

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

From the Selected Works of Marco Andrei Torres Maldonado

October, 2013

La forma en la donación propter nuptias: ¿Una excepción que se convierte en regla?

Marco Andrei Torres Maldonado, *Universidad Nacional Mayor de San Marcos*
Mario Castillo Freyre



Available at: <https://works.bepress.com/marcoandreitorresmaldonado/4/>

La forma en la donación *propter nuptias* ¿Una excepción que se convierte en regla?*

Mario **CASTILLO FREYRE*** / Marco Andrei **TORRES MALDONADO****

TEMA RELEVANTE

Según los autores cualquier donación de bien mueble cuyo valor supere el 25% de una UIT, nos coloca ante una situación de importancia para los contratantes, en donde las condiciones afectivas y sociales hacen absolutamente imposible la aplicación práctica de la formalidad del escrito de fecha cierta, el detalle y la valorización que exige el artículo 1624 del Código Civil. Son raras las donaciones formales, por lo que la informalidad viene a ser la regla general. Así se concluye que la donación de bienes muebles debe carecer de formalidad alguna, pues en la práctica ya no la tiene.

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 140, 143, 219, 312, 1411, 1621, 1623, 1624, 1626 y 1629.

I. PALABRAS LIMINARES

La celebración del matrimonio y la consiguiente formación de una familia, obligan a contemplar problemas económicos que afectan a la pareja. De ahí, que desde los tiempos más antiguos se practicaran determinados usos –esto es, actuares convencionales– tendientes a ayudar en la situación de los cónyuges.

Dentro de ellos se destacan, con características singulares, las donaciones de bienes muebles con ocasión de bodas, que fueron reglamentados y tratados –primigeniamente– en el antiguo Derecho castellano, pero que se han simplificado extraordinariamente en las legislaciones contemporáneas para ponerlas en concordancia con las costumbres actuales.

Refiriéndose a esta tipología de donación, el jurisconsulto romano Mucius Scaevola¹ señalaba que esta es la primera y más concebible forma de aportación matrimonial. Nuestro Código Civil, sin ser ajeno a

* “Y al entrar en la casa, vieron al niño con su madre María, y postrándose, lo adoraron; y abriendo sus tesoros, le ofrecieron presentes: oro, incienso y mirra”. (Mt. 2; 4-6).

** Magister y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor de Derecho Civil (Obligaciones y Contratos) en la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio.

** Asistente legal del Estudio Mario Castillo Freyre. Asistente de cátedra de Derecho Civil, en los cursos de Derecho de las Personas, Acto Jurídico y Derecho de las Obligaciones en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Miembro del Taller de Derecho Civil José León Barandiarán de la UNMSM.

1 Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil español, Común y Foral*. Tomo V, volumen I, 8ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1960, p. 367.

la trascendencia económica y social de esta institución, reconoce en su artículo 1626 la donación de bienes muebles con ocasión de bodas y acontecimientos similares. La que queda excluida de formalidad para su celebración; convirtiéndose en una excepción a la formalidad general que asume el contrato de donación de bienes muebles, que requiere para su validez—cuando esta supera el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria— haber sido celebrada por documento escrito de fecha cierta, con indicación y valorización de los bienes donados.

Sin embargo, en el presente estudio apreciaremos que la realidad desborda la norma jurídica. Así pues, la excepción —mágica e increíblemente— se ha convertido (dentro del *topos* de lo pragmático, la realidad o diversas circunstancias fácticas) en regla general.

II. BREVES ALCANCES SOBRE LA FORMA EN LOS CONTRATOS

El principio de libertad de forma es reconocido por muchos ordenamientos jurídicos y el Derecho peruano no constituye la excepción, hallándose regulado en el artículo 143 del Código Civil, el cual expresa que “cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”. Es así que las partes pueden decidir qué forma utilizar para manifestar su voluntad y probar la existencia del acto celebrado.

El principio en materia de forma contractual—en el Código Civil— es el de plena libertad, pero la ley puede exigir el cumplimiento de determinada forma “para hacer efectivas las

obligaciones propias de un contrato”². Como indica Lohmann³, el artículo 143 establece, en suma, que las partes pueden convenir una formalidad determinada para la conclusión de cierto negocio. Ello obedece al principio de autonomía privada que inspira la figura negocial, según el cual los negociantes son libres de establecer los preceptos reguladores de sus intereses, intereses que bien pueden comprender el dotar a tales preceptos de las seguridades y garantías que proporcionan las formalidades.

Ahora bien, junto a la mencionada disposición tenemos el artículo 1411 del Código Civil, que se encarga de regular la presunción *iuris tantum* de formalidad en materia de contratos, el que prescribe que “se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”. A decir de Leyva Saavedra⁴, en el citado dispositivo podemos advertir dos enunciados: uno, no expresado, que reconoce a la autonomía contractual el poder de incidir no solo sobre el contenido del contrato, sino también sobre la forma; y otro, estatuido *expressis verbis*, precisa que ante la duda de la naturaleza de la forma establecida, y sin que las partes hayan aclarado el valor atribuido al requisito formal, se entiende en el sentido de que de la forma convenida por las partes es para la validez del contrato.

En general, a toda exteriorización de la voluntad le corresponde una determinada forma⁵. La voluntad interna, como bien señala Gete-Alonso⁶, se da a conocer siempre a

2 DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 47.

3 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Negocio Jurídico*. 2ª edición, Grijley, Lima, 1997, p. 139.

4 LEYVA SAAVEDRA, José. “Forma y Formalismo Contractual”. En: *Revista Esden*. Nº 4, Lima, 2008, p. 18.

5 LEYVA SAAVEDRA, José. “La forma en el negocio jurídico y en el leasing”. En: *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Nº 1, Lima, 1994-5, p. 40.

6 GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen. *El Contrato*. En: FERRIOL PUIG, Luís. *Manual de Derecho Civil*. Volumen II, 2ª edición, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1998, p. 549. En palabras de la citada autora, cuando se habla de la forma como elemento del contrato se alude a aquel elemento de más (plus) que exige la ley, o las partes, a la

través de las palabras, los signos o la actuación que realiza la persona, de donde se sigue que en realidad todas las declaraciones son formales. Ergo, la forma de un acto jurídico se define como la posibilidad objetiva de ser reconocida por los demás y que puede consistir en una declaración o en un comportamiento⁷.

Señala al respecto Scognamiglio⁸ que el contrato —como cualquier acto de autorregulación de intereses— debe asumir una forma para surgir a la vida y, en tal sentido, se exige en el Derecho moderno, que en principio no se requiere formalidad especial para el perfeccionamiento del contrato, una indispensable correspondencia entre el momento de la celebración del contrato y el de adopción de la forma, para que se realice adecuadamente la autorregulación de los intereses privados⁹.

Debemos precisar que **forma** es diferente de **formalidad**, puesto que la formalidad es la forma que es exigida por la ley para que la declaración de voluntad tenga determinado

sentido y produzca cierto efecto. Como indica Lohmann¹⁰, lo que ocurre es que la redacción de los numerales 140 y 143 se presta a confusión, pues no han querido referirse a la forma, sino a la formalidad en el sentido de ritos o solemnidades con que debe emitirse la declaración de voluntad o que debe tener el negocio en conjunto.

Entonces, “en un sentido más técnico y preciso, el concepto de forma hace referencia a un medio concreto y determinado que el ordenamiento jurídico o la voluntad de los particulares exige para la exteriorización de la voluntad. La eficacia negocial se hace depender entonces de la observancia de ciertas formas, que son las únicas admitidas como modo de expresión de voluntad. La forma es aquí manera de ser del negocio, según el conocido tópico *forma dat esse rei*”¹¹.

