibles a lo largo de los siglos. Durante la Edad Media y la Edad Moderna, se acudió recurrentemente a la forma y al carácter real de los contratos gratuitos para intentar conseguir la seguridad en las relaciones jurídicas<sup>31</sup>. Y esto fue así no solo en Castilla, sino también en los restantes ordenamientos jurídicos europeos<sup>32</sup>. Esta es la razón por la que las donaciones de mayor cuantía debían constar en documento público y ser insinuadas. El mutuo, el comodato y el depósito eran contratos reales, por lo que solo se perfeccionaban con la *datio rei*. Y aunque el mandato gratuito podía nacer con el simple pacto, como contrapartida solo se admitía la desvinculación del mandatario en ciertos supuestos concretos<sup>33</sup>.

## 2. Regulación vigente.

### A) Donación.

La donación es un negocio esencialmente formal. Para la donación de bienes muebles, el art. 632 CC exige la entrega simultánea de la cosa donada, y faltando

29 Según P 5.12.20, “fazen algunos, omes por mando de otros algunas cosas, a las vegadas, por que finca cada uno dellos obligado, tambien aquel que lo fase, como aquel otro que lo manda, que es otra manera de obligacion, que es semejante de la fiadura”.

30 ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla*, cit., p. 548.

31 GORLA, G.: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 53.

32 A la vista de las distintas regulaciones particulares, COING puso de relieve que todos los ordenamientos jurídicos europeos de la Edad Media y de la Edad Moderna, influidos por el *ius commune*, regularon las instituciones de una manera similar. En particular, el mutuo, el comodato y el depósito eran contratos reales, mientras que las donaciones de cuantía superior a quinientos sueldos debían ser insinuadas ante los Tribunales (COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, pp. 590-592, 603, 610-611).

33 ATAZ LÓPEZ, J.: “Sobre la obligatoriedad”, cit., p. 71.

dicho requisito, la donación no surtirá efecto si no se hace por escrito y consta en la misma forma la aceptación. Los requisitos formales son todavía más exigentes para la donación de bienes inmuebles, ya que según el art. 633 CC, “para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario. La aceptación podrá hacerse en la misma escritura de donación o en otra separada. (...) Hecha en escritura separada, deberá notificarse la aceptación en forma auténtica al donante, y se anotará esta diligencia en ambas escrituras”.

La jurisprudencia ha aplicado estos requisitos con el máximo rigor<sup>34</sup>, negando toda validez a las donaciones que no cumplan escrupulosamente con las formalidades exigidas por los arts. 632 y 633 CC<sup>35</sup>.

#### B) *Mutuo y comodato.*

Según el art. 1740 CC, “por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”. Además, al regular el simple préstamo o mutuo, el art. 1753 CC dice que “el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible, adquiere su propiedad, y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad”. A la vista de ambos preceptos, es

34 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 189-196.

35 Con un lenguaje muy contundente, la STS 24 octubre 1995 (RJ 1995, 7846) afirmó el carácter inexcusable e insubsanable de las formas exigidas en el art. 633 CC para las donaciones de bienes inmuebles: “El principio espiritualista o de libertad de forma, que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en nuestro ordenamiento jurídico (artículos 1258 y 1278 del Código Civil), tiene algunas, aunque escasas, excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento ('ad probationem'), sino para su existencia y perfección ('ad solemnitatem', 'ad substantiam', 'ad constitutionem'). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la relativa a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código Civil, precepto que, de manera pacífica, reiterada y uniforme, ha venido interpretando esta Sala (...) en plena coincidencia, por otro lado, con el criterio de la doctrina científica, en el único sentido en que puede serlo, cual es el de que las donaciones de bienes inmuebles no tienen validez, ni, por tanto, despliegan virtualidad transmisiva alguna del dominio de los bienes a que se refieren (que es el aspecto formalidad que riga cualquiera que sea la clase de donación (pura y simple onerosa, remuneratoria) siempre que se refiera a bienes raíces”. Aunque la jurisprudencia se ha pronunciado con mayor frecuencia sobre la nulidad por defectos formales de las donaciones de bienes inmuebles, la misma doctrina existe respecto de los bienes muebles, como puso de relieve la STS 14 abril 2011 (RJ 2011, 3591): “Las dos formas que, alternativamente, exige el artículo 632 del Código Civil para la donación de bienes muebles tienen un carácter solemne, pues ha de hacerse necesariamente por escrito, aunque sea privado, y constar en la misma forma la aceptación -escrito que cumple idéntica función esencial que la que el artículo 633 atribuye a la escritura pública en la donación de inmuebles- o, si la donación fuera verbal, realizarse con la 'entrega simultánea de la cosa donada'. De no cumplirse alguna de esas dos formas, la escrita o la real, la donación no producirá efectos”.



evidente que el CC parte de que los contratos de mutuo y de comodato tienen carácter real<sup>36</sup>.

### C) Depósito.

El art. 1758 CC reconoce la naturaleza real del contrato de depósito, al decir que “se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla”. El art. 1763 CC también alude a la entrega, cuando señala que “depósito voluntario es aquel en que se hace la entrega por la voluntad del depositante”. La jurisprudencia ha reconocido reiteradamente el carácter real del depósito<sup>37</sup>.

### D) Mandato.

La perfección del mandato no depende de su plasmación por escrito. El carácter consensual del contrato se desprende del art. 1709 CC, que dice que “por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”, así como del art. 1710 CC, a tenor del cual “el mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser también expresa o tácita, deducida esta última de los actos del mandatario”<sup>38</sup>.

36 La STS 27 marzo 1999 (RJ 1999, 2371) dijo que el préstamo “es un contrato real y que requiere, para su perfeccionamiento, la entrega del dinero que, inmediatamente, pasa a la propiedad del prestatario”. La STS 11 julio 2002 (RJ 2002, 6044) manifestó que “el Código Civil parece asignar carácter real tanto al préstamo de uso (comodato), como al préstamo de consumo (mutuo), puesto que en el artículo 1740 se menciona la entrega de la cosa como elemento de especial significación en la formación y perfección de los contratos de comodato y mutuo. La jurisprudencia ha interpretado este precepto en el sentido de considerar que la entrega de la cosa en estos contratos es uno de sus requisitos esenciales, juntamente con el consentimiento, objeto y causa”. La STS 7 abril 2004 (RJ 2004, 3845) afirmó que “el contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en algunos grupos de contactos. Además, es un contrato unilateral en cuanto sólo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario”.

