

DONACIONES ENTRE VIVOS¹

1. Las liberalidades y las donaciones entre vivos.

Como bien lo plantea Alejandro Guzmán Brito, las donaciones entre vivos forman parte de un sistema más general, cual es el de las liberalidades. Por “*liberalidad*”, se entiende “*aquella virtud moral que consiste en distribuir alguien generosamente sus bienes sin esperar recompensa*”, o como la “*disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya*”.² Las liberalidades son el género y las donaciones irrevocables una especie de liberalidad. Las liberalidades se encuentran a lo largo de todo el Código Civil. Así, en el Libro Primero, a propósito de las fundaciones; en el Libro Segundo, al tratar de la propiedad fiduciaria; en el Libro Tercero, respecto de las asignaciones a título singular, de las donaciones revocables y de las donaciones irrevocables; y en el Libro Cuarto, al referirse a la remisión, a las donaciones por causa de matrimonio, a la constitución del censo y de la renta vitalicia y el censo vitalicio. El autor citado, clasifica las liberalidades en dos categorías: liberalidades entre vivos y liberalidades por causa de muerte. Son liberalidades entre vivos la donación irrevocable, las donaciones por causa de matrimonio y la remisión. Son liberalidades por causa de muerte la donación revocable o mortis causa y los legados. Las fundaciones, el fideicomiso, el censo, la renta vitalicia y el censo vitalicio pueden pertenecer a una u otra categoría. Los tres últimos, además, pueden ser onerosos y entonces dejan de ser liberalidades.³

2. Razón de la reglamentación de la donación entre vivos en el Libro III y normas que las reglamentan.

Como ha destacado nuestra doctrina, siendo las donaciones entre vivos un contrato, debieron regularse en el Libro IV y no el III del Código Civil.⁴ Precisamente, la idea original de Bello fue incluir la donación entre los contratos, como ocurrió en la parte del proyecto de Código Civil que se publicó en los años 1841 y 1842 en “*El Araucano*” y como acaeció en el Proyecto del año 1847. Su traslación al libro de la sucesión por causa de muerte sólo se produjo en el Proyecto del año 1853.⁵

Las razones que explican su ubicación en el Código, son las siguientes:

a. Una de carácter histórica: el Código Civil francés, que el nuestro sigue, trata conjuntamente las donaciones entre vivos y los testamentos.⁶

¹ Fecha de la última modificación: 21 de julio de 2011.

² “*Diccionario de la Lengua Española*”, 22ª edición, año 2001, Tomo II, p. 1.372.

³ Guzmán Brito, Alejandro, “*De las Donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*”, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2005, pp. 5 y 6.

⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, “*Derecho Sucesorio*”, versión de René Abeliuk M., séptima edición actualizada, Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, año 2009, p. 691.

⁵ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 8 y 9.

⁶ Guzmán Brito destaca, sin embargo, que el cambio operado en el “*Proyecto de 1853*” en orden a situar en el Libro III a la donación no obedeció más que a alguna razón técnica de conveniencia, pero en ningún caso a cierta general conexión sistemática interna entre ambas figuras, que en el Código chileno no existe, a

b. Fuera de la sucesión por causa de muerte, la otra forma de adquirir bienes a título gratuito, es precisamente la donación. Ello explica que el legislador haya optado por tratar conjuntamente ambas instituciones.

c. Aunque diversas en su fisonomía jurídica, la sucesión por causa de muerte y las donaciones entre vivos tienen numerosas normas comunes: el artículo 1416 dispone al efecto: *“Las reglas concernientes a la interpretación de las asignaciones testamentarias, al derecho de acrecer y a las substituciones, plazos, condiciones y modos relativos a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos. / En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este título, se seguirán las reglas generales de los contratos.”*^{7 8} Por su parte, el artículo 1493, que forma parte del Título IV del Libro IV, *“De las obligaciones condicionales y modales”*, dispone: *“Las disposiciones del Título IV del Libro III sobre las asignaciones testamentarias condicionales o modales, se aplican a las convenciones en lo que no pugne con lo dispuesto en los artículos precedentes.”*

El Código Civil regula las donaciones entre vivos en el Título XIII del Libro III, en los artículos 1386 a 1436.⁹ A su vez, conforme a los artículos 1391, 1416 y 1411, se aplican también las siguientes normas de la sucesión por causa de muerte:

- a. Las normas sobre interpretación de las asignaciones testamentarias (artículo 1416);
- b. Las disposiciones sobre las modalidades a que pueden estar afectas las asignaciones testamentarias (artículo 1416);
- c. Los artículos que regulan el derecho de acrecimiento y el de sustitución (artículo 1416);
- d. Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones (artículo 1411);
- e. Las incapacidades de recibir herencias y legados según los artículos 963 y 964 se extienden a las donaciones entre vivos (artículo 1391).

Por su parte, el inciso 2º del artículo 1416 agrega que *“En lo demás que no se oponga a las disposiciones de este título, se seguirán las reglas generales de los contratos.”*

Finalmente, las donaciones están sujetas al impuesto que establece la Ley número 16.271, aplicable también a las herencias y legados.^{10 11}

diferencia de lo que ocurre en el francés, en donde la sucesión por causa de muerte y la donación son modos de adquirir: ob. cit., pp. 12 y 13.

⁷ Meza Barros, Ramón, *“Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos”*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, séptima edición actualizada, año 1998, p. 501.

⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 691.

⁹ Recordemos que otras son las disposiciones que regulan las donaciones revocables o por causa de muerte: artículos 1136 a 1146.

¹⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 691 y 692.

¹¹ De conformidad al artículo 18 de la Ley número 16.271, estarán exentas del impuesto que establece esta ley las siguientes donaciones: 1.º Las que se dejen o hagan a la Beneficencia Pública Chilena, a las Municipalidades de la República y a las corporaciones o fundaciones de derecho público costeadas o subvencionadas con fondos del Estado; 2.º Las donaciones de poca monta establecidas por la costumbre, en beneficio de personas que no se encuentren amparadas por una exención establecida en el artículo 2.º; 3.º Las que consistan en cantidades periódicas destinadas a la alimentación de personas a quienes el causante o donante esté obligado por la ley a alimentar. Cuando, a juicio del Servicio (de Impuestos Internos), la pensión pareciera excesiva, podrá pedir a la justicia ordinaria que determine cuál es la parte exenta del impuesto; 4.º Las que se dejen para la construcción o reparación de templos destinados al servicio de un culto o para el mantenimiento del mismo culto; 5.º Aquellas cuyo único fin sea la beneficencia, la difusión de la instrucción o el adelanto de la ciencia en el país; 6.º La destinada exclusivamente a un fin de bien público y cuya exención sea decretada por el Presidente de la República.

3. Concepto y características de la donación entre vivos.

a. La donación es, por regla general, un contrato.

El artículo 1386 define la donación entre vivos de la siguiente forma: “*La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta.*”¹² Comentando esta definición, Meza Barros y Somarriva señalan que habría sido mejor aludir a un “*contrato*” antes que a un “*acto*”. De cualquier manera, no ponen en duda que estemos ante un contrato, pues se requiere del concurso de las voluntades del donante y donatario. Por lo demás, agregan, tal carácter se ratifica en el inciso 2º del artículo 1416, transcrito.^{13 14}

Con todo, no hay contrato aunque sí donación, en los siguientes casos:

- Cuando la donación consiste en la remisión gratuita de deudas;
- En el pago de lo que no se debe, a sabiendas.
- En la remisión de una prenda o de una hipoteca, estando insolvente el deudor.
- En la remisión gratuita de un derecho real.¹⁵

Guzmán Brito propone el siguiente concepto de donación irrevocable: “*la atribución convencional dispositiva entre vivos, no debida, gratuita y lucrativa de una cosa corporal o incorporal o de un valor, que disminuyendo el patrimonio del donante aumenta el del donatario*”. Descompone la definición en los siguientes términos:

- Atribución convencional dispositiva: respecto de la atribución, se la perfila bien al describirla como la contrapartida de “*adquisición*”. La atribución puede ser convencional o legal (por ejemplo, cuando la ley atribuye la mitad del tesoro a quien lo encontró en terreno ajeno). En la donación, ciertamente es convencional. La atribución puede ser también “*dispositiva*” o “*no-dispositiva*”, según si su objeto (cosa corporal, incorporal o valor) va destinado al dominio o al menos a la posesión o a extinguir derechos o si no se busca uno de estos fines (así, la atribución será “*no-dispositiva*” cuando por ejemplo se entrega una cosa en comodato, arrendamiento, prenda, etc.). Las atribuciones, a su vez, pueden ser por

¹² Esta definición no se basa en la del Código Civil francés, sino en la de Delvincourt, que éste incorporó en su “*Cours de Code Civil*” (París, 1819). Si bien este libro no se encontraba en la biblioteca de Bello, sí lo estaba en la de Mariano Egaña, que el primero tenía abierta a su disposición: Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 15.

¹³ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 502. Este autor, citando a Planiol (quien se basaba a su vez en las actas del Consejo de Estado publicadas en el año 1827), alude a la razón por la cual el Código Civil francés empleó la expresión “*acto*” y no la de “*contrato*”: “*Es pintoresco el origen de la expresión, tomada del Código francés. En la discusión en el Consejo de Estado, Napoleón, entonces primer cónsul, criticó la palabra ‘contrato’ del proyecto, aduciendo que el contrato impone obligaciones mutuas a los contratantes y que, entonces, esta expresión no podía convenir a la donación. Esta observación napoleónica no demuestra que la donación no sea un contrato sino que sería un contrato unilateral. El Consejo de Estado tuvo la debilidad de ceder ‘a esta observación desgraciada del amo’*”. La definición propuesta a la revisión del Consejo de Estado correspondía a la de Jean Domat. ¿Por qué Bello no corrigió en el Código Civil chileno este error manifiesto? Guzmán Brito cree ver en esta omisión una evidencia en orden a que el principal redactor de nuestro Código Civil abrigaba dudas acerca de ser la donación verdaderamente un contrato, pues el donante no se obliga a cumplir con una prestación, sino que se despoja de inmediato de aquello que dona. Estas dudas podrían explicar el tenor de ciertos artículos del Código, en los cuales se distingue entre la donación y los contratos, como si la primera no formare parte de los segundos (artículos 693 y 1463): Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 23 y 24.