Partiendo de lo expuesto, no debemos confundirnos y pensar que en la clasificación de contratos formales y no formales solo los primeros tienen forma¹². Pensar algo semejante

declaración o al contrato, bien para su validez, bien para su eficacia, o para otra finalidad distinta, y que se traduce en requerir que se exprese utilizando un determinado vehículo o medio (la escritura pública, un documento privado, etc.). El plus que representa la forma para el contrato no siempre tiene el mismo alcance y relevancia. GETE-ALONSO, María del Carmen. Ob. cit., p. 549.

7 STIGLITZ, Rubén. *Contratos civiles y comerciales*. Tomo II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 389.

8 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría del Contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 119.

9 Si bien es verdad que la forma es el vehículo por medio del cual se manifiesta la voluntad negocial, no debe confundirse dicha voluntad con la forma. En tal sentido, no compartimos las posiciones que las identifican como una misma cosa. Refiriéndose al tema, Díez-Picazo sostiene que la forma es un plus añadido a la voluntad, como vehículo necesario de expresión de esta o como necesario revestimiento de la misma. DíEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*. Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 248.

10 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. Ob. cit., p. 132.

11 DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ob. cit., volumen I, p. 96.

12 Al respecto resulta relevante recordar lo expresado por Emilio Betti, quien sostiene que “la antítesis entre los negocios formales y no formales no significa que los primeros estén dotados de forma y que los segundos estén privados de esta. El problema de la forma de los negocios (a todos los cuales les es indispensable una forma, pues sin ella no serían socialmente reconocibles) tiene otro sentido. De lo que se trata es de apreciar si, entre una pluralidad de formas igualmente idóneas para hacer reconocible un determinado precepto de la autonomía privada, el Derecho debe o no establecer, con carácter necesario, una forma específica o varias formas optativas, de modo tal que un contenido preceptivo que se enunciará en forma distinta de las prescritas (por ejemplo, un testamento oral, en la actualidad) no podrá producir alguno o todos los efectos legales propios de aquel tipo de negocio. Son formales, precisamente, aquellos negocios cuya forma ha sido taxativamente prefijada, es decir, vinculada a la ley; son no formales, aquellos cuya forma es libre, y que pueden cumplirse, por lo tanto, en cualquier forma que la costumbre entienda como instrumento de exteriorización atendible y unívoco, suficiente para hacer socialmente reconocible el contenido preceptivo del caso. Y aquí se tiene que recordar una diferencia entre declaración y comportamiento: la declaración señala un apartamiento entre enunciacón de la estructura de intereses en juego y su actuación en el mundo físico; en cambio, el comportamiento señala una compenetración, al menos parcial, entre ellas, cuya univocidad se supone siempre”. BETTI, Emilio. “Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico”. En: *Teoría General del Negocio Jurídico: 4 estudios fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. ARA Editores, Lima, 2001, p. 55.

sería un grave error, pues todo contrato tiene forma, al punto de que es posible afirmar que un contrato sin forma es inconcebible.

La forma, citando a López de Zavalía¹³, es la exterioridad, la visibilidad del acto, abstraída de su contenido, y ningún acto tiene el carácter voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste. Vistas así las cosas, debe quedarnos claro que cuando se dice que los contratos son formales o no, se emplea la expresión en un sentido específico, llamando **forma** a una clase especial de forma¹⁴.

En sentido genérico, con la palabra **forma** se designa a cualquier manera de exteriorizar la voluntad. Se emplea el vocablo en esta acepción cuando afirmamos que todo contrato tiene una forma. Forma, en sentido amplio o lato, es el medio de exteriorización de la voluntad. A través de ella logra su exteriorización objetiva; es la envoltura con la cual el contrato se presenta ante la sociedad.

En sentido específico, con la palabra **forma** se designa a algunas maneras exteriorizantes de la voluntad. De entre todas las formas **esenciales** posibles se eligen algunas —o la mayoría de ocasiones solo una— y se declara que es la que debe ser utilizada. Se trata, en estos casos, de una forma impuesta. Se

entiende que, en sentido estricto, indica un modo de exteriorización de la voluntad requerida expresamente por ley o por las partes, para que el contrato no comprometa su validez y, por ende, su eficacia¹⁵.

La división entre contratos formales y no formales resulta, como es evidente, del sentido específico del término **forma**.

Tomando en consideración el sentido específico del vocablo, puede aseverarse que el contrato es **formal** cuando tiene una forma **impuesta** por la ley o por las partes y no formal en los demás casos; es decir, cuando presenta **una forma libre**¹⁶. Dentro de tal orden de ideas, el principio del artículo 1411 es el de la libertad de forma. Esta libertad implica que la eficacia y la validez contractuales son independientes de la forma.

Siguiendo a Scognamiglio¹⁷ podemos decir que la experiencia indica la aceptación de diversas formas, de acuerdo a las exigencias prácticas, pero todas idóneas para satisfacer la finalidad indicada. Se advierte, en tal sentido, que la libertad de forma conlleva a que los particulares pueden adoptar una forma cualquiera para el contrato o acto jurídico que celebren, con tal de que esta sea idónea para ese fin.

13 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos*. Parte General. Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1984, p. 194.

14 Ídem.

15 LEYVA SAAVEDRA, José. “Forma y Formalismo Contractual”. Ob. cit., p. 18.

16 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Ob. cit., p. 195.

17 SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 119. El mencionado autor señala que la doctrina tradicional concibe a la declaración como la forma necesaria siempre para la existencia del acto negocial, lo que —afirma— la lleva a nociones equívocas de la declaración tácita y el negocio de voluntad, para explicar lo que ocurre cuando todo se traduce en una conducta concluyente o en un comportamiento de actuación. Scognamiglio precisa, por el contrario, que se entiende por declaración la revelación de la autorregulación de intereses, cualquiera sea la forma en que se realiza, identificándola así con la propia idea de forma esencial del acto, y entonces *nulla quaestio*, o bien se retiene su significado técnico de acto dirigido a producir un efecto psíquico en la mente del otro y, en tal caso, debe aceptarse que el acto negocial puede cumplirse también en otras formas (distintas de la declaración), sin perjuicio de reconocer que la declaración es la forma más difundida, por ser la que corresponde mejor a la necesidad práctica más intensa, la de hacer conocible el contenido del acto a los otros interesados. Por ello, la conducta concluyente y unívoca del sujeto en una forma idónea a dicho fin, que representa por cierto una mayor economía de esfuerzos, de la cual puede inferir cualquier interesado su efectiva determinación, habida consideración de su incompatibilidad con una voluntad diferente. Y, según otro orden de ideas, tanto la declaración como la conducta concluyente y unívoca pueden ser o no actos recepticios, según que se exija o no que el acto llegue al conocimiento de un destinatario, para la tutela de un interés específico de este. SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 119.

Ahora bien, los contratos formales se dividen, siguiendo a la doctrina tradicional, en aquellos que son *ad probationem* y aquellos otros que son *ad solemnitatem*.

La forma *ad solemnitatem* se exige, entonces, en orden a la validez del contrato, de manera que sin ella este es nulo, puesto que la forma constituye un elemento de aquel, de aquí que también se le denomina como forma constitutiva o sustancial¹⁸. Algunos autores incluso han llegado a calificar la forma solemne como una forma visceral, entendiendo que así como un hombre no puede concebirse sin órganos vitales o fundamentales, así también en ciertos supuestos la forma desempeña una función similar a la de uno de esos órganos fundamentales. De esta manera, en la forma constitutiva, la formalidad viene a ser la sustancia del acto; sin la forma no hay declaración negocial por más de que la prueba terminante llegara a esa conclusión.

No hay forma solemne si la ley no sanciona con nulidad su inobservancia (artículo 219, inciso 6 del Código Civil).

En cambio, la forma *ad probationem* tiene por función permitir y facilitar la prueba de la existencia de la relación contractual en

un proceso y fuera de él. Así, el contrato es válido a pesar de que no reúna una determinada forma e inclusive, a pesar del defecto formal, puede ser probado por medios probatorios que generen plena

convicción en los tribunales de justicia¹⁹.