37 La STS 13 diciembre 1996 (RJ 1996, 8999) se refirió implícitamente al carácter real del contrato de depósito con las siguientes palabras: “El contrato de depósito se puede definir legalmente como el pacto en virtud del cual uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla”. Aún más claramente se pronunció la STS 4 noviembre 1997 (RJ 1997, 7928): “Se afirma en la sentencia objeto del recurso de casación que «no consta que el contrato de depósito con la Universidad de Santiago... haya llegado a perfeccionarse, por cuanto... los instrumentos a que se hace referencia... quedaron depositados en el Observatorio Astronómico de la Universidad de Santiago... y dicho observatorio, por entonces, no dependía de la Universidad sino que era un centro investigador integrado en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas...». Criterio que no es posible compartir por razón de conceptos básicos del contrato en general y del de depósito en particular. El contrato se perfecciona con el consentimiento de ambas partes, sobre un objeto y con una causa cuya existencia y licitud se presume; el contrato real, como es el de depósito, requiere además la entrega de la cosa. A la vista del documento antes transcrito, el contrato de depósito se perfeccionó, con la entrega de la cosa, entre el demandante profesor D. José L. E. y el Rector Magnífico, por consentimiento de ambos, sobre las cuatro cosas que constituyen el objeto y con la causa consistente en la guarda y custodia gratuita, con la entrega y recepción de las cosas por parte de la Universidad”. La STS 20 marzo 2009 (RJ 2009, 1994) dio por buena la calificación de depósito que había efectuado la Audiencia Provincial, con el argumento de que “evidentemente la entrega de una suma de dinero con la obligación de guardarla y restituirla cumplía todos los presupuestos del art. 1758 CC, por lo que resulta no solo lógica sino obligada la configuración contractual que la Sala ha efectuado”.

38 La STS 1 marzo 1988 (RJ 1988, 1541) dijo que “conforme tiene declarado esta Sala en sentencias entre otras, de 16 de marzo de 1961, 26 de febrero de 1963, 25 de octubre de 1975 y 12 de febrero de 1983,

Según el art. 1736 CC, “el mandatario puede renunciar al mandato poniéndolo en conocimiento del mandante. Si éste sufre perjuicios por la renuncia, deberá indemnizarle de ellos el mandatario, a menos que funde su renuncia en la imposibilidad de continuar desempeñando el mandato sin grave detrimento suyo”. No obstante, el art. 1737 CC dice que “el mandatario, aunque renuncie al mandato con justa causa, debe continuar su gestión hasta que el mandante haya podido tomar las disposiciones necesarias para ocurrir a esta falta”.

#### E) *Recapitulación.*

La regulación de los contratos gratuitos típicos en el CC evidencia que la norma positiva ha permanecido fiel a la tradición histórica. No basta el mero consentimiento para que alguien quede gratuitamente obligado, dado que se exige algún requisito adicional (forma documentada o entrega de la cosa) para la válida perfección de los contratos gratuitos típicos que comportan la transmisión dominical (mutuo) o posesoria (comodato y depósito)<sup>39</sup>. Puede afirmarse que esta peculiaridad constituye un principio general del Derecho.

## IV. LA DIFICULTAD PARA APRECIAR LA VOLUNTAD DE CONTRAER UNA OBLIGACIÓN SIN CONTRAPRESTACIÓN.

### I. Planteamiento de la problemática.

Sin duda, la ausencia de contraprestación característica de los contratos gratuitos es una de las cuestiones que más quebraderos de cabeza ha suscitado a la doctrina que se ha dedicado al estudio del contrato. GORLA puso de relieve que “la promesa no formal a título gratuito y el contrato atípico constituyen en el fondo el eje en torno al que gira el problema de la obligación contractual y de los requisitos de su validez”, en la medida en que, en cierto modo, “también el contrato gratuito puede considerarse como un contrato fuera de lo corriente o atípico en sentido amplio”<sup>40</sup>. Y así es, en efecto, dado que los contratos gratuitos atípicos a los que hemos aludido en este trabajo (donación obligacional; comodato, mutuo y depósito consensuales; obra, servicios y transporte gratuitos) carecen de toda regulación positiva, por lo que no existe ningún precepto en el CC que de manera expresa oriente acerca de qué requisitos deben cumplir para ser válidos y eficaces.

---

por su carácter consensual, la validez del mandato viene determinada por la existencia de consentimiento, cualquiera que sea la forma en que se manifieste, o sea de modo expreso o tácito, y en modalidades por escrito o verbal, y pudiendo derivar de actos que impliquen necesariamente, de manera evidente y palmaria, la intención de obligarse, debiendo simplemente acreditarse en adecuada forma las facultades conferidas por el mandato”.

39 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 285-287.

40 GORLA, G.: *El contrato*, cit., pp. 24-25.

La ausencia de regulación es especialmente relevante, pues la experiencia demuestra que en muchas ocasiones las personas manifiestan verbalmente la asunción de compromisos que podrían encajar en tales contratos atípicos en ámbitos familiares o de amistad. Expresiones como “te regalaré este reloj”, “te defenderé gratis cuando te llegue la demanda”, o “yo me encargaré de hacerte la reparación y no te cobraré nada a cambio”, constituyen situaciones en las que se plantea una duda razonable acerca de cuándo nos encontramos ante un contrato (que presupone la existencia de una obligación civil vinculante y coercible), y cuándo ante una mera declaración de intenciones. Así las cosas, conviene recordar, aunque sea brevemente, las características esenciales de las liberalidades de uso, de las prestaciones de cortesía y de las obligaciones naturales.

## 2. Liberalidades de uso.

Cuando la prestación gratuita consiste en la entrega de una cosa con la finalidad de transmitir un derecho real (normalmente, el derecho de propiedad), es necesario distinguir la donación obligacional o promisoria de las liberalidades de uso.