¹⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 693 y 694.

¹⁵ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 32 y 33.

acto entre vivos o por causa de muerte (en este último caso, por ejemplo, cuando se entrega al donatario la cosa, en vida del testador, convirtiéndose el primero en usufructuario).

- Liberalidad: la atribución patrimonial en que consiste una donación tiene como primera característica el no ser debida. En este sentido, “liberalidad” significa que hacer la atribución o no hacerla ha dependido completamente del arbitrio del donante, no ha mediado una obligación jurídica de hacerla.

- Gratuidad: este carácter atañe a la ausencia de contraprestación. La atribución no es entonces el precio de algo que otro presta o debe prestar, entendido el “precio” no sólo como dinero, sino como una cosa corporal, un derecho o incluso un hecho.

- Lucratividad: se entiende por tal, en materia de donación, el fenómeno consistente en que el donatario de la atribución patrimonial consiga el objeto de ésta sin correlativamente quedar sujeto a restituirlo con posterioridad, de modo de poder retenerlo. La lucratividad de la donación implica, entonces, que la atribución y consiguiente adquisición son definitivas. Es en este rasgo que la donación se diferencia, por ejemplo, del mutuo sin intereses, en que asimismo hay atribución no debida y gratuita, pero no lucrativa, porque el mutuario debe restituir la cantidad.

- Modificación patrimonial: se desprende del concepto del Código, que la donación disminuye el patrimonio del donante y aumenta el del donatario.¹⁶

b. La donación es un título translaticio de dominio.

Subraya Meza Barros que la definición del artículo 1386 contiene otro defecto, al decir que una persona “*transfiere*”, cuando en realidad debió decir “*se obliga a transferir*”. La donación no es un modo de adquirir el dominio, sino un título que posibilita hacer la tradición ulterior.¹⁷

Por lo demás, se agrega, decir que por el contrato se transfiere una cosa, sería equivalente a sostener que estamos ante un contrato real, y ello por cierto no es así.

Con todo, algunos han planteado que la donación entre vivos sería un modo de adquirir, argumentando: i) Que la definición de donación se aparta de la definición de compraventa, donde en lugar de decir que el vendedor “*da*” una cosa, se afirma que el vendedor “*se obliga a dar una cosa*”; ii) La ubicación que el Código Civil da a la donación, inmediatamente después de la sucesión por causa de muerte, demostraría que ambas constituyen modos de adquirir.¹⁸

Somarriva, que también concluye que se trata de un título translaticio de dominio y no directamente de un modo de adquirir, agrega una explicación referida a la historia de la ley: señala que la definición de donación fue modificada por Andrés Bello, al autorizarse al Ejecutivo para hacer una edición auténtica y exenta de errores. El precepto original, después de definir la donación, agregaba “*y se consuma por la tradición*”. Bello optó por eliminar esta frase, seguramente por considerarla innecesaria, pues lo mismo se desprendía de los demás preceptos del Código. De cualquier manera, Somarriva concluye que en realidad hubiere sido preferible conservarla, para evitar la referida discusión.¹⁹

Guzmán Brito, a diferencia de lo que opinan Meza Barros y Somarriva, sostiene que la donación es un contrato real, y que no hay tal error en haber empleado en tiempo

¹⁶ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 35 a 52.

¹⁷ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 502 y 503.

¹⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 695 y 696.

¹⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 696.

presente la palabra “*transfiere*”. Recuerda este autor que en los proyectos del Código, se empleó primero la palabra “*se despoja*”, después la expresión “*abandona*” y finalmente “*transfiere*”, todas describiendo “*un acto que en derecho llamamos ‘real’, consistente precisamente en la enajenación del dominio de la cosa, que se opera merced a una tradición*”. No empleó el Código la fórmula “*transferirá*” o “*se obliga a transferir*”, en cuyo caso el acto no habría sido real sino obligacional, es decir, creador de la obligación de transferir, que ha de ser cumplida en un momento posterior al de la celebración del contrato.²⁰ De esta manera, agrega Guzmán Brito, la idea sugerida por el artículo 1386 de ser la donación un acto real, consistente en transferir, y no, por ende, un acto obligacional, consistente en obligarse a transferir, no es en sí misma absurda. Desde luego, tiene en apoyo la concepción de las Instituciones de Justiniano, recogida en la obra de Bello “*Instituciones de Derecho Romano*”, para la cual la donación no sólo tiene conformación real, sino que constituye un modo de adquirir autónomo y distinto de la tradición, aunque ésta última integre su estructura. En este sentido, la donación se asimila al mutuo, al comodato, al depósito y a la prenda, todos actos reales que exigen tradición el primero y mera entrega los tres siguientes, aunque estén sustentados en una convención consensual previa que, sirviendo de título a la tradición o a la entrega, no genera sin embargo obligaciones.²¹ Este planteamiento es ostensible, dice Guzmán Brito, en el mutuo, que tiene una estructura especial, similar a la donación: por un lado, se tiene una convención (consensual) entre futuro mutuante y futuro mutuario, en orden a dar una cantidad de fungibles en préstamo el primero al segundo. Esta convención, aunque válida, es ineficaz (salvo si estuviéramos ante una promesa de mutuo), en el sentido que no genera una obligación para el futuro mutuante de prestar, ni otra para el futuro mutuario de recibir en préstamo. Por otro lado, se tiene el acto real, consistente en la tradición de la cantidad que hace el mutuante al mutuario. De esta manera, el título es la convención que no engendra obligaciones, y el modo (la tradición) el acto por el cual nace el contrato. Lo mismo ocurre en la donación, acto o contrato real que se perfecciona por la tradición o por la inscripción en su caso. De esta forma, el esquema del Código Civil, que exige título y modo (artículo 675) se mantiene.²²

c. La donación es un contrato unilateral, por regla general.

Normalmente, en el contrato de donación sólo resulta obligado el donante y no el donatario. Es por ende, usualmente, un contrato unilateral (artículo 1439). Para ser consecuentes con la discusión expuesta en el párrafo precedente, habría que decir que para algunos (Meza Barros y Somarriva) la obligación podría cumplirse de inmediato o con posterioridad a la celebración del contrato, mientras que para otros (Guzmán Brito) la obligación necesariamente se cumple en el momento mismo de perfeccionarse el acto de la donación, con la tradición de la cosa (bajo el entendido que la donación sería un acto complejo que en su estructura contiene la convención consensual previa y no obligacional y la tradición).

Excepcionalmente, el contrato de donación es bilateral: ello acontece cuando estamos ante lo que se denomina “*donación con cargas*” o donación modal, en la que no sólo se obliga el donante, sino que también el donatario. Recordemos que nuestra doctrina

²⁰ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., 25.

²¹ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 111.

²² Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 112 y 113.

ha definido el modo “*como la carga que se impone a quien se le otorga una liberalidad*”²³ o como “*el fin especial al que debe aplicarse el objeto asignado*”²⁴ o afirmándose que “*lo que constituye el modo es la aplicación o destinación que el asignatario debe dar a los bienes que le deja el testador...*”²⁵. Son obligaciones modales, dice Alessandri, “*aquellas que se hallan sujetas a un modo, que consiste en la aplicación de la cosa objeto de la obligación a un fin especial, como el de sujetarse a ciertas cargas o el de ejecutar ciertas obras. El modo viene a ser, en buenas cuentas, el hecho de tener que aplicarse la cosa materia de la obligación a un fin especial, fin que puede consistir en ciertas cargas o en ciertas obras que el deudor debe cumplir o que el deudor debe ejecutar.*”²⁶

El Código Civil se refiere a esta figura en el título IV del Libro III, “*De las asignaciones testamentarias*”, y más específicamente, en el párrafo 4, “*De las asignaciones modales*”, artículos 1089 a 1096. De las normas contenidas en el aludido párrafo 4, la más importante para conceptualizar el modo es la del artículo 1089, que reza: “*Si se asigna algo a una persona para que lo tenga por suyo con la obligación de aplicarlo a un fin especial, como el de hacer ciertas obras o sujetarse a ciertas cargas, esta aplicación es un modo y no una condición suspensiva. El modo, por consiguiente, no suspende la adquisición de la cosa asignada.*”

Ahora bien, el artículo 1089 es aplicable a las donaciones, atendido lo dispuesto en los artículos 1493 y 1416 del Código Civil, según ya se expresó.

Cabe señalar que en este caso el contrato es bilateral, aunque las obligaciones contraídas por cada parte no cedan en beneficio de la contraparte, sino en utilidad de un tercero, como acontece usualmente en la donación con cargas. Así, el donatario se obliga “*ante el donante*”, pero no “*a favor del donante*”, sino en beneficio de un tercero, ajeno al contrato. Esto explica que el contrato de donación con cargas sea bilateral aunque gratuito. Pero aún en el caso de que el donatario se obligue a favor del donante, el contrato seguirá siendo gratuito, pues el gravamen no puede superar el beneficio que el donatario recibe, según veremos seguidamente.

En efecto, el gravamen o la carga pueden quedar establecidos sólo en beneficio del donante, sólo en beneficio del donatario, en beneficio del donatario y de un tercero; o sólo en beneficio de un tercero:

- Será en beneficio del donante, en el caso del artículo 1420, cuando en la donación se le impone al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, siempre que se exprese una suma determinada. El valor del gravamen, con todo, debe ser inferior al de lo donado; si es igual o superior, no hay donación por ausencia de enriquecimiento en el donatario (artículo 1398).²⁷ Así, por ejemplo, Juan dona \$ 100 a Pedro, pero le impone el gravamen de pagar con cargo a dicha suma, deudas del primero por \$ 30.

²³ VODANOVIC H., Antonio, “*Curso de Derecho Civil. Tomo III. De las Obligaciones*”. Basado en las explicaciones de los profesores de la Universidad de Chile Arturo ALESSANDRI Rodríguez y Manuel SOMARRIVA Undurraga, Santiago de Chile, Editorial Nascimento, año 1941, p. 109; y SOMARRIVA Undurraga, Manuel, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1988, cuarta edición, versión de René Abeliuk, p. 235.

²⁴ DOMÍNGUEZ Benavente Ramón y DOMÍNGUEZ Águila, Ramón, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición actualizada, año 2011, p. 583.