Hay que recordar que la forma del contrato ha recibido algunas expresiones negativas, entre las cuales resaltan aspectos relativos a: i) la peligrosidad de la forma documental para los contratantes inexpertos, que han de quedar atrapados en las

páginas del escrito, principalmente tratándose de consumidores con escaso o nulo poder negocial; ii) la incomodidad y la falta de rapidez en un mundo cada vez más dinámico; y iii) el peligro de la apariencia creada, principalmente frente a terceros²⁰. Recuerda De la Puente²¹, que se señala como inconveniente de los contratos formales el que estos traban la circulación jurídica.

Por nuestra parte, pensamos que ello es cierto en la medida de que siempre resultará más fácil celebrar un contrato de manera verbal o hacerlo por cualquier otro medio que revista igual rapidez, que contratar empleando la formalidad escrita, o incluso la formalidad de la escritura pública, que son

“La donación *propter nuptias* debe realizarse con anterioridad a la celebración del matrimonio. (...) No tienen, por consiguiente, la consideración de donaciones hechas con ocasión de bodas las otorgadas a favor de los cónyuges una vez casados.”

18 En tal sentido, la formalidad *ad solemnitatem* es consustancial al negocio jurídico. De ahí que, autores como Manuel Albaladejo, lo denominen *ad esentiam*, *ad substantiam* o *ad validitatem*. ALBALADEJO, Manuel. *El Negocio Jurídico*. Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 390.

19 Es de destacar, siguiendo a Gete-Alonso que además de la forma *ad solemnitatem* y *ad probationem*, importante doctrina distingue también la denominada forma *ad exercitium* o *ad utilitatem*, la cual es exigida para que pueda tener lugar el ejercicio de las obligaciones generadas por el contrato. El contrato es válido y eficaz *inter partes* sin necesidad de forma, pero para oponer su existencia a terceros o para la consecución de determinados efectos, cada parte puede exigir a la otra que se cumpla la forma exigida. Este tipo de forma es la que la doctrina italiana califica como forma *ad regularitatem* o integrativa, y la doctrina francesa como forma complementaria, expresiones en las que se contiene la idea de forma precisa para que se despliegue la total eficacia del contrato. GETE-ALONSO, María del Carmen. *El Contrato*. Ob. cit., p. 549.

20 REZZÓNICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 261.

21 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Tomo II, 2ª edición, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 144.

—precisamente— las dos formalidades que suele establecer el Código Civil peruano para los contratos formales.

No obstante ello, dudamos de que esa lentitud que se presenta al contratar cuando se exige una formalidad determinada, se pueda comparar con las enormes ventajas que ofrece la formalidad y que el mismo De la Puente se encarga de recordar²².

Ahora bien, al amparo del principio de autonomía contractual, las partes pueden pactar, como requisito del contrato, la exigencia de determinada forma; se está entonces, en palabras de Gete-Alonso, en presencia de la denominada forma voluntaria. Generalmente la manera en que su ausencia influye en el contrato, depende del pacto que haya existido entre las partes. Si expresamente no se hizo depender el contrato del otorgamiento de la forma, esta no influye en la validez del mismo²³.

La lectura del texto del artículo 1411 del Código Civil, nos permite afirmar que el legislador ha regulado estos supuestos de **forma voluntaria**, recogiendo una presunción *iuris tantum*.

Esta misma hipótesis se encuentra expresamente prevista en el artículo 1352 del Código Civil italiano²⁴. En dicha norma se prescribe que si las partes convienen en adoptar una determinada forma para la celebración de un contrato o de una serie de contratos sucesivos, se presume que la forma se dispuso para la validez del contrato²⁵.

Messineo²⁶ señala que con dicha norma el legislador italiano vino a resolver una problemática particular que sobre la forma se había planteado. Tal problema consistía, básicamente, en establecer el valor que adquiriría el pacto —anterior al contrato— en cuya virtud las partes convienen, verbalmente o por escrito, en que el futuro contrato, para el que la ley no requiere la forma *ad solemnitatem*, deba celebrarse siguiendo determinada forma. La contrariedad radica —así— en si la forma pactada debe considerarse como requerida *ad solemnitatem* o tan solo como *ad probationem*.

Al examinar el artículo 1352 del Código Civil italiano —norma en que claramente se inspiró nuestro legislador—, Messineo²⁷ realiza una serie de comentarios que vale la pena mencionar, ya que resultan aplicables a nuestro ordenamiento jurídico.

En primer lugar subraya que el pacto en cuestión no es un pacto preliminar en el sentido técnico del término, ya que no obliga a estipular un contrato futuro, sino que únicamente obliga a observar una forma determinada si se estipula el futuro contrato, quedando libres las partes, una respecto de la otra, de estipularlo o no.

Asimismo, destaca que con la fórmula adoptada por el legislador —idéntica a la nuestra—, se otorga un tratamiento genérico al referirse no a la forma escrita en específico, sino a **determinada forma**. Ello significa que las partes podrán pactar que la forma sea la mera escritura privada, como el acto público o

22 Al respecto, conviene revisar: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 145.

23 GETE-ALONSO, María del Carmen. Ob. cit., p. 551.

24 **Artículo 1352.-** *Forme convenzionali*

Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo.

25 SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 123.

26 MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Tomo I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 157.

27 Ibidem, p. 158.

cualquier otra que resulte idónea para que el contrato cumpla con la finalidad que se pretende. En todo caso, es menester que el pacto relativo a la forma convencional se haya estipulado por escrito.

Como indica Messineo²⁸, de esta manera, la ley respeta el principio de la libertad contractual y además no confiere al elemento “forma” una función diversa de la carga: solo que, en este caso, es una carga que las partes se han impuesto a sí mismas, en lugar de hacerlo la ley (como por lo común ocurre).

Lo expuesto deja en claro que la formalidad del contrato puede, entonces, originarse en un precepto o bien en un acuerdo de partes al respecto. Las partes pueden volver formales a negocios que por la ley no lo son, lo que se justifica, como no puede ser de otra manera, en su autonomía privada.

Las partes, sin embargo, no podrían (como también resulta evidente atendiendo a los límites intrínsecos de esa autonomía privada), dejar de lado las solemnidades dispuestas por el legislador *ad solemnitatem*, por estar

de por medio el interés público que le otorga carácter imperativo a la norma que prescribe la formalidad.

III. LA DONACIÓN COMO PARADIGMA DE LOS ACTOS DE LIBERALIDAD *INTER VIVOS*

Una de las cuestiones más complejas en la labor de un investigador es y ha sido siempre la relativa a las definiciones. Intentar definir qué se entiende por donación puede parecer una tarea sencilla, tomando en cuenta su tratamiento desde Roma²⁹, hasta nuestros días, por constituir la donación el paradigma de los actos de liberalidad *inter vivos*. No obstante, a pesar de las diversas opiniones ofrecidas y el disímil enfoque de que ha sido objeto, se trata de una institución difícil de conceptualizar.

Etimológicamente, su origen se remonta al vocablo *donis atio*, es decir dación gratuita, liberalidad sin contraprestación y que trae a colación el desprendimiento, generosidad que hace una persona con respecto a otra de algo que le pertenece. La donación³⁰, aun

28 MESSINEO, Francesco. Ob. cit., tomo I, p. 159. Por su parte Renato Scognamiglio, al analizar el artículo 1352 del *Código Civil*, ha enfatizado que el mismo se refiere evidentemente a la distinción entre los acuerdos dispositivos de reglas sobre la carga y los modos de la prueba, y los acuerdos dirigidos a fijar un nuevo requisito formal para la celebración del contrato. SCOGNAMIGLIO, Renato. Ob. cit., p. 123.