No existe una definición legal de liberalidades de uso, concepto un tanto difuso o impreciso al que parece referirse el ordenamiento jurídico empleando expresiones diferentes<sup>41</sup>. Las dos únicas normas positivas que regulan el régimen jurídico de las liberalidades de uso son el art. 1041 CC, que dice que no estarán sujetas a colación, y el art. 1044 CC, que establece que los regalos de boda no se reducirán salvo que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento.

La doctrina ha calificado a las liberalidades de uso como donaciones usuales, que se fundamentan en usos y costumbres jurídicos arraigados en el seno de un grupo social, cuyos miembros se sienten constreñidos a realizar regalos en

41 El art. 251.1.º CC prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo “recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor”. El art. 1041 CC dice que “no estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre”. El art. 1044 CC dispone que “los regalos de boda, consistentes en joyas, vestidos y equipos, no se reducirán como inoficiosos sino en la parte que excedan en un décimo o más de la cantidad disponible por testamento”. El art. 1378 CC dice que durante la vigencia del régimen de gananciales serán nulas las disposiciones efectuadas a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges, añadiendo que “sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso”. El art. 1423 CC, al regular la liquidación del régimen de participación, afirma que “se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso”. El art. 1334 CC, en su versión original, después de reputar nulas las donaciones que realizasen los cónyuges durante el matrimonio, añadía que “no se incluyen en esta regla los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia”. Finalmente, el art. 227 LC dice que “el perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título gratuito, salvo las liberalidades de uso”.

momentos y circunstancias pautadas<sup>42</sup>. Estas liberalidades se realizan en obediencia a imperativos sociales, como consecuencia de la influencia y de la coacción moral provocadas por normas no jurídicas que regulan la convivencia en sociedad fuera del campo del Derecho<sup>43</sup>.

Los supuestos habituales de liberalidades de uso suelen estar relacionados con eventos, acontecimientos o celebraciones de muy diverso tipo: cumpleaños, onomásticas, aniversarios de boda, bautizos, comuniones, bodas, uniones de hecho, superación de oposiciones, o algunas fechas señaladas o festivas. Los beneficiarios de estas dádivas son normalmente prometidos, cónyuges, familiares, ahijados, tutores, amigos y otras amistades<sup>44</sup>. Resulta más discutible incluir en la categoría de liberalidades de uso las limosnas, las propinas, los aguinaldos e incluso los alimentos y los gastos funerarios<sup>45</sup>.

Distinguir con precisión cuándo existe una donación y cuándo una liberalidad de uso puede resultar a veces complejo. Además de las reglas impuestas por la costumbre y por los usos sociales, se suele recurrir a la idea de la modicidad: el valor de lo regalado, puesto en relación con la capacidad económica de las partes. Se trata de un concepto relativo que deberá valorarse en función de las circunstancias concurrentes<sup>46</sup>, dado que en dos entornos sociales distintos un mismo regalo puede considerarse escaso o desmesurado.

En cualquier caso, existen ciertos elementos que permiten deslindar a una donación obligacional de una liberalidad de uso. En primer lugar, las donaciones obligacionales se realizan libremente, guiadas por la causa liberal del bienhechor (art. 1274 CC), sin que el donante tenga por qué sentirse obligado a realizar la donación presionado por los usos sociales o por la costumbre. En segundo lugar, las liberalidades de uso consisten en entregas de bienes muebles, mientras que las donaciones obligacionales pueden tener objeto la transmisión de bienes muebles e inmuebles<sup>47</sup>. Y, en tercer lugar, en una donación obligacional, el donante asume en el momento de perfección del contrato la obligación de entregar posteriormente<sup>48</sup>, en tanto que las liberalidades de uso obedecen al mismo esquema traslativo que

42 ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid, 2011, pp. 333-34.

43 LACRUZ BERDEJO, J. L.: "La donación", cit., p. 153.

44 ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, cit., pp. 67-91.

45 ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, cit., pp. 39-63.

46 DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil*, cit., p. 77; ROGEL VIDE, CARLOS: *Las liberalidades de uso*, cit., pp. 93-98.

47 Es muy discutible que puedan calificarse como liberalidades de uso las entregas dadas de bienes inmuebles, ya que en tales casos será difícil justificar el carácter módico del regalo. En todo caso, la práctica social demuestra que las liberalidades de uso suelen tener por objeto bienes muebles, especialmente dinero u objetos de mayor o menor tamaño, pero en cualquier caso de fácil transporte.

48 ATAZ LÓPEZ, J.: "La promesa de donación", cit., p. 182; CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, cit., p. 25.

la donación manual regulada en el art. 632.I CC: se perfeccionan y transmiten el dominio simultáneamente a la entrega de la cosa donada<sup>49</sup>.

Ahora bien, existen supuestos en los que una liberalidad de uso puede tener una estructura idéntica a la de una donación obligacional, con lo que la distinción entre ambas figuras resulta sumamente complicada. Si una persona, guiada por un genuino ánimo de liberalidad, comunica a un mendigo que pide limosna en la puerta de un establecimiento comercial que al salir de dicho establecimiento le entregará una cantidad de dinero, podría entenderse que existe una donación obligacional: se asume voluntariamente una obligación de entrega, que deberá ser cumplida diferidamente. ¿Será coercible la entrega del dinero, como consecuencia de la mera manifestación del promitente?

### 3. Prestaciones de cortesía.

A diferencia de Italia, donde han sido objeto de bastante atención<sup>50</sup>, las prestaciones de cortesía han sido poco estudiadas en España.

El único dato genérico común de las prestaciones de cortesía es la gratuidad. Las personas asumen ciertos deberes sociales que la vida en comunidad impone en las distintas relaciones interpersonales, y que se traducen en comportamientos que el sujeto cortés asume libre y espontáneamente, como consecuencia de razones de complacencia, conveniencia, honorabilidad, afecto o benevolencia<sup>51</sup>.