²⁵ CLARO Solar, Luis, “*Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1979, Tomo X), pp. 253 y siguientes.

²⁶ ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, “*Teoría de las Obligaciones*”, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur Ltda., año 1988), p. 237.

²⁷ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 230.

- El modo puede establecerse en exclusivo beneficio del donatario, como si por ejemplo Pedro dona a Juan 20 millones, para que éste financie con cargo a esa suma su educación universitaria; o Pedro dona 5 millones para que Juan viaje a Europa. En este caso, según veremos, el contrato de donación es unilateral y no bilateral (artículo 1092).
- El modo puede beneficiar al donatario y a un tercero o sólo a un tercero, como usualmente acontece. Así, beneficiará a los dos, por ejemplo, si una municipalidad dona un inmueble a una corporación de derecho privado, la que se obliga a construir en él un hospital en el que se atenderá gratuitamente a cierto número de pacientes que le derive anualmente el departamento de asistencia social del aludido municipio; o beneficiará exclusivamente a un tercero, por ejemplo, si Juan dona a Pedro 50 millones, pero le impone la carga modal de financiar la educación –inclusive superior-, de María.

Según revisaremos al tratar de la resolución de las donaciones por incumplimiento del donatario, en el primero y en el tercero de estos casos (modo en favor del donante y modo en favor del donatario y un tercero o sólo de un tercero), el incumplimiento de la resolución permitirá al donante demandar la resolución del contrato (artículo 1426). En el segundo caso (modo en exclusivo favor del donatario), en principio el donante carecería de acción resolutoria, a menos que se estableciera una cláusula resolutoria (artículo 1092).

d. La donación es un contrato gratuito.

La donación es el típico ejemplo de contrato gratuito, a que alude el artículo 1440 del Código Civil. El contrato reporta utilidad para una sola de las partes, soportando la otra el gravamen.

Sin embargo, advierte Meza Barros que no es necesario que la ventaja conferida a una de las partes sea pura o completamente gratuita. Puede acaecer que el donante imponga al donatario ciertas cargas. En tal caso, el contrato será siempre una donación (aunque bilateral), a menos que las cargas impuestas sean equivalentes al beneficio que obtenga el donatario, pues si tal ocurre, el contrato, dice Meza Barros, será oneroso y no importará una donación.²⁸ Se trata, según vimos, de la donación con cargas, en la que el gravamen no puede exceder el beneficio recibido por el donatario. En este caso, quedó en claro que la donación será un contrato bilateral pero gratuito, como ha destacado nuestra doctrina.²⁹

e. La donación es un contrato principal.

No requiere la donación de otro acto jurídico para producir sus efectos. Subsiste por sí solo y tampoco está destinado a asegurar el cumplimiento de otro contrato (artículo 1442).

f. La donación es un contrato solemne.

En teoría, debiéramos decir que la donación es consensual o solemne, según el valor de la cosa objeto del contrato. Son solemnes las donaciones que recaen sobre cosas que superan cierto monto y en caso contrario serán consensuales. Ocurre sin embargo que solamente son consensuales las donaciones puras y simples, totalmente gratuitas, que recaen sobre bienes muebles de un valor no superior a dos centavos (artículo 1401). Esto equivale a sostener que en realidad, toda donación es solemne. Somarriva, al aludir a las

²⁸ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 503.

²⁹ López Santa María, Jorge, “*Los contratos. Parte general*”, tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición actualizada, año 1998, p. 109.

características del contrato de donación, señala que es un contrato consensual, pero acto seguido agrega: “*aunque este carácter de consensual de las donaciones tiene tantas excepciones que en el hecho la regla general es la contraria*”.³⁰

g. La donación es un contrato irrevocable, por regla general.

El donante, por regla general, no puede retractarse de la liberalidad prometida. Lo anterior es una lógica consecuencia del carácter contractual de la donación. Como todo contrato, no puede abolirse sino por consentimiento mutuo o por causas legales.³¹

Se exceptúan de esta regla:

- Las donaciones entre cónyuges, que siempre se miran por la ley como revocables (artículo 1137, inciso final); y
- En caso de existir ingratitud por parte del donatario (artículo 1428).

h. La donación es un contrato de ejecución instantánea, salvo en el caso de las donaciones periódicas.³²

i. Es un contrato de excepción, porque nunca se presume.

En efecto, el artículo 1393 dispone que “*La donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes*”. El mismo principio aplica el artículo 2299, en las normas del cuasicontrato del pago de lo no debido: “*Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.*”³³

j. El contrato de donación siempre opera a título singular.

A pesar de que la ley habla de donaciones a título universal, veremos que en realidad siempre es necesario singularizar los bienes donados. En la donación, sólo se ceden bienes determinados, salvo el caso de que se done un derecho de herencia, pues entonces se transfiere la universalidad de ésta.³⁴

4. Requisitos de las donaciones entre vivos.

El Código contempla reglas especiales respecto de la capacidad de las partes, del consentimiento, del objeto de las donaciones, de la causa de las donaciones y de sus solemnidades. Las estudiaremos en el mismo orden.

a. Reglas relativas a la capacidad para donar y para recibir donaciones.

a.1. Regla general.

Como siempre ocurre, la regla general es la capacidad y la incapacidad es la excepción. Dispone al efecto el artículo 1387: “*Es hábil para donar entre vivos toda*

³⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 694.

³¹ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 503.

³² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 694.

³³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 694 y 695.

³⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 695.

persona que la ley no haya declarado inhábil". A su vez, el artículo 1389 consigna: "*Es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz.*"

a.2. Capacidad del donante.

Conforme al artículo 1388, "*Son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben.*" De esta forma, para donar, se requiere plena capacidad y más específicamente, capacidad para enajenar.

Con todo, el menor adulto, en cuanto tiene la administración de su peculio profesional o industrial, podría donar bienes muebles (artículo 251), pero no inmuebles (artículo 254).

A su vez, quienes administran bienes ajenos o propios bajo un régimen especial de administración (como el de sociedad conyugal) suelen tener restricciones para donar, como se observa en los siguientes casos:

- i) El tutor o curador no puede, bajo ningún respecto, donar inmuebles del pupilo; respecto de los muebles, requiere autorización judicial que sólo se otorgará por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, y con tal que la donación sea proporcionada a las facultades (económicas) del pupilo, y que por ella no sufran un menoscabo notable los capitales productivos; a menos que se trate de gastos de poco valor para objetos de caridad o de lícita recreación (artículo 402).
- ii) El padre o madre titular de la patria potestad sólo podrá donar bienes del hijo, sujetándose a las mismas reglas de los guardadores (artículo 255).
- iii) El marido administrador de la sociedad conyugal sólo podrá donar bienes sociales (muebles e inmuebles) con autorización de la mujer, y en caso de negativa de ésta, aún injustificada, el primero no podrá recurrir a la justicia (artículo 1749). Excepcionalmente, podrá donar, cuando se trata de donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social (artículo 1735). Tratándose de la mujer que tenga la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, para donar bienes sociales, requiere obtener autorización judicial (artículo 1759), salvo en el caso del artículo 1735. Si en definitiva se donaren bienes sociales, el cónyuge donante deberá la respectiva recompensa a la sociedad conyugal, conforme al artículo 1742, a menos que lo donado sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social, o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia, y sin causar un grave menoscabo al haber social.

a.3. Capacidad del donatario.

La capacidad para recibir donaciones está sujeta, en general, a las mismas normas que la ley señala para recibir asignaciones por causa de muerte. Es decir, no pueden recibir donaciones entre vivos las mismas personas incapaces de suceder.³⁵ Las reglas están contenidas en los artículos 1390 a 1392:

- i) El donatario debe existir al momento de la donación, pero si ésta estuviere sujeta a condición suspensiva, habrá que existir al cumplirse dicha modalidad (artículo 1390).
- ii) Con todo, las donaciones hechas a personas que al tiempo de realizarse no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los diez años subsiguientes a la apertura de la sucesión (artículo 1390 en relación al artículo 962, inciso 3°).

³⁵ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 505.

iii) Valdrán con la misma limitación las donaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la donación (artículo 1390 en relación con el artículo 962, inciso 4°).

iv) Los que son incapaces de recibir herencias y legados según los artículos 963 y 964 (incapacidad por falta de personalidad jurídica y por “*dañado ayuntamiento*”), lo serán también para adquirir por las donaciones entre vivos (artículo 1391).

v) Es nula la donación hecha al curador del donante, antes que el curador haya exhibido las cuentas de la curaduría, y pagado el saldo, si lo hubiere en su contra (artículo 1392).

De las reglas anteriores, se desprende que de las incapacidades para suceder, no se aplican a las donaciones la del eclesiástico confesor y la del notario y testigos del testamento.³⁶

b. Reglas relativas al consentimiento en las donaciones entre vivos.

b.1. Necesidad de notificar la aceptación.

Como todo acto jurídico bilateral, la donación entre vivos exige el acuerdo de las voluntades, que nace después de la oferta y la subsecuente aceptación. Sin embargo, además de dicha aceptación, es necesario que el aceptante se la notifique el donante. Mientras no se verifique tal notificación, el donante podrá revocar la donación (artículo 1412). Este es un derecho absoluto, que el donante-oferente ejerce a su arbitrio y respecto del cual no cabe hablar de abuso del derecho.³⁷ La jurisprudencia ha estimado que esta revocación puede ser incluso tácita. También se ha dicho que si el donante fallece antes que acepte el donatario se extingue la donación, es decir, caduca la oferta.³⁸

Como dijimos al estudiar la formación del consentimiento, en la Teoría del Acto Jurídico, en el caso de la donación nos encontramos ante una excepción a la regla general en orden a la cual el acto jurídico nace, dada que sea la aceptación, es decir, aplicando la teoría de la declaración o aceptación. En la donación, opera la teoría del conocimiento.

De esta manera, como expresa Guzmán Brito, la donación se inicia por un acto unilateral del donante, pero no hay todavía donación perfecta, de modo que el donante puede revocar lo hasta el momento actuado, a su arbitrio. El acto se perfecciona una vez que el donatario acepta y notifica su aceptación al donante.³⁹

Por cierto, si la donación exige el cumplimiento de solemnidades (en la práctica, todas lo exigen según expresamos), no basta con la notificación al donante, sino que será indispensable cumplir con las solemnidades legales.

b.2. El *animus donandi*, por regla general, ha de ser expreso.