29 En el Derecho Romano clásico, la donación no existía como contrato típico, se determinaba como *donationis*, causa de acuerdo al propósito liberal que tenían algunas operaciones; la que se protegía dependiendo del negocio jurídico realizado por el donante con la finalidad de la atribución gratuita, negocio que se basaba en el objeto mismo del acto: la *traditio*, *manipatio* o *in iure cessio* para trasladar la propiedad al donatario, lo cual se restringió al evolucionar, pues eran vedadas las donaciones que sobrepasaban cierta cantidad de dinero, avalándose las que se hacían entre ascendientes y descendientes. LACRUZ BERDEJO, José Luis. *Derecho de Obligaciones, Contratos y Cuasicontratos*. Volumen III, 2ª edición, Editorial José María Bosch, Valencia, 1986, p. 122. Inicialmente, la donación no era relevante a los ojos de la ley. Esto se transforma al ponerse en vigor la *Lex Cincia* correspondiente al año 204 a.C. que las eliminaba parcialmente del contexto, obligando a la jurisprudencia a determinar la existencia de la causa *donandi*.

30 Para Espín Cánovas, la donación constituye un acto a título gratuito que adquiere la forma contractual como vía de realización, tomando además en cuenta que una persona realiza con respecto a otra una liberalidad, introduciendo el elemento de aceptación por esta última. ESPÍN CÁNOVAS, Diego. *Manual de Derecho Civil Español: Obligaciones y Contratos*. Volumen III, 4ª edición revisada y ampliada, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 517. De igual manera, De Cossío conceptualiza la donación desde tres enfoques diferentes: el primero, considerándolo un acto donde se dispone de bienes, el segundo que reúna los requisitos para ser considerado contrato, pues se observa la exigencia de aceptación del donatario y el último, por supuesto, la causa gratuita del mismo, no limitándose esta solamente al dar sin recibir, pues puede considerarse también como una beneficencia del donante. DE COSSÍO, Alfonso. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo I, Alianza Editorial, Madrid, 1975, pp. 337 y 338. Según Roca I Trias, la donación es un contrato por el cual una parte, denominada donante, atribuye bienes a otra, nombrada donatario, sin contraprestación por parte de este, trayendo consigo el enriquecimiento del patrimonio del donatario a costa del empobrecimiento del donante. ROCA TRIAS. Encarnación. “Contrato TraslATIVO del dominio a título gratuito”. En: VALPUESTA FERNÁNDEZ, María Rosario (coordinadora). *Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*. 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 636.

cuando presenta un evidente carácter patrimonial, persigue por sí misma una intención altruista; por lo que no es absurda su calificación como paradigma de las liberalidades *inter vivos*.

Conforme a lo prescrito por el artículo 1621 del Código Civil peruano de 1984: “Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien”. La definición otorgada por el Código plantea diversos puntos que resulta necesario abordar³¹.

En primer lugar, el citado artículo no señala expresamente que la donación sea un contrato o que requiera un acuerdo de voluntades entre donante y donatario, ya que solamente alude a la obligación del donante de transferir gratuitamente la propiedad del bien a su contraparte. Sin embargo, de ninguna manera podríamos interpretar que la donación es un acto unilateral o, como se entendía antiguamente, un modo distinto a los contratos de adquirir la propiedad.

Decimos esto por dos razones fundamentales. La primera de ellas consiste en que no podríamos, por elemental sistemática, llegar a otra conclusión, en virtud de que la donación está regulada entre los artículos 1621 y 1647 del Código Civil y constituye el Título IV

de la Sección Segunda, Contratos Nombrados del Libro VII, relativo a las Fuentes de las Obligaciones. Así, por más que no se diga que la donación es un contrato, lo es³². La segunda razón en la cual se sostiene el carácter contractual de la donación es que, en nuestro ordenamiento jurídico, cualquier acto de liberalidad, para poder surtir efectos, debe contar con el asentimiento del eventual beneficiario.

Debemos precisar que la donación es un contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica. Asimismo, es —fundamentalmente— de carácter civil; ya que, al celebrarse a título gratuito, tiene ausente el fin de lucro propio de la actividad comercial. Ello se complementa en que es un contrato de disposición; en tal sentido, implica una disminución en el patrimonio del donante a favor del donatario. Esta disminución no se verá compensada por ninguna contraprestación, razón por la cual no se trata de un contrato de cambio³³.

Refiere De Ruggiero³⁴ la necesidad de que la donación integre elementos como la atribución patrimonial, que origina el acrecentamiento en el donatario, y por lo tanto perjuicio en el donante; el propósito de beneficiar o *animus donandi*, que se debe corresponder con la recepción por parte del donatario; la

31 Al respecto recomendamos revisar: CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos: Suministro-Donación*. Tomo I, volumen XIX, Biblioteca Para leer el Código Civil, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, p. 107 y ss.

32 Conforme establece la legislación comparada, el Código Civil austriaco —en su artículo 938— indica que: “el contrato por el cual una cosa es cedida gratuitamente por alguien, se llama donación”. El Código Civil español prescribe en su artículo 618 que: “la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta”. El artículo 549 del Código Civil japonés sostiene que: “un contrato de donación se hace efectivo cuando una de las partes declara su intención de transferir gratuitamente la propiedad de un bien a la otra parte y la otra parte conviene en aceptar eso”. Asimismo, el primer párrafo del artículo 516 del Código Civil alemán señala que: “una atribución por la cual alguien enriquece a otro a costa de su patrimonio es donación si ambas partes están de acuerdo en que la atribución se realice gratuitamente (...)”. Por su parte, el Código Civil nicaragüense de 1903 indica que: “la donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere de su libre voluntad gratuitamente la propiedad de una cosa a otra que la acepta”, el Código Civil venezolano prescribe en su artículo 1431 que: “la donación es el contrato por el cual una persona transfiere gratuitamente una cosa u otro derecho de su patrimonio a otra persona que lo acepta”, entre otros.

33 Los contratos de cambio son aquellos destinados a la circulación de la riqueza, sin que necesariamente deba existir intercambio alguno.

34 DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Volumen I, 4ª edición, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 145 y ss.

privación que se hace al donante de la cosa; y también la imposibilidad de revocación arbitraria por voluntad del donante.

En nuestra opinión, la donación es aquel contrato por la cual el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien³⁵. Al respecto, cabe preguntarnos ¿Es trascendente la aceptación para lograr la perfección de la donación? Por supuesto que sí. La aceptación es “aquella declaración o acto del destinatario de una oferta que manifiesta el asentimiento o conformidad con esta”³⁶. Ergo, constituye una manifestación de voluntad negocial que se podrá realizar de manera expresa o tácita, y supone la afinidad del aceptante con la oferta, llevando de forma implícita la voluntad de estar vinculado contractualmente.

El contrato de donación es de carácter recepticio, porque la aceptación del donatario constituye un requisito sine qua non para la perfección del contrato. Por ende, de no producirse la aceptación, estaremos en presencia de una mera oferta de contrato, la cual podrá ser revocada por el oferente. Resulta indudable apreciar cuán importante y necesaria es la

aceptación en la donación, pues esta carecerá de validez sin la presencia de la misma; además se convertirá en una mera oferta, trayendo consigo la posible revocabilidad por parte del donante.

IV. REFLEXIONES SOBRE LA FORMALIDAD EN EL CONTRATO DE DONACIÓN

El contrato de donación tiene, de acuerdo con el Derecho peruano, una pluralidad de formas; estas dependen de la naturaleza del bien que se done, de su valor y hasta de las circunstancias en las que se celebra el contrato. De ahí que no puede hablarse de una formalidad para este contrato, sino de una pluralidad de formalidades.

El artículo 1623³⁷ del Código Civil de 1984 establece que: “la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato”³⁸.