Las prestaciones de cortesía se distinguen de las liberalidades de uso porque consisten en la realización de una actividad, en un *facere*, que en el tráfico jurídico normalmente suele ir acompañada de una contraprestación. En estos supuestos, el sujeto cortés desea realizar algo sin percibir nada a cambio. La doctrina ha mencionado como supuesto arquetípico el transporte no remunerado entre familiares o amistades<sup>52</sup>.

El ordenamiento jurídico no concede relevancia jurídica a las prestaciones de cortesía, que se rigen por códigos de honor; en un sentido lato, en la medida en

49 Por esta razón, parte de la doctrina ha cuestionado que las liberalidades de uso no sean calificadas como donaciones. Para CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, es equivocado afirmar que los requisitos formales contenidos en el art. 632 CC no resulten aplicables a las liberalidades de uso, pues "hay, al efecto, una opinión simple pero contundente: la propina, la limosna, el regalo de boda o de cumpleaños y otros actos similares son siempre donaciones manuales. Y, en este sentido, la celebración es simultánea a la entrega traditoria de la cosa mueble" (CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: "La naturaleza de la donación", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001, p. 80).

50 Para una relación detallada, *vid.* VIVAS TESÓN, I.: "La invalidez de la promesa de donación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009, pp. 143-144.

51 VIVAS TESÓN, I.: "La invalidez de la promesa de donación", *cit.*, p. 144.

52 GORLA, G: *El contrato*, *cit.*, p. 207; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, *cit.*, p. 447.

que no existe vínculo jurídico. Como regla de principio, este tipo de prestaciones no son aptas para constituir una obligación, por lo que si el sujeto cortés no respeta su palabra, y termina incumpliendo su compromiso cortés, quien resulte desairado no dispondrá de ningún mecanismo jurídico que le permita exigir el cumplimiento de lo prometido<sup>53</sup>.

Evidentemente, el problema se plantea a la hora de deslindar las denominadas prestaciones de cortesía de los contratos: ¿cuándo alguien la declarado su compromiso de hacer algo por pura cortesía, sin pretender contraer un vínculo jurídico, y cuándo lo ha hecho celebrando un contrato, que constituye una obligación civil exigible?

#### 4. Obligaciones naturales.

El CC no se refiere explícitamente a las obligaciones naturales<sup>54</sup>. Sin embargo, parece razonable afirmar que están reconocidas implícitamente en el art. 1901 CC<sup>55</sup>, cuando dice que “se presume que hubo error en el pago cuando se entregó cosa que nunca se debió o que ya estaba pagada; pero aquel a quien se pida la devolución puede probar que la entrega se hizo a título de liberalidad o por otra causa justa”. Tal “causa justa” sería aquella que está desprovista de responsabilidad, pero que obliga en conciencia.

En consecuencia, las obligaciones naturales quedan normativamente asimiladas a los deberes morales o sociales. De ello deriva la falta de acción para exigir su cumplimiento, y el carácter irrepitable de lo voluntariamente entregado como consecuencia de móviles internos o de conciencia<sup>56</sup>. Quien resulta beneficiario de la prestación realizada en cumplimiento de una obligación natural no puede ser exigido de restituir lo percibido, ya que el art. 1901 CC constituye una causa de la atribución recibida<sup>57</sup>.

53 VIVAS TESÓN, I.: “La invalidez de la promesa de donación”, cit., p. 144.

54 En cambio, el Derecho navarro sí que contempla la obligación natural. La Ley 510 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra dice: “No será repetible el pago cuando se haya hecho en cumplimiento de un deber moral, o impuesto por el uso, aunque no sea judicialmente exigible. El reconocimiento, la novación, la compensación y la garantía de las obligaciones naturales producen efectos civiles”.

55 Según la STS 24 junio 2004 (RJ 2004, 4432), de las obligaciones naturales “hay un atisbo, estudiado hace tiempo por la doctrina científica, en el art. 1901 CC”. La STS 9 febrero 2007 (RJ 2007, 3556) y la STS 11 mayo 2007 (RJ 2007, 4666) dijeron que la idea de las obligaciones naturales “podría estar próxima al art. 1901 C.c.”. En la doctrina es habitual afirmar que el art. 1901 CC se refiere implícitamente a las obligaciones naturales. Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L.: “Las obligaciones naturales”, en *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1958, pp. 173-175; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.: *La obligación natural*, Bosch, Barcelona, 1990, pp. 32, 46; REALES ESPINA, J.I.: *La obligación natural en el Código Civil*, Comares, Granada, 2000, pp. 52-61.

56 La STS 8 marzo 1957 (RJ 1957, 1546) dijo que “aun concediendo a los deberes morales o de conciencia, su mayor rango de aproximación o equivalencia a la obligación natural, carecería en derecho civil positivo del impulso necesario y determinante de acción para imponer su cumplimiento, quedando así remitida la eficacia de la obligación de conciencia a la esfera íntima”.

57 Según la STSJ Navarra (Sala de lo Civil y Penal) 25 marzo 1993 (RJ 1993, 2561), “los deberes morales o sociales alcanzan trascendencia jurídica no con el hecho determinante de su generación o asunción, sino con la realización de la conducta que su cumplimiento requería (...) al reconocer el ordenamiento jurídico

La relación entre las prestaciones de cortesía y las obligaciones naturales es muy evidente. Si se parte de que las prestaciones de cortesía no constituyen compromisos vinculantes (y en consecuencia no existe ninguna obligación civil derivada de un contrato), el pretendido beneficiario de la manifestación cortés no podrá accionar contra el promitente, a quien solo cabrá reprochar éticamente que no dio cumplimiento a la palabra dada. Si por el contrario la prestación cortés es realizada, en cumplimiento del compromiso manifestado, el promitente lo habrá hecho sin haber estado jurídicamente obligado a hacerlo, porque así se lo habrá indicado su conciencia, su sentido del deber o su honestidad.

## V. LA FORMA COMO REQUISITO QUE DETERMINA EL NACIMIENTO DE LOS CONTRATOS GRATUITOS ATÍPICOS.

### I. El deslinde entre liberalidades de uso y prestaciones de cortesía, de un lado, y obligaciones civiles, de otro.

Como hemos expresado con anterioridad, existen casos en los que puede ser difícil determinar cuándo existe una liberalidad de uso, y cuándo una donación obligacional. De la misma manera, puede plantear especial dificultad distinguir cuándo existe una prestación de cortesía y cuándo un contrato gratuito vinculante. Incertidumbres de esta naturaleza suponen una amenaza para la seguridad jurídica de los particulares.