El artículo 1393 exige que la manifestación de voluntad por parte del donante sea expresa. Se descarta por ende una voluntad tácita, presunta o que tenga por causa el silencio: “*La donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes.*” Por eso se afirma que el *animus donandi* debe ser expreso, lo que se reitera en el artículo 2299, a propósito de las reglas del pago de lo no debido: “*Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona...*”

³⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 701.

³⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 697.

³⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 697 y 698.

³⁹ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 31.

Excepcionalmente, el ánimo de donar puede ser tácito, en el caso de la remisión tácita de una deuda. En efecto, la remisión no sólo puede ser expresa, sino también tácita, y lo es aquella que resulta de ciertos hechos del acreedor que razonablemente hacen suponer su intención de renunciar a su crédito. El artículo 1654 señala los casos en que se entiende haber remisión tácita, que importan presunción legal de la misma. Tales casos son:

- i) Entrega del título al deudor, voluntariamente. La entrega del título debe hacerse por el acreedor o su representante al deudor o a su representante, y debe efectuarse voluntariamente, en forma libre y espontánea.
- ii) Destrucción o cancelación del título. No es necesario que el título destruido o cancelado se encuentre en poder del deudor; la presunción también opera si el acreedor conserva en su poder el título cancelado o destruido. Como en el caso anterior, la cancelación o destrucción ha de ser voluntaria y con ánimo de extinguir la deuda.

Se trata de presunciones simplemente legales, de manera que el acreedor puede acreditar que no hubo intención de condonar, o que la entrega, destrucción o cancelación no fueron voluntarias.

En realidad los casos mencionados en el artículo 1654 hacen suponer la liberación del deudor, pero no por la vía de la remisión, sino que por medio del pago, pues los actos enunciados suelen ser los que realiza el acreedor después que se le satisface su crédito (especialmente cuando se “cancela” el título).

b.3. Quien puede aceptar la donación.

Conforme al artículo 1411, la donación puede ser aceptada:

- i) Por el propio donatario.
- ii) Por un mandatario premunido de poder especial.
- iii) Por un mandatario premunido de poder general para la administración de los bienes del mandante-donatario.
- iv) Por el representante legal del donatario.
- v) Por cualquier ascendiente o descendiente del donatario, con tal que sea capaz de contratar y de obligarse. Respecto a esta última hipótesis, Somarriva destaca que estamos ante un caso especial de representación por el solo ministerio de la ley.⁴⁰
- vi) Por un acreedor de la persona a quien se le ofrece la donación, en el caso previsto en el artículo 1394, inciso 2, en una hipótesis de acción oblicua o subrogatoria. Recordemos que en este caso, se requiere autorización judicial.

El último inciso del artículo 1411 dispone que “*Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones*”. El Código Civil se remite, entonces, a los artículos 1234, 1236 y 1237. Somarriva cree, eso sí, que la lesión no es aplicable en el caso de la aceptación de una donación, por ser ella excepcional en el Derecho y no estar expresamente contemplada en las normas de la donación.⁴¹

b.4. Aceptación de las donaciones fideicomisarias.

Las donaciones fideicomisarias son aquellas que se hacen bajo la condición impuesta al donatario de restituir a un tercero, cumplida la condición. El donatario tiene la calidad de propietario fiduciario y el tercero el carácter de fideicomisario.

⁴⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 698.

⁴¹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 698.

En este caso, la aceptación de la donación debe prestarla el fiduciario. El fideicomisario sólo aceptará cuando llegue el momento de la restitución. Sin embargo, podrá repudiar antes, pendiente que esté la condición (artículo 1413).

Aceptada la donación por el fiduciario y notificada dicha aceptación al donante, podrán ambos hacer las modificaciones que quieran, disponer que el fideicomisario sea substituido por otro e incluso revocar el fideicomiso por completo, sin que el fideicomisario pueda oponerse (artículo 1414). Se explica lo anterior, porque mientras no se cumpla la condición, el fideicomisario sólo tiene una mera expectativa y no un derecho adquirido.

b.5. La facultad para aceptar la donación no se transmite a los herederos.

Dispone el artículo 1415 que *“El derecho de transmisión establecido para la sucesión por causa de muerte en el artículo 957, no se extiende a las donaciones entre vivos.”* Lo anterior implica que muerto el donatario antes de aceptar la donación, nada transmite a sus herederos. Se trata por ende de una excepción al derecho de transmisión contemplado en el artículo 957.

c. El objeto en las donaciones entre vivos.

Señala Somarriva que el objeto de la donación puede ser cualquiera: una cosa corporal o incorporeal, mueble o inmueble. Lo único que no puede ser objeto de la donación son los hechos, las obligaciones de hacer⁴² (cuestión que se comprueba en el artículo 1396, al que se hará referencia más adelante). Como se puede observar, el enfoque que le da Somarriva al objeto de la donación es más bien materialista, se refiere a aquello que se dona.

El objeto de la donación, para Meza Barros, es en cambio finalista, pues alude al resultado de la donación: el objeto, para este autor, es el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario.⁴³ El artículo 1398 señala al efecto: *“No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento; como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada, y de que el donatario no reporta ninguna ventaja apreciable en dinero.”* Ambos efectos deben originarse entonces, para que estemos ante una donación. Si sólo se enriquece el donatario pero no se empobrece el donante (te reparo el computador sin cobrarte nada por el trabajo) o si sólo se empobrece el donante pero no se enriquece el donatario (ejemplo propuesto en el artículo 1398: te dono \$ 10.000.- para que acompañes a Pedro a tal ciudad, pero el costo de transporte excede esa suma), no habrá donación. Lo expuesto coincide con lo que postulaba Somarriva: para que exista donación es necesario que haya un empobrecimiento del patrimonio del donante y un enriquecimiento del acervo del donatario. La donación supone un desplazamiento de bienes: bienes que salen del patrimonio del donante, significándole un empobrecimiento y que van a radicarse en el patrimonio del donatario, reportándole un enriquecimiento.⁴⁴

Aplicando el precepto anterior, el Código Civil establece que no hay donación en los siguientes casos:

⁴² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 701.

⁴³ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 509 y 510.

⁴⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 702.

- i) No constituyen donación los servicios personales gratuitos, aunque sea de aquellos que ordinariamente se pagan (artículo 1396). Es cierto que en este caso una parte se enriquece (quien recibe el servicio), pero no a costa del empobrecimiento de la otra (quien presta el servicio, nada obtiene y en nada disminuye tampoco su patrimonio).
- ii) El contrato de comodato no implica donación: *“No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque su uso y goce acostumbre darse en arriendo”* (artículo 1395, inciso 1°).
- iii) No hay donación en el contrato de mutuo, cuando el mutuante no exige al mutuario el pago de intereses (artículo 1395, inciso 2°).
- iv) No dona quien repudia una herencia, legado o donación: *“No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.”* (artículo 1394, inciso 1°).
- v) No hace donación el que se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca en favor de un tercero ni el que exonera de sus obligaciones a un fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras está solvente el deudor (artículo 1397).
- vi) La conducta pasiva del dueño o del acreedor, en orden a interrumpir la prescripción adquisitiva (en perjuicio del primero) o extintiva (en perjuicio del segundo) que corre en su contra, no constituye donación (artículo 1399).

La jurisprudencia ha señalado que tampoco hay donación en la renuncia hecha por la mujer o por sus herederos a los gananciales, en caso de sociedad conyugal, pues tal renuncia no provoca un empobrecimiento del patrimonio de la mujer o de los herederos renunciantes, y en consecuencia, fallecida la primera o muerto alguno de sus herederos que hubieren renunciado, no procede acumular dichos gananciales para formar los acervos imaginarios.⁴⁵ Lo anterior se explicaría, considerando que al renunciar la mujer o sus herederos, ha de entenderse que el marido fue el único propietario de los gananciales.

En cambio, en los siguientes casos sí hay donación, aunque no contrato, según ya habíamos expresado:

- i) Hace donación el que remite una deuda o paga a sabiendas lo que en realidad no debe (artículo 1397).
- ii) Hace donación quien libera a un fiador o remite una hipoteca o prenda, siendo insolvente el deudor (artículo 1397).
- iii) Hay donación en la remisión o cesión de un derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo (artículo 1395, inciso 3°).⁴⁶

d. La causa en las donaciones entre vivos.

Siendo la donación un contrato gratuito, su causa, según se expresa en el artículo 1467, es *“la pura liberalidad o beneficencia”*. El único móvil que tiene el donante, es proporcionar un beneficio al donatario, a costa de una merma en el patrimonio del primero y sin que ello obedezca a ningún imperativo jurídico que no sea otro que el propio contrato de donación.

⁴⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 704. Cita a su vez la *“Revista de Derecho y Jurisprudencia”*, tomo XXVII, sección 1ª, p. 487.

⁴⁶ Curiosamente, Somarriva incurre en un error acerca de este caso, pues lo incluye entre aquellos en que no hay donación: Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 703.

¿Qué alcance tiene afirmar que “la pura liberalidad” es causa suficiente? La frase es confusa, si consideramos que la donación es una especie de liberalidad. Desde esta perspectiva, la liberalidad sería la causa de la especie de liberalidad que es la donación, lo que constituye obviamente una tautología. Sería equivalente a decir que la donación tiene por causa a la donación. En cambio, si la palabra liberalidad se interpreta como sinónimo de generosidad o munificencia, implica aceptar como causa de la donación a los motivos.⁴⁷ De esta manera, se ha entendido que la causa a que alude el artículo 1467 cuando se refiere a la donación, no corresponde a la causa de la obligación, sino que a los motivos que llevan al donante a realizar la liberalidad. La norma, entonces, se referiría no a la causa de la obligación, general y abstracta, sino a la causa-motivo, es decir, a la causa concebida como móvil psicológico que lleva a actuar.⁴⁸ Como expresa Somarriva, “*es precisamente en materia de donación donde ha hecho crisis la doctrina clásica, que considera la causa como algo inmutable en todo contrato y se ha abierto campo el nuevo concepto de la causa, que ve en ésta el motivo impulsivo y determinante que lleva a contratar. Es la teoría de los móviles psicológicos, que tiene importancia, sobre todo, en relación con la ilicitud de la causa.*”⁴⁹ En conclusión, se trataría de la denominada “*causa ocasional*” y no de la “*causa final*”.

e. Formas de las donaciones entre vivos.

e.1. La insinuación.