De acuerdo con lo expresado, puede decirse que la donación de bienes muebles de escaso valor es un contrato consensual; es decir,

35 A nivel de la jurisprudencia nacional se ha indicado que: “la donación constituye un acto de liberalidad entre vivos, bilateral, solemne y con efectos inmediatos a la fecha de su celebración”. Exp. N° 246-89-La Libertad. Ejecutoria Suprema del 12 de diciembre de 1990.

36 Díez-PICAZO, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Volumen I, 5ª edición, Civitas, Madrid, 1996, p. 305. Galgano define la aceptación como la declaración de voluntad que el destinatario de la oferta dirige al oferente y mediante la cual se concluye el contrato, GALGANO, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 145. Para Lalaguna: “La aceptación de la oferta es la declaración de voluntad por la que la persona a la que se ha hecho la propuesta de contrato da su conformidad a esta”. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique. *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos*. 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 128. Finalmente, Von Thur entiende que: “la aceptación es, por regla general, lo mismo que la oferta, una declaración de carácter recepticio, que puede ser libremente revocada mientras no llega a poder del oferente (...). La aceptación no necesita ser expresa”. VON THUR, Andrea. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces. Editorial Reus, Madrid, 1999, p. 139.

37 El texto original del artículo 1623 del Código Civil establecía que: “la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente cuando su valor no exceda de treinta veces el sueldo mínimo mensual vigente en el momento y lugar en que se celebre el contrato”. Sin embargo, en virtud de lo prescrito por la Sexta Disposición Complementaria de la Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada –Decreto Legislativo N° 757– promulgado el día 8 de noviembre de 1991 y publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 13 de noviembre de 1991, se estableció que toda mención a **sueldos mínimos vitales mensuales** hecha en este artículo del Código Civil se entenderá a Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

38 El Código Civil de 1936 en su artículo 1474 prescribía que: “la donación de cosa mueble podrá hacerse verbalmente cuando versare sobre objetos de pequeño valor, pero requiere la entrega simultánea de la cosa donada”. Dicha norma –como puede apreciarse– requería la entrega simultánea de la cosa donada, en concordancia con el artículo 1466 del mismo Código, que disponía que por la donación se transfería gratuitamente una cosa; en tal sentido, el Código derogado regulaba la donación como un contrato transmisión de propiedad.

que para su celebración no se requiere del cumplimiento de ninguna formalidad especial. Esto equivale a sostener que dicho consentimiento puede ser expresado a través de cualquier forma. De ahí que la donación de bienes muebles de escaso valor pueda ser celebrada de manera verbal³⁹, si así las partes lo estiman conveniente.

Teniendo en cuenta que la Unidad Impositiva Tributaria para el año 2013 es de S/. 3,700.00, será consensual toda donación que no exceda de la cuarta parte, esto es de S/. 925.00. Ahora bien; podríamos preguntarnos si este parámetro resulta adecuado o no con relación a las actividades cotidianas.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que se trata de un índice referencial demasiado bajo ya que dicha donación apenas supera los US\$ 300.00. Esto significa que toda donación cuyo valor supere esta cifra no podrá realizarse de manera informal, o solamente consensual, sino que estaría obligada –a riesgo de ser nula– a seguir la formalidad establecida por el artículo 1624 del Código Civil para los denominados bienes muebles de **mediano valor**.

No obstante ello, nos resistimos a aceptar que esta situación se plantee en tales términos, en la medida en que infinidad de bienes superan en valor de 25% de una UIT, y cotidianamente se celebran contratos de donación sobre ellos sin recurrir al cumplimiento de alguna formalidad. Esto nos lleva a afirmar de que la realidad desborda el contenido de la norma jurídica. El contenido del artículo 1623 es rebasado cotidianamente, ya que múltiples contratos de donación de valor superior al 25% de la UIT se celebran

verbalmente, no siguiéndose formalidad alguna y tampoco se invocan supuestas nulidades en torno a estos.

Consideramos que si se quería establecer algún parámetro máximo para las donaciones consensuales, bien pudo ser el de una Unidad Impositiva Tributaria (la cual representa US\$ 1,200.00, aproximadamente). Por lo demás, la ausencia de formalidad en la donación de bienes muebles de escaso valor, obedece fundamentalmente a que el Derecho considera innecesario establecer cualquier salvaguarda a la seguridad jurídica, en tanto no se trata de bienes de importancia patrimonial.

Por otro lado, el artículo 1624 del Código Civil vigente prescribe que: “si el valor de los bienes muebles excede el límite fijado en el artículo 1623, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. En el instrumento deben especificarse y valorizarse los bienes que se donan”. Independientemente de nuestra opinión acerca de la conveniencia o no de haber establecido los límites que contiene el Código Civil a este respecto, debemos señalar que resulta imprescindible estudiar cuál es la razón por la que el Código Civil considera necesario el empleo de determinadas formalidades cuando se recurre a la donación de bienes muebles de mediano valor.

Dentro de estas razones, tenemos en primer lugar que como la donación es un acto de liberalidad a través del cual el donante se va a obligar a transferir la propiedad de un bien a cambio de nada, el ordenamiento jurídico otorga la posibilidad a dicho donante para que medite lo suficiente acerca del acto que

39 Este tipo de donaciones, de acuerdo con Héctor Lafaille: “no exigen ninguna formalidad, ya que se exteriorizan y comprueban por la entrega material de los objetos muebles. Pero esta tradición, que en los demás casos es una consecuencia del contrato, o sea el cumplimiento de los deberes contraídos por el donante, es aquí un elemento del acto mismo, la donación manual constituye el aspecto más simple con que este contrato se presente, y al mismo tiempo es una supervivencia del régimen primitivo, donde será menester la entrega de las cosas como factor esencial para perfeccionar la donación. LAFAILLE, Héctor. *Curso de contratos*. Tomo III, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1928, pp. 38 y 39.

desea celebrar; con la consiguiente posibilidad de que, luego de esa meditación, persista en el intento o se arrepienta del mismo. De esta forma, por más que haya habido una **promesa** verbal de donación, en la medida en que no se haya seguido la formalidad de donar los bienes muebles por escrito de fecha cierta, el acto será nulo. Ello implica que hasta antes de la celebración del contrato escrito, el donante puede arrepentirse de la celebración del propio contrato.

“No se trata de una donación cualquiera, sino que tiene como causa impulsiva y determinante la intención de favorecer al matrimonio. Ello conllevaría a que si, por diversos motivos, aquel no se celebra tal liberalidad quedaría sin efecto.”

En segundo término, el requisito de forma solemne para este tipo de donaciones se basa en razones de seguridad jurídica; en tanto la ley está exigiendo la presencia de un medio probatorio calificado para aquel que sostenga ser donatario de un bien de mediano valor. En tal sentido, quien alegue haberse beneficiado de una donación de estas características no podrá probar la existencia del acto recurriendo a cualquiera de los medios probatorios franqueados por la ley procesal, sino única y exclusivamente con la presencia del contrato escrito que tenga fecha cierta.

Finalmente, la formalidad de la cual nos estamos ocupando tiene también directa relación

con el ánimo del legislador de evitar la presencia de donaciones de carácter inoficioso. Este tema está regulado por el artículo 1629 del Código Civil, precepto que establece que nadie puede dar por donación más de lo que puede disponer por testamento, siendo la donación inválida en todo lo que exceda esta medida⁴⁰. Como se sabe, el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Cabe preguntarnos en torno al propio artículo 1624 ¿qué se debe entender por un documento de fecha cierta?⁴¹ En nuestra opinión es aquel sobre el cual recae una constancia o manifestación de un funcionario público competente que dé fe de la fecha de realización o suscripción del mismo, y que tal fe revista validez. Conviene aclarar que nuestra jurisprudencia entiende por “fecha cierta aquella a partir de la cual la existencia de un documento no puede ser cuestionada por terceros”⁴².