La resolución a estos problemas, a los que pretendemos dar respuesta, está vinculada a la idea de exigibilidad, consustancial a todo contrato (arts. 1091 y 1256 CC)<sup>58</sup>. La inexistencia de sinalagma, o lo que es lo mismo, la falta de reciprocidad, siempre ha provocado que los contratos gratuitos atípicos sean vistos con cierto recelo. Si alguien se obliga gratuitamente a regalar una cosa, a entregar algo con la condición de que le sea restituido o custodiado sin pagar nada a cambio, a realizar una actividad o ejecutar un resultado sin percibir ninguna remuneración, o a efectuar un transporte sin contraprestación alguna, ¿podrá el beneficiario de tales compromisos exigir su cumplimiento?

La documentación por escrito del contrato (donación de bienes muebles sin entrega inmediata -art. 632.II CC- y donación de bienes inmuebles, con o sin entrega inmediata -art. 633 CC-), o la entrega en los contratos reales (donación

---

en el deber moral cumplido la mediación de una causa bastante para el mantenimiento del "statu quo" derivado de su realización".

58 La STS 22 diciembre 2014 (RJ) 2014, 6406) se refirió al "principio de *lex contractus*, fuerza vinculante de los contratos que proclama el artículo 1091 del Código civil y que es destacada por reiterada jurisprudencia como las sentencias de 5 octubre 2006 y 2 diciembre 2011 y las que la ponen en relación con el principio de autonomía de la voluntad, proclamado por el artículo 1255, de 1 de junio de 2009, 1 de octubre de 2010 y 17 de diciembre de 2010, o bien con el principio de la *necessitas*, esencia de la obligación que proclama el artículo 1256, sentencias de 19 de febrero de 2010, 13 de octubre de 2010 o, en definitiva con el de *pacta sunt servanda*, las sentencias de 7 febrero 2001 y 1 de junio de 2009".

manual -art. 632.I CC-; mutuo -arts. 1740 y 1753 CC-; comodato -art. 1740 CC-; depósito -art. 1758 CC-), permiten apreciar la intención de contraer un vínculo jurídico<sup>59</sup>. Pero la ausencia de forma o de entrega no permite determinar con claridad si existió una intención decidida o meditada de celebrar un contrato, o si por el contrario nos encontramos simplemente ante manifestaciones corteses, sin voluntad de asumir consecuencias jurídicas de ninguna clase<sup>60</sup>.

Si las manifestaciones cuya calificación se reputa dudosa se produjeron verbalmente, existirá además un problema de prueba, pues a no ser que el compromiso se haya manifestado ante testigos, será muy difícil que el pretendido beneficiario pueda acreditar la existencia de un contrato vinculante para el promitente. Sin embargo, incluso en el hipotético supuesto de que sea posible acreditar que una persona manifestó ante otra que asumía un compromiso de dar o de hacer algo sin recibir nada a cambio, el promitente siempre podrá argumentar que no se perfeccionó ningún contrato y que por tanto no existe ninguna obligación, porque lo que existió fue una mera declaración de cortesía, es decir, un compromiso moral o social, que no es exigible jurídicamente.

Si se admitiese que fuera del marco de seguridad que ofrecen los contratos formales y reales pudiesen ser asumidas obligaciones a título gratuito, la situación de incertidumbre solo podría ser resuelta determinando si el promitente tuvo intención de vincularse jurídicamente, lo que está conectado con la apreciación de una causa razonable: el conjunto de circunstancias y motivos que, desde un punto de vista objetivo, hacen plausible o explicable la asunción de un vínculo jurídico exigible y coercible<sup>61</sup>.

Sin embargo, en la práctica, y fuera de supuestos excepcionales y anómalos, dicha causa razonable sería de muy difícil apreciación en sede judicial, pues quedaría reducida a una única cuestión: si hubo o no intención de asumir una obligación coercible a cambio de nada. Ante un contrato atípico gratuito desprovisto de formalidad escrita, la carga de la prueba correspondería al pretendido beneficiario, que es quien debería acreditar la voluntad del promitente consistente en la asunción de una obligación gratuita coercible<sup>62</sup>. En un contexto semejante, cabe presumir que la falta de plasmación por escrito de la obligación, unida a una eventual negativa

59 GORLA, G: *El contrato*, cit., pp. 206-207; DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., pp. 285-286.

60 GORLA, G: *El contrato*, cit., p. 207.

61 GORLA, G.: *El contrato*, cit., p. 212.

62 El art. 217.2 LEC dice que "corresponde al actor (...) la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda". Además, no es posible exigir al promitente que acredite que no se perfeccionó un contrato, o que no tuvo intención de vincularse jurídicamente, pues ello supondría imponerle la acreditación de hechos negativos, lo cual resulta empíricamente imposible. La STS 19 septiembre 2013 (RJ 2013, 7604) dijo que "los tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24 de la Constitución, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses pertinentes para su defensa".



del promitente a admitir la asunción de una obligación vinculante, haría inviable el triunfo de una reclamación judicial dirigida al cumplimiento de un contrato gratuito atípico, cuya mera existencia resultaría casi imposible de acreditar<sup>63</sup>.

Este planteamiento parece conducir a un callejón sin salida. Obliga a plantear si es posible constatar de alguna manera objetiva cuándo se ha perfeccionado un contrato gratuito atípico (que por su propia definición es obligatorio y vinculante), y cuándo existe una mera declaración de cortesía (que podrá ser cumplida por el promitente a su propia voluntad, a modo de una obligación natural, guiado por su sentido de la ética, la honorabilidad o la moralidad, pero cuyo cumplimiento forzoso no puede ser compelido en sede judicial). En suma, el razonamiento es insatisfactorio, pues consiste en un recorrido circular que termina regresando al punto de partida, sin hallar una solución razonable. En ausencia de contraprestación, de entrega de una cosa, o de forma escrita, no es posible determinar cuándo existe una voluntad decidida de asumir jurídicamente una obligación a cambio de nada.