Dispone el artículo 1401: “*La donación entre vivos que no se insinuare, sólo tendrá efecto hasta el valor de dos centavos, y será nula en el exceso. / Se entiende por insinuación la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario. / El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal.*”

Se refieren también a la insinuación para donar los artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil.

La solicitud debe expresar:

- i) El nombre del donante y del donatario y si alguno de ellos está sujeto a guarda o bajo patria potestad.
- ii) La cosa o cantidad que se trata de donar.
- iii) La causa de la donación, esto es, si es remuneratoria, si se hace a título de legítima o de mejora o por mera liberalidad.
- iv) El monto líquido del haber del donante y sus cargas de familia (artículo 889 del Código de Procedimiento Civil).

Según expresa el artículo 1401, la solicitud debe presentarse ante el juez competente. ¿Qué se entiende por tal? Aplicando las reglas del Código Orgánico de Tribunales y tratándose de un asunto no contencioso, juez competente es el del domicilio del interesado. Ahora bien, se pregunta Somarriva quién es el interesado. Responde que podría pensarse que siempre será el donatario, pero también podría sostenerse que habría que distinguir según quien solicitare la insinuación, si el donante o el donatario. En el

⁴⁷ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 144.

⁴⁸ Lecaros Sánchez, José Miguel, “*Liberalidades y donaciones irrevocables*”, Santiago de Chile, Metropolitana Ediciones, año 1997, p. 46.

⁴⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 702.

primer caso, sería juez competente el del domicilio del donante; en el segundo caso, el del domicilio del donatario.⁵⁰

El tribunal, según la apreciación que haga de los particulares comprendidos en el artículo 889, concederá o denegará la autorización, conforme a lo dispuesto en el artículo 1401 del Código Civil (artículo 890 del Código de Procedimiento Civil).

La falta de insinuación determina la nulidad de la donación. Esta nulidad, señala nuestra doctrina, es absoluta: Meza Barros⁵¹; Somarriva⁵². Así también ha concluido nuestra Corte Suprema. Se entiende, por ende, que la insinuación es una solemnidad propiamente tal.

No obstante tratarse de una “*autorización*”, expresión que tradicionalmente se ha interpretado como actuación previa a la celebración del contrato (a diferencia de la “*aprobación*”, que opera a posteriori), la jurisprudencia ha resuelto que no es necesario que la donación y la insinuación se hagan simultáneas, pudiendo la insinuación ser posterior a la donación, e incluso posterior a la aceptación de la donación.⁵³

Excepcionalmente, no requieren insinuación:

- i) Las donaciones que se hagan los esposos en capitulaciones matrimoniales, cualquiera que sea la clase y valor de las cosas donadas (artículo 1406 del Código Civil). Se trata de las capitulaciones convenidas antes de la celebración del matrimonio, pues no olvidemos que las celebradas en el acto del matrimonio, están circunscritas a elegir el régimen matrimonial;
- ii) Las donaciones que se hagan al Estado (artículo 37 del Decreto Ley número 1.939, del año 1977);
- iii) Las donaciones a que alude el artículo 31, número 7, de la Ley sobre Impuesto a la Renta: las donaciones efectuadas cuyo único fin sea la realización de programas de instrucción básica o media gratuitas, profesional o universitaria en el país, ya sean privados o fiscales, sólo en cuanto no excedan del 2% de la renta líquida imponible de la empresa donante o del 1,6% (uno como seis por mil) del capital propio de la empresa donante al término del correspondiente ejercicio; las donaciones que se hagan al Cuerpo de Bomberos de la República; las donaciones que se hagan al Fondo de Solidaridad Nacional o al Fondo de Abastecimiento y Equipamiento Comunitario o al Servicio Nacional de Menores y a los Comités Habitacionales Comunales. Dispone el precepto que “*Las donaciones a que se refiere este número no requerirán del trámite de la insinuación y estarán exentas de toda clase de impuestos*”.
- iv) Las donaciones que se hagan en el marco de la “*Ley de Donaciones con fines Culturales*” (artículo 2º, inciso final de la Ley número 18.985 del año 1990).
- v) Las donaciones de predios rústicos, a que se alude en el artículo 1º del Decreto Ley 3.516, de 1980, en sus números 7º (cuando se trate de donaciones a organizaciones o instituciones con personalidad jurídica y sin fines de lucro); 8º (cuando se trate de donaciones al Fisco de Chile, a las municipalidades y a los gobiernos regionales); y 9º (cuando se trate de donaciones a las organizaciones comunitarias regidas por la Ley número

⁵⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 707.

⁵¹ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 513.

⁵² Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 707.

⁵³ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 706: cita al efecto la “*Gaceta de los Tribunales*” de 1867, sentencia número 1.337, p. 557 y otra sentencia, que lleva el número 116, de la misma publicación del año 1930, p. 467.

18.893 y a las organizaciones sindicales a las que se refiere el Libro III del Código del Trabajo).

vi) Las donaciones que se realicen conforme a lo previsto en la Ley número 19.885, que “*incentiva y norma el buen uso de donaciones que dan origen a beneficios tributarios y los extienden a otros fines sociales y públicos*” (artículo 1, número 4).

e.2. Donaciones de bienes raíces.

Estas donaciones son siempre solemnes, conforme al artículo 1400, inciso 1º: “*No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro*”.

Se pregunta Meza Barros si la inscripción es solemnidad del contrato o la manera de efectuar la tradición de las cosas donadas. Afirma que para ser consecuente con el sistema del Código, es lógico concluir que desempeña el papel de tradición. Refuerza esta conclusión, indica este autor, el tenor del inciso 2º del artículo 1400: “*Tampoco valdrá sin este requisito la remisión de una deuda de la misma especie de bienes*”. Obsérvese –agrega Meza Barros–, que la disposición emplea el singular “*este requisito*” en vez del plural “*estos requisitos*”, como debiera hacerlo si la donación de inmuebles requiriera tanto de la escritura pública como de la inscripción.⁵⁴ Somarriva también concluye que la inscripción no es solemnidad del contrato, sino la forma de efectuar la tradición.⁵⁵

Con todo, en ocasiones otro ha sido el criterio de la jurisprudencia, entendiéndose en unas viejas sentencias que el contrato de donación de un inmueble no queda perfecto sino con su inscripción, de manera que antes que ello suceda, el donante podría revocar su donación.⁵⁶

Recordemos que esta misma discusión se ha planteado acerca del rol de la inscripción del contrato de hipoteca, considerando la mayoría que corresponde a la tradición del derecho real de hipoteca y no solemnidad del contrato.

e.3. Donaciones “*a título universal*”.

Son tales las que tienen por objeto la totalidad o una cuota de los bienes del donante (artículo 1407). Deben cumplir con los siguientes requisitos:

- i) Deben ser insinuadas (sin que importe su cuantía).
- ii) Deben constar por escritura pública e inscribirse en el Registro Conservatorio cuando entre los bienes donados se comprendan inmuebles.
- iii) Debe hacerse un inventario solemne de los bienes, so pena de nulidad. Si se omitiere alguna parte de los bienes del donante en este inventario, se entenderá que éste se los reserva y no tendrá el donatario ningún derecho a reclamarlos.

Según veremos al tratar de las eventuales obligaciones del donatario, no existen en verdad donaciones “*a título universal*”. En efecto, destaca Somarriva que la donación es siempre a título singular. Así lo pone de manifiesto la propia definición de donación, del

⁵⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 514 y 515.

⁵⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 708 y 709.

⁵⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 708: cita tres sentencias, una del año 1884, sentencia número 235, p. 109; otra del año 1893, tomo 2º, sentencia número 2.665, p. 448; y la última del año 1894, tomo 1º, sentencia número 10, p. 11, todas publicadas en la “*Gaceta de los Tribunales*”.

artículo 1386⁵⁷, cuando en ella se expresa que una persona –el donante–, transfiere a otra “Una parte de sus bienes”. A su vez, el artículo 1407 exige un inventario de los bienes donados, lo que excluye toda idea de universalidad.⁵⁸

Sin embargo, agrega Somarriva, podría afirmarse que existe donación a título universal cuando se dona un derecho de herencia. Aquí sí que se dona una universalidad, pero matiza esta conclusión el citado autor, al señalar que también podría pensarse que lo donado en este caso sería el derecho de herencia específicamente considerado.⁵⁹

e.4. Donaciones condicionales y a plazo.

Se desprende del artículo 1403 que nada obsta para que una donación sea hecha sujetándola a un plazo o a una condición suspensivos, pero debe cumplir con los siguientes requisitos:

- i) Debe constar por escrito y expresarse en el instrumento cuál es la modalidad.
- ii) Si recae en inmuebles, la donación debe constar por escritura pública.
- iii) Debe ser insinuadas.

Cabe subrayar que si el donatario bajo condición falleciere antes de cumplirse la condición, no transmitirá a sus herederos la expectativa que tenía para reclamar lo donado, habida cuenta de lo previsto en el artículo 1492, inciso 2, del Código Civil.

El donatario de una donación condicional podrá impetrar providencias conservativas necesarias, en el intervalo que media entre la celebración del contrato de donación y el cumplimiento de la condición (artículo 1492, inciso 3).

e.5. Donaciones con causa onerosa.

Se refiere a ellas el artículo 1404: “Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas. / Las donaciones con causa onerosa, de que se habla en el inciso precedente, están sujetas a insinuación en los términos de los artículos 1401, 1402 y 1403.”

Somarriva las define como “aquellas que se sujetan a una determinada condición impuesta al donatario, como si, por ejemplo, se dona una casa a Pedro, sujeta a la condición de que éste siga la carrera de abogado.”⁶⁰

Se desprende del precepto transcrito que estas donaciones:

- i) Deben otorgarse por escritura pública.
- ii) Debe expresarse la causa.
- iii) Deben insinuarse.