Entre los instrumentos públicos, las escrituras públicas son documentos de fecha cierta, pero no son las únicas. Pues las leyes relativas a los notarios públicos otorgan a estos funcionarios como atribución principalísima

40 En este supuesto, el inciso d) del artículo 76 del Código Civil cubano sostiene que son rescindibles los actos realizados válidamente: “por los causantes, en el caso de donaciones inoficiosas”. El legislador cubano interpretó –por ende– que la donación inoficiosa se vuelca sobre liberalidades que perjudiquen la cuota deferida por ley de los herederos tutelados con la especial protección, criterio que compartimos.

41 Para mayores detalles recomendamos revisar: OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I, volumen XVI, Biblioteca para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994, p. 334 y ss.

42 Casación N° 318-2000-La Libertad. Complementando ello, la Resolución del Tribunal Registral N° 017-2002-ORLC/TR indica que “(...) para establecer la fecha cierta de un documento, este Colegiado ha admitido en vía jurisprudencial la presentación de documentos privados complementarios que contengan el acto jurídico materia de inscripción, exigiéndose como requisito para su admisión que sean documentos fehacientes en cuanto a su fecha, y por ello, esta instancia, en ausencia registral sobre la materia, consideró pertinente aplicar la norma contenida en el artículo 245 del Código Procesal Civil, que regula los supuestos en que un documento privado adquiere fecha cierta y produce efectos ante terceros”. Sobre la diversidad de criterios en esta materia, se han expresado dos puntos de vista en nuestro país. El primero es el de Raúl Ferrero Costa (FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Cultural Cuzco, Lima, 1986, pp. 49 y 50). Luego tenemos la opinión de Gastón Fernández Cruz (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles”. En: *Derecho PUCP*. N° 41, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, diciembre de 1987, p. 219 y ss.).

la de dar fe pública de determinados actos en los cuales participan a petición de los particulares. En consecuencia, son documentos de fecha cierta aquellos en los que haya intervenido el Notario Público dando fe de la misma, tales como las escrituras públicas, las minutas con fecha o firmas legalizadas y los contratos privados con fecha o firmas legalizadas; además, aquellos en los cuales ha sobrevenido la muerte o incapacidad física de uno de los otorgantes.

Finalmente, en lo que respecta a la especificación de los bienes, ello implica que debe procederse a detallarlos con la mayor pulcritud; identificándolos plenamente en caso de ser bienes ciertos, o estableciendo sus características generales si fuesen bienes fungibles o inciertos. En este último supuesto, deberá procederse a efectuar un proceso de elección de dichos bienes. El tema de la valoración se relaciona directamente con la formalidad que estamos tratando, en la medida que dicho valor hará que los bienes materia del contrato deban donarse siguiendo la formalidad del artículo 1624, o actuando en ausencia de ella en virtud de lo establecido por el numeral 1623.

V. LA DONACIÓN PROPTER NUPTIAS Y LA CLÁUSULA ABIERTA CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 1626 DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO

1. ¿Qué debe entenderse por donación *propter nuptias*?

Las donaciones con ocasión de boda o *propter nuptias*⁴³, son aquellas que se hacen en

consideración a un matrimonio y antes de celebrarse a favor de los esposos o uno de ellos. “Donaciones por razón de matrimonio, son las que se realizan con anterioridad al matrimonio los cónyuges entre sí, o las que les realizan a uno o a los dos futuros cónyuges otras personas, también con anterioridad al matrimonio y precisamente por este motivo. El motivo por lo tanto de la realización de la donación es precisamente el matrimonio, aunque el ánimo del donante seguirá siendo el mismo: dotar de un beneficio, de un enriquecimiento a los donatarios, al mismo tiempo que se produce un empobrecimiento en su patrimonio”⁴⁴.

Este tema se encuentra regulado por el artículo 1623 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente: “La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no está sujeta a las formalidades establecidas por los artículos 1624 y 1625”⁴⁵. El artículo 1626 se refiere, evidentemente, a donaciones de bienes muebles de relativo valor (vale decir, de aquellos que superen el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria) y su finalidad es la de constituirse en una excepción a la norma que establece que todas las donaciones de este tipo de bienes deben efectuarse por escrito de fecha cierta, con indicación y valoración de los bienes donados.

La boda o matrimonio, como todos sabemos, es un acontecimiento que por lo general es de carácter público, y en el cual la pareja pone —con antelación— en conocimiento de sus familiares y amigos que van a contraer nupcias. Es usual que por el hecho de formarse

43 La institución no ha recibido una calificación única en la legislación. En el Derecho español y en el cubano se la designa con el nombre de “donaciones por razón de matrimonio”; como “donaciones por causa de matrimonio” se las conoce en el Derecho chileno (artículo 1786), y en el uruguayo como “donaciones matrimoniales” (artículo 1644); con el nombre de “donaciones nupciales” en el brasileiro; en el argentino se las trató bajo el título “donaciones a la mujer”, entre otras.

44 EL DERECHO EDITORES. *Regímenes Económico-Matrimoniales*. Grupo El Derecho y Quantor, Madrid, 2010, p. 45.

45 Resulta necesario precisar ante todo que, con las modificaciones introducidas a las formalidades del contrato de donación por el artículo 1 de la Ley N° 26189, se eliminó toda referencia a los bienes muebles en el artículo 1625; este último quedó circunscrito al caso de los bienes inmuebles. Por esta razón, la mención hecha por el numeral 1626 debe entenderse efectuada exclusivamente al artículo 1624. Su alusión al artículo 1625 ha quedado **vacía**.

una nueva familia, esos familiares y amigos más cercanos obsequien a la pareja determinados bienes muebles o cantidades de dinero⁴⁶, ya sea de manera directa o a través de los denominados “colectivos”, para que tengan cierta ayuda al comenzar una nueva etapa de sus vidas⁴⁷.

Fernández-Sancho Tahoces⁴⁸—comentando el Código Civil español— sostiene que a modo de definición que, es el propio Código el que se encarga de dar el concepto legal de donaciones por razón de matrimonio, al preceptuar en su artículo 1336 que son donaciones por razón de matrimonio “las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los dos esposos”. Debemos recordar que, el artículo 1336 reproduce sustancialmente el contenido del antiguo artículo 1327⁴⁹. Se hace necesario, para obtener el concepto completo de la donación por razón de matrimonio en el ordenamiento jurídico español, relacionar la definición del artículo 1336 con el artículo 618 del Código Civil español que dice: “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa a favor de otra, que la acepta”.

Conforme a ello, podemos decir que son donaciones con ocasión de bodas aquellos actos

de liberalidad por los que una persona, antes de la celebración del matrimonio y en consideración a este dispone gratuitamente de una cosa a favor de uno de los dos futuros cónyuges, que la aceptan. En tal sentido, donante puede ser cualquier persona, no estableciéndose ninguna limitación en cuanto a que sean personas naturales o jurídicas. Pueden ser personas ajenas al futuro matrimonio, o pueden donarse entre sí los futuros cónyuges, como es notorio, ello no encaja en el supuesto de la prohibición de contratos entre cónyuges prescrito en el artículo 312 del Código Civil peruano. Asimismo, la única capacidad que necesita el donante será para poder disponer de bienes.

Por otro lado, los donatarios, dado que en este tipo de donación es el matrimonio el hecho que impulsa este negocio jurídico, únicamente pueden ser los futuros cónyuges. Esto implica que no podrán ser donatarios ni personas que no tengan la intención de casarse, ni personas que ya estuvieran casadas puesto que si así fuera, en ambos casos nos encontraríamos ante una donación normal que rige en el Código Civil. Esto último significa, que la donación *propter nuptias* debe realizarse con anterioridad a la celebración del matrimonio. En tal sentido, “estaríamos ante un requisito o elemento temporal que se traduce

46 Gatti ha indicado que: “es menester que se trate de una atribución patrimonial a título de liberalidad. Pero han de reputarse también donaciones por causa de matrimonio y, por ende, ha de regularse por las mismas reglas jurídicas, las liberalidades que se hagan a favor de los esposos, en atención a sus méritos o a los servicios que hayan prestado al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, y también la donación en que se imponga a los futuros esposos un gravamen inferir al valor de lo donado”. GATTI, Hugo E. *Estudios sobre Derecho de Familia*. 2ª edición, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1966, p. 127.