## 2. Conclusiones.

En esta tesitura, resulta extraordinariamente útil recurrir al método exegético, teniendo a la vez presente el trasfondo histórico de las regulaciones normativas. Como tuvimos ocasión de exponer anteriormente, la perfección de los contratos gratuitos que comportan transmisión de dominio o desplazamiento posesorio siempre ha estado condicionada al cumplimiento de ciertos requisitos formales especiales. El mutuo, el comodato y el depósito fueron tradicionalmente conceptualizados como contratos reales. Y la validez de las donaciones siempre ha presupuesto ciertos requisitos formales especialmente gravosos.

Esta característica común a los contratos gratuitos típicos permite proporcionar una solución al problema enunciado: los compromisos gratuitos son contratos (y, en consecuencia, son vinculantes, y su cumplimiento puede ser compelido forzosamente) solo cuando hayan sido plasmados por escrito. Así las cosas, la forma es el elemento que distingue a la obligación civil exigible de una mera manifestación cortés incoercible; o lo que es lo mismo, de un contrato inexistente.

Nos parece evidente que, si una persona desea comprometerse jurídicamente a realizar una prestación atípica gratuita, sin recibir ninguna contraprestación, es razonable exigir que el contrato conste por escrito. Solo así será posible determinar que la obligación ha nacido jurídicamente, cuál ha sido el contenido de esa obligación, y constatar la decidida voluntad de asumirla a cambio de nada<sup>64</sup>.

63 GORLA, G.: *El contrato*, cit., pp. 212-217.

64 Adviértase que la simple entrega de una cosa tampoco permite calificar jurídicamente un contrato, pues del simple hecho posesorio podría deducirse la existencia de una donación, de un mutuo, de un comodato, de un depósito, o incluso un precario. La interesante SAP València (Sección 6ª) 24 marzo 2023 (JUR 2023,

Realmente, la conclusión alcanzada consiste en regresar a los orígenes: como no es fácil deslindar las relaciones de cortesía y la voluntad jurídica de comprometerse, es necesario recurrir al aspecto formal. Como puso acertadamente de relieve VIVAS TESÓN, “el elemento que discierne el paso de lo cortés a lo jurídico no es otro sino la forma, elemento no equívoco por su materialidad”, ya que cualquier compromiso “se juridifica mediante la forma, a partir de la cual ya no es posible tener dudas acerca del carácter jurídico de la relación instaurada”<sup>65</sup>.

Como destacó SALVADOR CODERCH, “en el contexto del C. c. no hay, a nivel de regulación general para los actos de autonomía privada de carácter patrimonial e *inter vivos*, puntos intermedios claramente delimitados entre las rígidas reglas de la donación típica y el puro intercambio de promesas en que pensaba el Código. Y manifestación de esta situación es la polémica doctrinal en torno a los denominados contratos reales con respecto a los cuales se discute si la entrega es condición de perfección del contrato en todo caso, solo cuando éste es gratuito o en ningún caso, oscilándose así entre el criterio formalista que preside las reglas de la donación y el consensualista propio de los contratos de intercambio”. (...) “Quien piensa que, por ejemplo, el comodato y el mutuo o depósito gratuitos exigen la entrega como un requisito de perfección, lo hacen así por analogía con las reglas formales de la donación típica hasta el punto de que, también por analogía con la donación, la entrega puede ser sustituida por otra formalidad -la escritura- en tanto en cuanto eso es admitido en el ámbito de aquella figura”<sup>66</sup>.

Anteriormente, DE CASTRO Y BRAVO había afirmado que la “construcción del tipo en la Ley como contrato real o formal no implica [que] se niegue la posibilidad de negocios atípicos de préstamo y de depósito. Cabe la existencia de un contrato de donación de uso o de custodia, plenamente eficaz con tal de que conste por

---

317016) resaltó la importancia de la indagación de la voluntad de las partes, indicando que si “por vía del art. 1255 del CC y del consentimiento contractual cualquier persona puede obligarse a prestar a otra algo y ésta tener por ello la facultad de exigirlo o, en caso de incumplimiento, de reclamarle daños y perjuicios si los hubiera sufrido, claro es que el contrato de préstamo no puede configurarse exclusiva y auténticamente como un contrato de naturaleza real y unilateral, sino más bien como un negocio consensual y bilateral. Por eso el consentimiento para prestar dinero o cosa mueble fungible es necesario e indispensable en el contrato de que se trata, pues de no serlo se podría estar ante una donación verbal de cosa mueble que se perfeccionaría con la entrega de la casa donada (art. 632 CC). Así, de la misma forma que para entender que ha habido donación se requiere la entrega de la cosa, el “*animus donandi*” y la aceptación, para considerar que ha habido un préstamo se requiere también no solo la entrega de algo, sino también el “*animus commodi*”, deviniendo en ambos contratos indispensables el elemento consensual. De ahí que la determinación de la calificación jurídica del contrato celebrado en cada caso no dependa exclusivamente de la entrega de la cosa, sino del elemento consensual que lo defina, ya que en caso de duda habrá de estarse a este último, que es el que determinaría verdaderamente la naturaleza jurídica del contrato celebrado, sea donación, préstamo, depósito...”. Como es lógico, la plasmación por escrito del contrato simplifica enormemente la constatación de cuál fue la voluntad que llevó a entregar una cosa a otra persona, y permite calificar correctamente el contrato en cuestión. En todo caso, la entrega de una cosa no tiene lugar en los contratos de obra, servicios o transporte gratuitos, lo que evidencia la utilidad práctica de su necesaria plasmación por escrito en orden a la constatación de la existencia de un contrato, y su distinción respecto de las prestaciones de cortesía. Vid. GORLA, G.: *El contrato*, cit., pp. 206-207.