Guzmán Brito disiente de Somarriva en cuanto a considerar que estamos ante una donación sujeta a condición suspensiva. Afirma que no es así, porque el Código trata separadamente de las donaciones sometidas a condición en su artículo 1403. En la donación con causa onerosa, el donatario adquiere el dominio de inmediato, contrariamente a lo que

⁵⁷ En la obra de Somarriva, en un manifiesto error dactilográfico, se alude al artículo “1368”.

⁵⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 709.

⁵⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 710.

⁶⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 713.

acaecería si la causa fuera una condición suspensiva. Lo anterior, sin perjuicio de que de no cumplirse con la causa, esto es de no tener lugar lo esperado del donatario, quien por ejemplo no abrazó la carrera o el estado esperados, o no se casó, el donante podría pedir la restitución de lo donado. Si el donatario no cumple con la causa que se le impuso, deberá restituir lo donado. En este sentido, se puede decir que estas donaciones son revocables (o más precisamente, están sujetas a eventual resolución). A su vez, el donatario no está obligado a cumplir con la causa, el donante no tiene acción en contra del donatario para tal objeto. Pero si no cumple con la causa, deberá restituir lo recibido por la donación. De esta manera, la donación con causa onerosa implica transferir algo en función de un fin esperado, que, si se sigue (si se cumple la causa), permite al accipiens (donatario) retener lo recibido, y si no sigue (si no se cumple la causa), lo deja obligado a restituir, sin que el donatario contraiga obligación de cumplir con el fin. Lo anterior –agrega Guzmán Brito–, demostraría que la “*donación con causa onerosa*” carece, en lo inmediato al menos, de carácter donatario, por ausencia de lucratividad (ver lo expuesto el referimos al concepto de donación), en el mismo sentido en que el mutuo no es donación. Sólo una vez conseguido el fin buscado con la donación, puede darse por consumada una verdadera donación, o, mejor dicho, advenido el efecto donatorio. Si el fin no sigue (es decir, si no se cumple la causa), el donante exigirá la restitución de lo donado y entonces donación no habrá habido nunca.⁶¹

Por otra parte, cabe plantearse también qué significa “*causa onerosa*” para los efectos del artículo 1404. Guzmán Brito señala que no debe creerse que se trata de un gravamen pecuniario, pues si así fuere, no estaríamos ante una donación con causa onerosa, sino ante una donación con cargas o gravámenes, tratada en el artículo 1405. Así, excluyendo que se trate de dinero, cosas o derechos pecuniarios, debe entenderse que la “*causa onerosa*” es un onus no-pecuniario, y se llama así porque implica algo esperado por el donante y que debe realizar el donatario, como contraer matrimonio, que no obstante no ser necesariamente pesado o gravoso para él, de todos modos aparece como una imposición a su libertad.⁶²

¿Cuáles son las “*causas onerosas*” contempladas en la ley? El artículo 1404 señala dos casos: que una persona abrace una carrera o estado; y que la donación se de a título de dote o por razón de matrimonio. Respecto del primer caso, debe entenderse que se trata de ejemplos legales, pudiendo las partes establecer las “*causas onerosas*” que deseen, pero como subraya Guzmán Brito, siempre que no impliquen onerosidad en el sentido de pecuniaridad, y consistan más bien en alguna conducta o hecho esperados en la parte del donatario.⁶³ El segundo caso, corresponde a donaciones hechas a título de dote o por razón de matrimonio. Aludiremos a ellas en el párrafo siguiente.

e.6. Donaciones por causa de matrimonio.

No están reguladas en las normas del contrato de donación, sino en las normas relativas a las capitulaciones matrimoniales y a la sociedad conyugal.

Conforme al artículo 1786 del Código Civil, “*Las donaciones que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un*

⁶¹ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., pp. 216 a 219.

⁶² Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 215.

⁶³ Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 216.

tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, se llaman en general donaciones por causa de matrimonio.”

Tres son por ende las hipótesis:

- i) Donación que uno de los esposos o novios hace al otro de los esposos o novios, en consideración al matrimonio.
- ii) Donación que un tercero hace a cualquiera de los novios o a los dos, antes de celebrado el matrimonio y en consideración a él.
- iii) Donación que un tercero hace a cualquiera de los cónyuges o a los dos, después de celebrado el matrimonio y en consideración a él.

Como subraya Meza Barros, hay diferencias según si la donación fuere hecha por uno de los esposos o por un tercero.

La donación hecha por uno de los esposos, está sujeta a las siguientes reglas:

- i) La donación debe hacerse antes del matrimonio. Con posterioridad, los cónyuges sólo pueden hacerse donaciones revocables.
- ii) No es necesario que se exprese la causa de matrimonio: de acuerdo al artículo 1790, inciso 3º, *“En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese.”*
- iii) La donación debe constar por escritura pública. Dicha escritura es la misma que contiene las capitulaciones matrimoniales.
- iv) Estas donaciones no exigen insinuación.
- v) Las donaciones que se hagan los esposos entre sí están sujetas a ciertos límites. En efecto, dispone el artículo 1788 que *“Ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare.”* Como señala Somarriva, este precepto se explica como una protección indirecta a las legítimas y mejoras, pues la cuarta parte de sus bienes es aquello de que puede disponer una persona libremente si tiene legitimarios. Esta limitación no rige para los terceros.⁶⁴

El artículo 1406 señala por su parte: *“Las donaciones que con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales, no requieren insinuación, ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o valor de las cosas donadas.”*

Por su parte, las donaciones por causa de matrimonio que hacen los terceros están sometidas a las siguientes reglas:

- i) La donación puede hacerse antes o después de celebrado el matrimonio.
- ii) La donación debe otorgarse por escritura pública.
- iii) En la escritura de donación, debe expresarse que opera *“por causa de matrimonio”*, pues de otra forma se entenderá que la donación es *“gratuita”* (artículo 1404, inciso 2º).
- iv) La donación está sujeta a insinuación (artículo 1404, inciso 2º).⁶⁵

Cabe consignar que de conformidad al artículo 1789, las donaciones por causa de matrimonio admiten modalidades. Por su parte, el mismo artículo deja en claro que esta clase de donaciones se ha de entender bajo la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio. Con todo, Somarriva plantea que en realidad las donaciones por causa de matrimonio no son condicionales, sino que eventuales, pues están sujetas al evento futuro e incierto, pero esencial, de la celebración del matrimonio. Por ello, si el matrimonio no se

⁶⁴ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 719.

⁶⁵ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 516 y 517.

celebra caducan las donaciones otorgadas en consideración a él. Y, en conformidad al artículo 100, puede demandarse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado, aun en el caso de ruptura de esponsales.⁶⁶

Cabe plantear también qué ocurre con estas donaciones, en caso de nulidad de matrimonio, separación judicial de los cónyuges o divorcio:

i) En caso de declararse la nulidad del matrimonio: cabe distinguir según se trate del matrimonio simplemente nulo o del matrimonio nulo putativo. En el caso del matrimonio simplemente nulo, se podrán revocar las donaciones por causa de matrimonio, siempre que la donación y su causa se hayan expresado por escritura pública (artículo 1790). Esta última exigencia sólo cabe aplicársela a terceros, pues respecto a los ex presuntos cónyuges, “*en la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese.*” Con todo, si ambos ex presuntos cónyuges celebraron el matrimonio de mala fe, no podrán revocar las donaciones que se hayan hecho. En el caso del matrimonio nulo putativo, distinguimos tres reglas:

- Los terceros sólo pueden revocar las donaciones efectuadas al que contrajo el matrimonio de mala fe y siempre que la donación y la causa consten en escritura pública;
- El ex presunto cónyuge de buena fe puede revocar las donaciones hechas al ex presunto cónyuge de mala fe, y en este caso la causa de la donación se entiende en la escritura;
- El ex presunto cónyuge de mala fe no puede revocar las donaciones al ex presunto cónyuge de buena fe.⁶⁷ El artículo 51, inciso 3º, de la Ley de Matrimonio Civil dispone, en el mismo sentido, que las donaciones por causa de matrimonio que se hayan hecho por el otro cónyuge al que se casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de nulidad de matrimonio.

ii) En caso de separación judicial de los cónyuges o de sentencia de divorcio, dispone el artículo 1790, inciso 2º, que la sentencia firme de separación judicial o divorcio autoriza a revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa (en esta materia, no cabe aludir al artículo 172, que no se refiere a las donaciones “*por causa de matrimonio*” sino que a otras donaciones hechas entre cónyuges, antes o después de la celebración del matrimonio. Aludiremos a este precepto más adelante, aunque la solución es la misma que aquella contemplada en el artículo 1790).

e.7. Donaciones fideicomisarias.

Estas donaciones son también solemnes e implican un fideicomiso. Por ende, requieren de escritura pública (artículo 735 del Código Civil). Además, si tienen por objeto un inmueble, deberá inscribirse la escritura en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente (artículo 735, inciso 2º).

Deben insinuarse, conforme a la regla general.

Se refieren a estas donaciones los artículos 1410, 1413 y 1414. El primero dispone que “*Lo dispuesto en el artículo 1401 –exigencia de insinuación–, comprende a las donaciones fideicomisarias o con cargo de restituir a un tercero.*” Los artículos 1413 y 1414 aluden expresamente al fiduciario y al fideicomisario. El primero establece que las

⁶⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., pp. 719 y 720.

⁶⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 720.

donaciones con cargo de restituir a un tercero, se hacen irrevocables en virtud de la aceptación del fiduciario. El fideicomisario, por su parte, sólo podrá aceptar a partir del momento en que el fiduciario deba hacerle la restitución de los bienes, aunque podrá repudiar antes de tal momento (se trata de la misma regla del artículo 1226, respecto de las asignaciones condicionales). El artículo 1414 deja en claro que una vez aceptada la donación por el fiduciario y notificada la aceptación al donante, podrán los dos, de común acuerdo, hacer en el fideicomiso las alteraciones que quieran, incluso la sustitución del fideicomisario o a revocación del fideicomiso, sin que el fideicomisario pueda oponerse. Como expresa Somarriva, es razonable que en tal caso el fideicomisario no pueda oponerse, pues mientras no se cumpla la condición, carece de todo derecho. Lo que resulta curioso en este caso –agrega el autor mencionado–, es que el fiduciario y el donante puedan incluso hacer terminar de común acuerdo el fideicomiso, no respetando así la expectativa del fideicomisario.⁶⁸ Ahora bien, puesto que el inciso 2º del artículo 1414 dice que “*Se procederá para alterar en estos términos la donación, como si se tratase de un acto enteramente nuevo*”, se debe entender que se trata entonces de una nueva donación y por tanto deben cumplirse nuevamente todas las formalidades propias de este contrato, incluso la insinuación.

e.8. Donaciones remuneratorias.