47 En la práctica, “raro es el matrimonio cuya celebración no vaya acompañada de la entrega de regalos de boda”, expresivos, además del afecto hacia los futuros cónyuges, del cumplimiento de los deberes que son impuestos por las exigencias de la vida en sociedad, de hecho suelen citarse como paradigma de las llamadas ‘liberalidades de uso’. MARTÍN LEÓN, Antonio. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*. Aranzadi Thomson, Pamplona, 2002, p. 350.

48 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*. Comares, Granada, 2006, p. 101.

49 El actual precepto del Código Civil español—producto de la reforma operada en 1981— solo se diferencia del derogado artículo 1327 en que—este último señalaba que: “son donaciones por razón de matrimonio las que se hacen antes de celebrarse, en consideración al mismo y a favor de uno o de los dos esposos”— el legislador, para darle mayor claridad, ha agregado la frase “las que cualquier persona hace”, que completa la idea anterior que únicamente decía “las que se hacen”. Con ello se atribuye—sostiene Vázquez Iruzubieta— concreción legal a una premisa que de todos modos ya se encontraba consagrada por la doctrina clásica del Código y por la jurisprudencia, en cuanto entendían que dichas donaciones podían provenir tanto de un esposo a otro, como de un tercero extraño”. VÁSQUEZ IRUZUBIETA, Carlos. *Régimen económico del matrimonio*. Edersa, Madrid, 1982, p. 155.

en la necesaria **antenuptialidad** de dichas donaciones⁷⁵⁰. No tienen, por consiguiente, la consideración de donaciones hechas con ocasión de bodas las otorgadas a favor de los cónyuges una vez casados.

¿En qué consiste el *animus donandi*⁵¹ en este tipo de donación? Consideramos que para que tenga lugar una donación con ocasión de boda, en primer lugar, es necesaria la atribución de patrimonialidad a título de liberalidad; asimismo, dicha atribución –necesariamente– debe otorgarse por razón de matrimonio, este es el móvil del donante, aquella causa⁵² que conlleva al acto de liberalidad y que funciona –en el plano jurídico– como elemento diferenciador de las donaciones por razón de boda respecto de las donaciones comunes.

“Las donaciones por razón de matrimonio son causales, ya que se otorgan no por mera liberalidad espontánea, sino en contemplación al matrimonio que va a celebrarse⁷⁵³. En consecuencia, deben ser hechas en consideración a la boda. No se trata de una donación cualquiera, sino que tiene como causa impulsiva y determinante la intención de favorecer al matrimonio. Ello conllevaría a que si, por

diversos motivos, aquel no se celebra tal liberalidad quedaría sin efecto.

Esto último, se refiere a la naturaleza jurídica de este tipo de donación, que –para cierta doctrina–, se trataría de un negocio jurídico sometido a condición suspensiva. Así, Sánchez Román⁵⁴ entiende que por ser donaciones por razón de matrimonio subsiste como condición característica de ellas la razón que las motiva. Por consiguiente, su naturaleza jurídica es la de una donación con condición suspensiva, siendo el hecho constitutivo de la condición suspensiva, la celebración del matrimonio proyectado.

Sin embargo, nosotros consideramos que en las donaciones *propter nuptias* estamos frente a una *conditio iuris*. Es un presupuesto ínsito en la misma naturaleza del negocio, un elemento que conceptualmente pertenece a la esencia de la donación y no una determinación accidental que puedan poner o no las partes, de forma que si no se produce, ello provoca su destrucción. Las donaciones con ocasión de bodas serían, por tanto, negocios jurídicos sometidos a la *conditio iuris* –entiéndase, requisito legal⁵⁵– de la realización del matrimonio.

50 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. Ob. cit., pp. 105 y 106. En líneas muy similares se considera que: “estas donaciones han de efectuarse con anterioridad a la contracción de las nupcias, porque las donaciones que se realicen después, por los extraños a favor de los cónyuges, aunque válidas, se rigen por las reglas de donaciones en general y no por las de la especie que tratamos”. GATTI, Hugo E. Ob. cit., pp. 127 y 128.

51 “El interés del donante se debe extraer de su deseo prístino el *animus donandi* o intención de favorecer o gratificar a otra persona. Es un elemento subjetivo que colorea a la figura y permite también diferenciarla de los demás actos gratuitos”. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Naturaleza de la donación”. En: LORENZETTI, Ricardo L. (Director). *Obligaciones y Contratos. Doctrinas esenciales*. Tomo V, La Ley, Buenos Aires, 2009, pp. 1025 y 1026.

52 “El matrimonio en realidad es la razón de ser, su causa impulsiva y determinante, el móvil, y se comprende que si llega a faltar, las liberalidades ordenadas para él, privadas en adelante de soporte, caduquen”. JOSSERAND, Louis. *Derecho Civil*. Tomo III, volumen III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951.

53 FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. Ob. cit., p. 105. La doctrina catalana, se mostraba también partidaria de considerar las donaciones por razón de matrimonio como donaciones *ob causam*. FONTANELLA, Joan Pere. “El matrimonio como causa de la donación capitular en el Derecho catalán”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*. 1965, p. 693 y ss.

54 SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Tomo V, volumen I, 2ª edición, Editorial Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1898, p. 807.

55 El emperador Constantino, en una Constitución del año 319, dispuso que las donaciones nupciales quedaran sometidas a la condición de que el matrimonio se realizara. Por tanto, la celebración del matrimonio fue elevada a condición legal de validez, a diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior donde las donaciones eran válidas aun en caso de no tener lugar el matrimonio. Dicha medida es de una gran importancia pues supuso, tal y como se acaba de indicar, que el matrimonio se contemplase como una auténtica *conditio iuris* en cuanto a la validez de las donaciones, lo que conllevó un cambio respecto al régimen anterior, que hacía válidas las donaciones aun en caso de no seguirse el matrimonio. BONFANTE, Pietro. *Corso di diritto romano*. Volumen I, Giuffrè, Milano, 1963, p. 387 y ss.

2. La cláusula abierta expresada mediante acontecimientos similares a las bodas

Ahora bien, no debemos olvidar que el artículo 1626 del Código Civil –de manera muy especial a nivel de legislación comparada– no se restringe únicamente a las donaciones *propter nuptias*, esto es, a las donaciones hechas con ocasión de bodas, sino también a aquellas realizadas con motivo de los denominados “acontecimientos similares a las bodas”.

De ahí que debamos preguntarnos cuáles serían esos acontecimientos similares a las bodas. Lo que está detrás de toda donación hecha con motivo de una boda es el afecto, cariño o aprecio que se tiene por los novios, además de la alegría que le causa al donante la celebración de dicho acto. La conjunción de estos factores nos da uno de aquellos acontecimientos que resultan dignos de celebrar o conmemorar en la sociedad⁵⁶. Es claro que no existe otro acontecimiento exactamente igual a una boda en el que también se regale, pero sí se presentan diversos acontecimientos en los que resulta usual regalar a las personas que son protagonistas de los mismos.

Más allá de que una boda pueda ser civil o religiosa, podríamos indagar, en primer término, por los actos que constituyen sacramento dentro de la fe católica. Así, cuando un niño es bautizado, su padrino y su madrina

(además de otros familiares muy cercanos) proceden a efectuarle regalos. En muchos casos, estos regalos superan en valor el 25% de la UIT y la celebración de este acto no requiere de ninguna formalidad. Este acto puede ser fácilmente asimilado por aquellos actos similares al matrimonio, a los cuales hace referencia el artículo 1626 del Código Civil.