65 VIVAS TESÓN, I.: “La invalidez de la promesa de donación”, cit., p. 144.

66 SALVADOR CODERCH, P.: “Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa”, *Revista de Derecho Privado*, vol. 62, 1978, p. 690.

escrito el consentimiento de las partes (arts. 1.261, 1.274, 632). El Código, que ha reconocido expresamente el simple préstamo y el depósito oneroso (arts. 1.740, 1.760), ha de admitir su validez, dado el consentimiento sobre objeto y causa, siempre y cuando haya mutua promesa de prestaciones (art. 1.274); aunque quede entonces el contrato fuera del tipo estricto legal. Resulta, pues, reducida la exigencia de la entrega o recepción de la cosa a ser un requisito de forma (“ad solemnitatem”) para los préstamos y depósitos gratuitos contraídos verbalmente<sup>67</sup>.

Tal criterio es muy semejante al que a su vez había expuesto GORLA, quien adujo que “sería muy oportuno, si se abandonara la idea del contrato real, requerir por lo menos la forma escrita para las promesas de comodato, de mutuo, y en general de servicios a título gratuito, precisamente cuando falte la *res* (forma escrita incluso para la aceptación). De esta manera habría para tales “liberalidades” de segundo grado una forma menos compleja que haría *pendant* con la forma que se exige para las liberalidades de primer grado (la donación) y serviría también como protección del promitente en los casos más graves”<sup>68</sup>.

Desde nuestro punto de vista, el planteamiento expuesto por estos autores es de todo punto lógico. Para determinar cuándo nos encontramos ante contratos gratuitos atípicos, es perfectamente razonable tomar como referencia los requisitos formales que exigen los arts. 632 y 633 CC, pues permiten constatar la decidida voluntad de asumir una obligación vinculante y coercible, con lo que de paso se descarta la existencia de liberalidades de uso o de prestaciones de cortesía. Sin embargo, para llegar a dicha conclusión no nos parece adecuado calificar a los contratos gratuitos atípicos como “donaciones de uso o de custodia”, ni tampoco como “donaciones de segundo grado”. Cada contrato atípico gratuito tiene perfiles y caracteres propios, sin que exista ninguna necesidad de que sean identificados con otros tipos contractuales gratuitos. A mayor abundamiento, la aplicación analógica de las formas de las donaciones a los contratos gratuitos atípicos obedece a que existe una clara identidad de razón, tal y como exige el art. 4.I CC: la validez del contrato gratuito está condicionada a la entrega simultánea de la cosa, o a la plasmación del contrato por escrito. Tal es el espíritu que informa el art. 632 CC. No obstante, la exigencia del requisito formal aumenta cuando el objeto del contrato sea un bien inmueble, tal y como se desprende del art. 633 CC.

En consecuencia, puede establecerse el siguiente cuadro normativo relativo a la forma de los contratos gratuitos atípicos:

67 DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, cit., p. 287.

68 GORLA, G.: *El contrato*, cit., p. 212.

Donación obligacional o promisorias: documento privado, y optativamente público, cuando tenga por objeto la transmisión de bienes muebles (art. 632 CC), y escritura pública cuando tenga por objeto la transmisión de bienes inmuebles (art. 633 CC)<sup>69</sup>.

Mutuo, comodato y depósito consensuales: documento privado, y optativamente público (art. 632 CC)<sup>70</sup>.

Obra, servicio y transporte gratuitos: documento privado, y optativamente público (art. 632 CC)<sup>71</sup>.

### 3. Reflexiones de *lege ferenda*.

Es evidente que los contratos gratuitos destacan por la liberalidad, la magnanimidad y la grandeza de espíritu de quien se obliga a recibir nada a cambio. Sin embargo, paradójicamente, la favorable acogida social que merecen no corre pareja con la regulación positiva, que es prácticamente inexistente.

Resulta hasta cierto punto prudente adoptar una postura cautelosa ante esta clase de contratos. Los contratos gratuitos han sido considerados anómalos desde bien antiguo, y pueden ser utilizados como instrumento que dé cobijo al fraude. Sin embargo, entendemos injustificada una aproximación exclusivamente negativa, pues desempeñan un papel muy relevante que se concreta en la redistribución de la riqueza y la mejora del bienestar general.

Ello no implica, evidentemente, que su celebración sea admisible en todo caso. La cuestión no se debe centrar en negar la posibilidad de suscribir contratos gratuitos atípicos, ni tampoco en promover su celebración indiscriminadamente,

69 Este criterio fue asumido por la SAP Barcelona (Sección 17<sup>a</sup>) 27 junio 2000 (JUR 2000, 284349): "Lo que no resulta cuestionable ni por doctrina ni por la jurisprudencia es la imposición de la forma 'ad solemnitatem', en determinados casos de tal modo que: a) En las donaciones traslativas con entrega inmediata de cosa mueble, existe libertad de forma pudiéndose hacer tanto verbal como por escrito -art. 632. 1º y 2º-; mientras que en las donaciones obligacionales de cosa mueble es necesario la forma escrita bien en documento privado o público -art. 632. 2 CC-, y b) En las donaciones de inmuebles tanto si es traslativa (con entrega inmediata) o meramente obligatoria siempre resulta necesaria la escritura pública tanto para la donación como para la aceptación aunque ésta última no se precisa sea realizada en unidad de acto pero siempre debe efectuarse en vida del donante y por escritura pública art. 633 CC-". Vid. CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, cit., pp. 86-93.

70 En relación con el contrato de préstamo consensual, ALBALADEJO GARCÍA señaló que "puede concluirse que el contrato de préstamo lo estima la ley como contrato jurídico (y no como mero acuerdo simplemente social pero desprovisto de eficacia jurídica), y, como tal, obligatorio para las partes en el plano legal, tanto si al acuerdo de prestar se le une la entrega de la cosa prestada (C.c., artículo 1.740), como si el acuerdo, aun concertado sólo de palabra, es oneroso, como si aun no siendo oneroso, se otorga por escrito (argumento ex art. 632, que, para la eficacia jurídica de la donación de cosa mueble, pide que se entregue simultáneamente o se entregue por escrito)" (ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 2002, p. 797). El mismo criterio es defendido en ATAZ LÓPEZ, J.: "Sobre la obligatoriedad", cit., p. 89. Así las cosas, la cuestión no se centra en determinar si resulta posible configurar los contratos reales de mutuo, comodato y depósito como contratos consensuales en virtud de la autonomía de la voluntad, sino si es factible hacerlo sin que consten por escrito.