El Código Civil las define en el artículo 1433: “*Se entenderá por donaciones remuneratorias las que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse / Si no constare por escritura privada o pública, según los casos, que la donación ha sido remuneratoria, o si en la escritura no se especificaren los servicios, la donación se entenderá gratuita.*”.

Somarriva proporciona el siguiente ejemplo: “*Es el caso, por ejemplo, del abogado que defiende en juicio a un amigo, y no le cobra honorarios. El amigo lo recompensa haciéndole un regalo de valor. Este regalo constituye una donación remuneratoria. Como se ve, estas donaciones en el fondo no tienen mucho de gratuitas, porque equivalen a una forma especial de remuneración del servicio prestado.*”⁶⁹ Ello explica que en materia de sociedad conyugal, según se estudió, el Código incluya las donaciones remuneratorias en el haber real o absoluto de la misma, cuando se trate de servicios prestados durante la vigencia de la sociedad y que hubieran dado acción contra la persona servida (artículo 1738).

Las donaciones remuneratorias están sujetas al cumplimiento de las siguientes solemnidades, sin las cuales se entenderá que la donación no es “*remuneratoria*” sino “*gratuita*” (artículo 1433, inciso 2º):

- i) Deben pactarse por escritura privada o pública, según si tienen por objeto una cosa mueble o una cosa inmueble.
- ii) Debe constar en la escritura que la donación es remuneratoria o especificar en ella los servicios que justifican la donación.
- iii) Por regla general, no requieren insinuación, salvo si lo donado excediere el valor del servicio prestado: “*Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse.*” (artículo 1434).

⁶⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 711.

⁶⁹ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 715.

iv) “En lo demás, las donaciones remuneratorias quedan sujetas a las reglas de este título” (artículo 1436), es decir, a las reglas generales de las donaciones.⁷⁰

5. Efectos de las donaciones entre vivos.

Tal como lo expresamos, siendo la donación un contrato unilateral, se obliga una sola de las partes, el donante. Excepcionalmente, la donación será un contrato bilateral, cuando imponga cargas al donatario. Revisaremos las obligaciones de cada uno en cada caso.

a. Obligaciones del donante.

a.1. Obligación de entregar la cosa objeto de la donación.

Se trata de la obligación fundamental del contrato de donación. El donante está obligado a entregar las cosas donadas, del mismo modo que el vendedor las cosas vendidas.⁷¹ El donatario, por su parte, puede exigir dicha entrega (artículo 1417).⁷² Sin embargo, en el evento de ser demandado el donante por el donatario, el primero gozará del beneficio de competencia: “El donante de donación gratuita goza del beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario, sea para obligarle a cumplir una promesa, o donación de futuro, sea demandado la entrega de las cosas que se le han donado de presente.” (artículo 1417). Recordemos que el beneficio de competencia está definido en el artículo 1625 del Código Civil: “Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no ser obligados a pagar más de lo que buenamente puedan, dejándoseles en consecuencia lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna.” El artículo 1626, número 5, establece por su parte: “El acreedor es obligado a conceder este beneficio: (...) 5°. Al donante; pero sólo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida”. Como expresa Meza Barros, es justo que el donante, autor de la liberalidad, tenga derecho a exigir del donatario que no le prive de lo necesario para una modesta subsistencia.⁷³

En una situación especial se encuentra el donante de una donación a título universal que comprende todos sus bienes, conforme al artículo 1408: “El que hace una donación de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, le asigne a este efecto, a título de propiedad, o de un usufructo o censo vitalicio, lo que se estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.”

a.2. Obligación de saneamiento de la evicción.

⁷⁰ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 518.

⁷¹ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 519.

⁷² Por cierto, si aplicamos la tesis del profesor Guzmán Brito, la entrega de lo donado no es una obligación del contrato, sino que el acto por el cual éste se perfecciona, dada su naturaleza de contrato real. Con todo, visualizamos aquí una dificultad: la donación no generaría obligación alguna entonces, y por ende no sería un contrato. Se trataría, en realidad, de un virtual modo de adquirir.

⁷³ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 519 y 520.

Para los efectos de esta obligación, es necesario distinguir según se trate de una donación enteramente gratuita o de una donación con causa onerosa o de una donación con carga modal.

El donante de una donación enteramente gratuita (o sea, aquella que no es por causa onerosa o que no impuso una carga modal), no está obligado al saneamiento de la evicción ni tampoco al saneamiento por vicios redhibitorios, según se establece en el artículo 1422: *“El donatario de donación gratuita no tiene acción de saneamiento aun cuando la donación haya principiado por una promesa.”* Se explica esta solución, pues la obligación de garantía es propia de contratos onerosos, no de contratos gratuitos como la donación. Además, dice la doctrina, debe racionalmente suponerse que el donante, que se desprende gratuitamente de una cosa, entiende darla como la tiene y, por consiguiente, con los riesgos de la evicción a que está expuesta, sin asumir ninguna responsabilidad al respecto.⁷⁴

Tratándose de las donaciones con causa onerosa o con carga modal, en principio el donante tampoco responde por una eventual evicción. Con todo, el donante responderá en los siguientes casos:

- Cuando el donante haya dado una cosa ajena a sabiendas: artículo 1423, inciso 1º (alude aquí el Código a donaciones con causa onerosa).
- Cuando aún ignorando el donante que la cosa donada no era suya, se han impuesto al donatario gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero: en tal caso, tendrá el donatario derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en cubrirlos con intereses corrientes, que no parecieren compensados por los frutos de las cosas donadas: artículo 1423, inciso 2º (alude aquí el Código a donaciones con carga modal).
- Respecto de las donaciones remuneratorias, rige la norma especial del artículo 1435: *“El donatario que sufiere evicción de la cosa que le ha sido donada en remuneración, tendrá derecho a exigir el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle con ella, en cuanto no aparecieren haberse compensado por los frutos.”* En este caso, señala Meza Barros, no está obligado el donante, propiamente, a sanear la evicción, sino que debe remunerar los servicios al donatario privado de la cosa.⁷⁵

El artículo 1423 no alude al eventual saneamiento de los vicios redhibitorios, de manera que debiéramos concluir que el donante no responderá por ellos ni aún en los casos antes mencionados.

b. Obligaciones del donatario.

b.1. Obligación de ejecutar las cargas de la donación.

En principio, el donatario no contrae ninguna obligación. Con todo, si estamos ante una donación con cargas, el contrato será bilateral, obligándose por ende tanto el donante como el donatario. Este último se obligará a cumplir con la carga que se le impone, ejecutando para ello las prestaciones convenidas. Y como se trata de un contrato bilateral, se le aplicará el artículo 1489, es decir, irá envuelta en el contrato la condición resolutoria tácita. Al efecto, dispone en el artículo 1426, inciso 1º: *“Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación.”* Por cierto, la expresión *“rescinda”*, debe entenderse como *“resuelva”*.

⁷⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 520 y 521, quien a su vez cita a Baudry-Lacantinerie.

⁷⁵ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 521.

Con todo, debemos advertir que el contrato de donación seguirá siendo unilateral, cuando la carga modal ceda en exclusivo beneficio del donatario y no se incluyere cláusula resolutoria, pues en tal caso se entiende por la ley que no se impone obligación alguna a éste (artículo 1092). Abordaremos este punto más adelante.

b.2. Obligación de pagar las deudas del donante.

En este punto, es necesario distinguir entre donaciones a título universal y a título singular.

b.2.1. Pago de deudas del donante en el caso de las donaciones a título universal.

Según vimos, las mal llamadas “*donaciones a título universal*” son aquellas que comprenden la totalidad de los bienes del donante o una cuota de ellos (artículo 1407, inciso 1º). Como subraya Meza Barros, esta denominación no es correcta, pues en realidad no existen donaciones a título universal: el donatario es siempre un adquirente a título singular. En efecto, al donar todos sus bienes, el donante no enajena su patrimonio. Prueba lo dicho el artículo 1409: “*Las donaciones a título universal no se extenderán a los bienes futuros del donante, aunque éste disponga lo contrario.*” Por lo tanto, la donación se extiende sólo a los bienes presentes, y de éstos, sólo aquellos que se incluyan en un inventario solemne, entendiéndose que el donante se reserva los restantes (artículo 1407, inciso 2º). Ahora bien, el artículo 1418 establece: “*El donatario a título universal tendrá respecto de los acreedores las mismas obligaciones que los herederos; pero sólo respecto de las deudas anteriores a la donación, o de las futuras que no excedan de una suma específica, determinada por el donante en la escritura de donación.*” Como puede observarse, a pesar de los términos iniciales del precepto, que parecen equiparar al donatario de una donación universal con los herederos en lo relativo a la responsabilidad frente a los acreedores del causante, el mismo artículo acto seguido limita dicha responsabilidad del primero. Dicha limitación de responsabilidad es confirmada por el artículo 1421, inciso 1º: “*La responsabilidad del donatario respecto de los acreedores del donante, no se extenderá en ningún caso sino hasta concurrencia de lo que al tiempo de la donación hayan valido las cosas donadas, constando este valor por inventario solemne o por otro instrumento auténtico.*” El donatario goza, entonces, de un beneficio de inventario. Además, según se desprende del artículo 1418, la responsabilidad del donatario comprende sólo “*las deudas anteriores a la donación*” y respecto de las deudas futuras, sólo aquellas “*que no excedan de una suma específica, determinada por el donante en la escritura de donación.*” Finalmente, no obstante esta responsabilidad del donatario, los acreedores del donante conservan sus acciones contra aquél que hubiere donado todos sus bienes o una cuota en ellos. Sólo carecerán de acción en contra del donante, aquellos que acepten expresamente como deudor al donatario, operando en consecuencia una novación por cambio de deudor, según se establece en el artículo 1419: “*La donación de todos los bienes o de una cuota de ellos o de su nuda propiedad o usufructo no priva a los acreedores del donante de las acciones que contra él tuvieren; a menos que acepten como deudor al donatario expresamente o en los términos del artículo 1380, número 1.*”⁷⁶

b.2.2. Pago de deudas del donante en el caso de las donaciones a título singular.