Lo propio podríamos decir de la primera comunión, de la confirmación, e incluso de la ordenación sacerdotal. Este último acto, por su naturaleza excepcional, hace que los familiares del nuevo sacerdote le hagan determinados obsequios que sean útiles para su desempeño vocacional. Pero más allá del ámbito sacramental, existen otros momentos en los que se suele regalar⁵⁷. Así, podríamos citar el caso de un joven que ingresa a la universidad y sus padres le regalan un automóvil, o cuando este joven termina sus estudios y recibe de sus padres, como obsequio, un viaje al extranjero.

También podríamos pensar en situaciones tan diversas como aquella en la cual una persona le regala a su pareja una sortija muy valiosa, por el único motivo del afecto que le profesa⁵⁸. Todos estos escenarios se encuentran comprendidos en la cláusula general o abierta contenida en la expresión “acontecimientos similares a las bodas”, lo cual, como siempre lo hemos considerado, constituye una sana y adecuada política legislativa, pues evita el encasillamiento del contenido aplicativo de una norma jurídica.

56 “Se consideran liberalidades usuales aquellas que el donante realiza en obediencia a imperativos sociales o constreñido por normas no jurídicas que regulan, fuera del campo del derecho, la convivencia en sociedad. Por ejemplo, los regalos hechos con ocasión de festividades, bodas o conmemoraciones”. RIERA AISA, Luis. “Las liberalidades de uso”. En: *Revista Jurídica de Cataluña*. 1953, p. 211 y ss.

57 “Ciertamente, la costumbre o uso que mueve a gratificar es meramente social, no obstante las liberalidades siguen siendo donaciones, realizadas sin coacción jurídica, y no puede decirse que falte en ellas el ánimo de enriquecer a otro, propio de la donación”. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, Ana Suyapa. Ob. cit., p. 107.

58 Algunos autores, en sentido distinto, consideran que “los regalos hechos en ocasión de una boda, o cumpleaños u onomásticos, o dar una propina al personal de un edificio de departamentos, o una invitación a cenar, o el albergue desinteresado a un amigo, nunca pueden ser calificados como donaciones, sino actos liberales o gratuitos que se adaptan a algunas pautas generales de comportamiento, usos o buena conducta social”. CASULLI, Vincenzo Rodolfo. Voz “Donazione”. En: *Enciclopedia del diritto*. Tomo XIII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 192.

3. La forma en la donación *propter nuptias* y acontecimientos similares: cuando la realidad convierte en regla general una excepción

Consideramos, por lo analizado anteriormente que, en buena cuenta, puede regalarsé con prescindencia de formalidades en diversas ocasiones especiales, que por su naturaleza pueden hacer que ese momento sea un momento único o muy especial para donante y donatario. Sin embargo, el carácter especial no está dado necesariamente por acontecimientos predeterminados socialmente: ese carácter especial –consideramos– está dado por los sentimientos, afectos y emociones.

No obstante, todo lo que venimos diciendo hasta este momento nos plantea una serie de situaciones que podrían ser entendidas por el lector como especiales y extraordinarias; es decir, momentos en la vida de las personas que suceden una o pocas veces durante la misma.

Sin embargo, existen múltiples ocasiones en que la realidad impone prescindir de cualquier formalidad para donar, y que no constituyen momentos excepcionales o de naturaleza especial, como las donaciones *propter nuptias* ni acontecimientos similares. Podríamos mencionar, por citar algunos ejemplos, los cumpleaños de las personas, fechas en las cuales se regala sin importar el valor de lo regalado, los aniversarios de bodas de las parejas, en donde los cónyuges se hacen regalos recíprocamente sin que se siga –ni pueda seguir– formalidad alguna⁵⁹.

Estos últimos casos, aparentemente, no tendrían nada de extraordinario, pues se podría

sostener que es normal que cada año los seres humanos cumplamos un año más de vida o que las parejas cumplan un año más de matrimonio. Sin embargo, este razonamiento prescindiría de un elemento que, a nuestro entender, resulta extremadamente importante: nada nos garantiza que viviremos un año más ni que cumpliremos un año más de casados. Y si un ser querido se encuentra en esta circunstancia, y nos causa alegría tenerlo con nosotros, esta combinación de factores hace que nos encontremos ante un elemento lo suficientemente importante como para constituir un acontecimiento digno de celebración y obsequio, en donde no deba estar presente ninguna de las formalidades previstas por el artículo 1624 del Código Civil.

Incluso podríamos llegar a preguntarnos hasta dónde se extienden los alcances “excepcionales” del artículo 1626. Estimamos que cualquier supuesto de donación en la que alguien obsequie un bien a otra persona, sea por el motivo que fuere y se tratara de un bien mueble cuyo valor supere el 25% de una UIT, nos coloca ante una situación de importancia para las partes contratantes, en donde las condiciones afectivas y sociales hacen absolutamente imposible la aplicación práctica de la formalidad descrita, el detalle y la valorización.

En la realidad, son raras las donaciones de bienes muebles que se celebran con las formalidades impuestas por el artículo 1624. Ellas se limitan a situaciones muy excepcionales, en las que participan, como contratantes, personas jurídicas, o en donde se busca dejar constancia de la donación efectuada para ulteriores fines de carácter tributario o administrativo. Ergo, estamos convencidos

59 El ordenamiento jurídico español en cuanto a la forma de las donaciones *propter nuptias* tiene una regulación muy similar a la nuestra. “Las donaciones *propter nuptias* tienen que respetar la norma general de las donaciones. Si se donan bienes inmuebles, inexcusablemente se tienen que realizar en escritura pública, donde aparezcan individualizados los bienes y sus cargas. (...) Si se donan bienes muebles, se podrá hacer de forma verbal, con entrega del bien donado, o por escrito”. EL DERECHO EDITORES. Ob. cit., pp. 51 y 52.

en sostener que el artículo 1626 del Código Civil no constituye un excepción al artículo 1624, sino más bien una regla general, en tanto que esta última norma es la excepción.

La donación de los bienes muebles no solo debe carecer de cualquier formalidad, sino que en la práctica no la tiene.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Las donaciones con ocasión de bodas (*propter nuptias*) –o acontecimientos similares– reguladas en el artículo 1626 del Código Civil se refieren a liberalidades realizadas en cumplimiento de un deber social –impuesto por el uso– y realizado por los mismos prometidos o, más habitualmente, por amigos o allegados a los futuros cónyuges; regalos

expresivos del afecto y amor proferido recíprocamente por los prometidos.

Se tratan pues de atribuciones patrimoniales realizadas –sin formalidad alguna, pues usualmente se ha sostenido que es una excepción del artículo 1624– con el fin de contribuir al levantamiento de un fondo patrimonial inicial de la familia en vías de constitución o para aportar bienes muebles que van a integrar el futuro hogar familiar⁶⁰, en síntesis, son “donaciones destinadas (económicamente) a proporcionar la base patrimonial del matrimonio”⁶¹.

Sin embargo, la realidad supera la norma, al extremo de evidenciar que el artículo 1624 es casi inaplicable en la práctica y, por ende, constituye –paradójicamente– una excepción al 1626 del Código Civil.

60 “El equivalente a lo que la doctrina francesa denomina *capital de départ* o *capital de démarrage*, es decir, un fondo patrimonial que permita a los futuros esposos dotarse de la base económica necesaria para la iniciación de su vida en común”. LUQUIN BERGARECHE, Raquel. “La donación *propter nuptias* en el régimen común y foral: Sus retos en el actual contexto social”. En: *Revista Jurídica de Navarra*. Julio-diciembre, 2010, N° 50, p. 62.

61 LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco. *Derecho de Sucesiones*. Editorial José María Bosch, Barcelona, 1993, p. 334.