71 GORLA, G.: *El contrato*, cit., p. 212.

sino en establecer unas reglas claras y previsibles que contribuyan a la plena seguridad jurídica. La forma escrita cumple tal finalidad a la perfección.

Como dijo CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “encaminado el Derecho a posibilitar y facilitar la vida social favoreciendo el intercambio de bienes y servicios y armonizando intereses contrapuestos, con más razón no debe desentenderse del móvil de generosidad de los particulares, iniciativa que debe proteger y fomentar, sin más restricciones que las impuestas por la ley precisamente para preservar legítimos intereses de otros afectados”<sup>72</sup>. En consecuencia, sería recomendable que la ley dijese expresamente que los contratos gratuitos atípicos deben constar por escrito para constituir obligaciones jurídicamente vinculantes y coercibles. De esta manera, se potenciaría el altruismo y la generosidad, con el consiguiente beneficio social que tales atributos conllevan; siempre quedaría claramente determinado cuándo existe un contrato y cuándo una mera declaración de cortesía, evitando enfrentamientos personales y conflictos judiciales; y, en definitiva, se garantizaría la plena seguridad jurídica de todas las partes implicadas.

---

72 CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: “Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos”, en AA.VV.: *Contratos gratuitos* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Reus, Madrid, 2020, pp. 22-23.

## BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.:

- *Derecho Civil. II. Derecho de obligaciones*, 11<sup>a</sup> ed., Bosch, Barcelona, 2002.
- “Sobre si equivale o no al título la posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, pero gratuitamente”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 50, 1997.

ÁLVAREZ CORA, E.: *La teoría de los contratos en Castilla (siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

APALATEGUI OCEJO, P. y OYUELOS PÉREZ, R.: *Código Civil comentado y concordado extensamente con arreglo á la nueva edición oficial. Tomo XI. Diferentes modos de adquirir la propiedad. Ocupación. Donación*, Imprenta de Ricardo Rojas, Madrid, 1896.

ATAZ LÓPEZ, J.: “La promesa de donación”, en AA.VV.: *Tratado de las liberalidades. Homenaje al profesor Enrique Rubio Torrano* (dir. por M. Á. EGUSQUIZA BALMASEDA y M. C. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

ATAZ LÓPEZ, J.: “Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización”, en AA.VV.: *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos* (coord. por J. ATAZ LÓPEZ y C.L. GARCÍA PÉREZ), Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J. I.:

- “La naturaleza de la donación”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 38, 2001.
- *La obligación natural*, Bosch, Barcelona, 1990.

CASTAÑOS CASTRO, P.: *La donación obligacional*, Reus, Madrid, 2021.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: “Las diversas funciones de los actos jurídicos gratuitos”, en AA.VV.: *Contratos gratuitos* (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), Reus, Madrid, 2020.

COING, H.: *Derecho privado europeo. Tomo I. Derecho Común más antiguo (1500-1800)*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J. L.: *La donación en el Código Civil y a través de la jurisprudencia*, Dykinson, Madrid, 2000.

DE PRADA GONZÁLEZ, J. M.: "La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 16, 1968.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho Civil. Volumen II. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.

DORAL GARCÍA DE PAZOS, J. A. y DEL ARCO TORRES, M. A.: *El negocio jurídico*, Trivium, Madrid, 1982.

D'ORS PÉREZ PEIX, A.: *Derecho Privado Romano*, 10ª ed., Ediciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2004.

FUENTES LOJO, J. V.: "El transporte gratuito de cosas y su naturaleza jurídica", *Revista General de Derecho*, núm. 171, 1958.

GARCÍA DEL CORRAL, I. L.: *Cuerpo del Derecho civil romano á doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias*, Jaime Molinas, València-Barcelona, 1889-1898.

GORLA, G.: *El contrato. Problemas fundamentales tratados según el método comparativo y casuístico. I. Exposición General*, Bosch, Barcelona, 1959.

GUZMÁN BRITO, A.: *Derecho Privado Romano. Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.

JORDANO BAREA, J. B.: *La categoría de los contratos reales*, Bosch, Barcelona, 1958.

LACRUZ BERDEJO, J. L.:

- "La donación", en AA.VV.: *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de obligaciones. Volumen Tercero. Contratos y cuasicontratos*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1986.
- "Las obligaciones naturales", en *Estudios de Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 1958.

LEVY, E.: *West Roman Vulgar Law*, American Philosophical Society Library, Filadelfia, 1951.

LÓPEZ, G.: *Las Siete Partidas glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez. Quinta Partida*, Andrea de Portonariis, Salamanca, 1555.

MANRESA Y NAVARRO, J. M.: *Comentarios al Código Civil español. Tomo V*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1896.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. M<sup>a</sup>.: "Notas sobre el artículo 464 del Código Civil y la reciente jurisprudencia", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 52, 1999.

PÉREZ MARTÍN, A.: "Mandato y representación en el derecho histórico", *Anales de Derecho*, núm. 12 (1), 1994.

RABANETE MARTÍNEZ, I.: "La pretendida "realidad" del comodato", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 extra, 2022.

REALES ESPINA, J. I.: *La obligación natural en el Código Civil*, Comares, Granada, 2000.

ROGEL VIDE, C.: *Las liberalidades de uso*, Reus, Madrid, 2011.

SALVADOR CODERCH, P.: "Promesas y contratos unilaterales: sobre la necesidad de aceptación cuando media una causa justa", *Revista de Derecho Privado*, vol. 62, 1978.

TAMAYO CARMONA, J. A.: "Liberalidad, intención liberal y *animus donandi*. Algunas reflexiones sobre la gratuidad del contrato", en AA.VV.: *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés. Tomo II* (coord. por F. P. BLASCO GASCÓ, M. E. CLEMENTE MEORO, F. J. ORDUÑA MORENO, L. PRATS ALBENTOSA y R. VERDERA SERVER), Tirant lo Blanch, València, 2011.

VALIÑO DEL RÍO, E.: *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Quiles, València, 1991.

VIVAS TESÓN, I.: "La invalidez de la promesa de donación", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 22, 2009.