En esta clase de donaciones, el donante puede imponer al donatario la carga de pagar deudas del primero, es decir, como dice Somarriva, en esta clase de donaciones el

⁷⁶ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 522 a 524.

donatario no tiene sino la responsabilidad que expresamente le imponga el donante⁷⁷: *“En la donación a título singular puede imponerse al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, con tal que se exprese una suma determinada hasta la cual se extiende este gravamen. / Los acreedores, sin embargo, conservarán sus acciones contra el primitivo deudor, como en el artículo precedente.”*

6. Extinción de las donaciones: resolución, “rescisión” y revocación de las donaciones.

Las donaciones pueden extinguirse de dos maneras: por las causales generales de extinción de las obligaciones y por las causales propias. Las causales generales, como refiere Somarriva, no son sino una aplicación de las reglas comunes. Así, será nula la donación que no se insinuare (en este caso, habrá nulidad absoluta); será también nula la donación de muebles del pupilo, hecha por el guardador, sin autorización judicial (en este caso, habrá nulidad relativa). También podrá anularse una donación por error, fuerza o dolo.⁷⁸ Las causales específicas son la resolución, la “rescisión” y la revocación de las donaciones. Se refiere el Código Civil a estas figuras en los artículos 1426 a 1432 y se revisarán seguidamente.

a. Resolución de las donaciones.

a.1. Resolución de las donaciones por incumplimiento del donatario.

Están afectas a resolución las donaciones con causa onerosa o las sujetas a un gravamen o carga.

Dispone al efecto el artículo 1426: *“Si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto, tendrá derecho el donante o para que se obligue al donatario a cumplirlo, o para que se rescinda la donación. / En este segundo caso será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta. / Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación y de que se aprovechara el donante.”*

No obstante aludir el artículo a la “rescisión”, en verdad lo que puede pedir el donante es que se resuelva el contrato. En efecto, no estamos ante un problema de nulidad relativa sino de incumplimiento de obligaciones por parte del donatario.

La acción resolutoria está sometida a una regla especial de prescripción: prescribe en cuatro años, contados desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta (artículo 1427). Se altera por ende la regla general de cinco años, acerca de la prescripción de la acción resolutoria que emana de una condición resolutoria tácita. Atendido el plazo, la acción no se suspende.

En esta materia, cabe preguntarse desde cuándo debe entenderse que el donatario está en mora. Al efecto, habría que formular un distingo, según si se estipuló o no en el contrato de donación un plazo para el cumplimiento de la causa onerosa o de la carga modal. Si se estipuló plazo expreso o tácito, estará en mora desde el cumplimiento del

⁷⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 722.

⁷⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 723.

plazo (artículo 1551, números 1 y 2). En caso contrario, desde que el donatario sea judicialmente reconvenido (artículo 1551, número 3).⁷⁹

Cabe advertir que el modo puede ser de naturaleza transitoria o permanente o perpetuo. Será transitorio, cuando se trate de un hecho que se cumpla de una vez y para siempre, como por ejemplo, donar 20 millones a una persona para que con cargo a dicha suma, financie los estudios de un tercero (bajo el entendido que lo que se invierta será menor a lo que se reciba). Será permanente o perpetuo, cuando por ejemplo se dona un inmueble, pero con la carga modal de ser destinado a un colegio, o a las actividades deportivas de los vecinos de la Comuna. En este último caso, aunque transcurra largo tiempo desde la donación, habrá acción si el donatario o sus causahabientes dejaren de cumplir la carga modal.

La acción resolutoria o para obtener el cumplimiento forzoso la tiene el donante (comprendiéndose en él, por cierto, a sus herederos). Como dice Somarriva, resulta curioso que en este caso la persona favorecida con el gravamen no pueda exigir su cumplimiento.⁸⁰

Para los efectos de las prestaciones mutuas que operan a consecuencia de la resolución, el donatario será considerado como poseedor de mala fe, a menos que probare que dejó de cumplir la obligación impuesta “*por causa grave*”. Dispone al efecto el artículo 1426, incisos 2º y 3º: “... *será considerado el donatario como poseedor de mala fe, para la restitución de las cosas donadas y los frutos, siempre que sin causa grave hubiere dejado de cumplir la obligación impuesta. / Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovechara el donante*”.

Con todo, cabe preguntarse si es posible demandar la resolución de la donación con carga, cuando el gravamen o modo se hubiere establecido en beneficio exclusivo del donatario, y el contrato no llevare cláusula resolutoria (artículos 1090 y 1092).⁸¹ Al efecto, dispone el artículo 1090 del Código Civil: “*En las asignaciones modales se llama cláusula resolutoria la que impone la obligación de restituir la cosa y los frutos, si no se cumple el modo. / No se entenderá que envuelven cláusula resolutoria cuando el testador no la expresa.*” Por su parte, el artículo 1092 establece: “*Si el modo es en beneficio del asignatario exclusivamente, no impone obligación alguna, salvo que lleve cláusula resolutoria*”. Para responder a la interrogante planteada, volvamos al ejemplo planteado al tratar las características de la donación: Pedro dona a Juan 20 millones, para que éste financie con cargo a esa suma su educación universitaria. En este caso, ¿debemos aplicar el artículo 1092, de manera de entender que prevalece sobre el artículo 1426, o viceversa? Si la conclusión fuere que prevalece el artículo 1092, no sería posible demandar la resolución si Juan le da un uso distinto al dinero, a menos que en el contrato se hubiere estipulado cláusula resolutoria. Por el contrario, si concluimos que prevalece el artículo 1426, sería posible, en el evento señalado, demandar la resolución de la donación aún sin haber incorporado en el contrato cláusula resolutoria, habida cuenta que se invocaría la condición resolutoria tácita consagrada en el citado precepto. Pareciera que la respuesta debiera ir por equiparar la situación en la que queden el asignatario por causa de muerte modal y el donatario modal, considerando que en ambos casos ellos adquieren por liberalidades. Así, si no hay acción contra el primero cuando no se incluyó cláusula resolutoria en el

⁷⁹ Cfr. Lecaros Sánchez, José Miguel, ob. cit., pp. 200 y 201.

⁸⁰ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 725.

⁸¹ Se aplican a la donación las normas contempladas en los artículos 1089 a 1096, referidas a las asignaciones modales, por mandato del artículo 1416.

testamento, sería justo concluir que tampoco ha de haber acción contra el segundo, en el caso de no haber incluido la cláusula resolutoria en el contrato. Con ello, prevalecería el artículo 1092. Tal parece ser la opinión de Guzmán Brito.⁸² Adicionalmente, se desprendería del artículo 1092 que si el modo sólo beneficia al donatario, el contrato “*no impone obligación alguna*”. Obviamente, debiera entenderse que el precepto quiere decir que en este caso, el contrato no impone obligaciones al donatario. Ahora bien, si así resulta, entonces el contrato es unilateral y no bilateral, y consecuentemente, no contiene condición resolutoria tácita y no cabe aplicar el artículo 1426, pues este último sólo puede operar cuando el donatario “*estuviere en mora de cumplir lo que en la donación se le ha impuesto*”. Si nada se le impuso al donatario, según se desprende del artículo 1092, nada se le puede exigir. Se comprende que en este caso no hay obligación alguna, pues “*no se puede ser deudor de sí mismo*”⁸³. Se afirma que “*En este evento la sucesión (o el donante, agregamos nosotros) carece de todo interés en el cumplimiento del modo y si éste está instituido en beneficio del propio asignatario, no importa obligación alguna, a lo sumo un mero consejo o la exteriorización de un deseo del causante.*”⁸⁴ Es pertinente subrayar que en este punto, hay una diferencia entre una obligación modal contenida en una asignación testamentaria y una contenida en un contrato de donación, y en ambos casos, sin haber impuesto cláusula resolutoria. En el primer caso, el incumplimiento del modo sólo faculta para demandar su cumplimiento forzoso; en el segundo caso, el incumplimiento del modo faculta para demandar ya sea el cumplimiento forzoso, ya sea la resolución del contrato de donación. La diferencia se explica, porque en la donación con cargas modales, el contrato de donación se entiende bilateral, si el modo cede en beneficio del donante o de un tercero (el donante se obliga a transferir el dominio de la cosa al donatario; éste, a su vez, se obliga a cumplir con la carga modal, sea a favor del donante, sea a favor del tercero). Pero este distingo entre la carga modal contenida en un testamento y aquella incluida en un contrato de donación carece de importancia si dicha carga cede en el solo beneficio del donatario, pues como se expresó, el contrato será unilateral y no habrá acción resolutoria, a menos de haber incluido el donante cláusula resolutoria.

Resuelto el contrato de donación, cabe preguntarse qué destino tienen los bienes que habían sido donados. Al efecto, habría que distinguir según a quien beneficiaba la carga modal:

- Si el modo beneficiaba sólo al donante, resuelto que fuere el contrato los bienes donados y sus frutos deberían ser restituidos a éste.
- Si el modo beneficiaba sólo al donatario y se incluyó cláusula resolutoria, resuelto que fuere el contrato los bienes donados y sus frutos deberán ser restituidos al donante.
- Si el modo beneficiaba a un tercero, resuelto que fuere el contrato, los bienes donados y sus frutos se repartirán entre el donante y el tercero beneficiario, entregándose al último una suma proporcionada al objeto previsto (por ejemplo, lo que falte para completar de financiar los estudios de dicho tercero) y el resto será del donante.

Nótese que respecto de los frutos, el donatario será considerado como poseedor de mala fe (artículo 1426, inciso 2º), lo que equivale a decir que debe todos los frutos que la cosa genere, e incluso el valor de aquellos que pudo producir de haber estado en poder del

⁸² Guzmán Brito, Alejandro, ob. cit., p. 232, nota número 456.

⁸³ RODRÍGUEZ Grez, Pablo, “*Instituciones de Derecho Sucesorio. De los cinco tipos de sucesión en el Código Civil chileno*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, año 1995), Volumen 1, p. 164.

⁸⁴ RODRÍGUEZ Grez, Pablo, ob. cit., p. 169.

donante actuando con mediana diligencia o actividad (artículo 907). La presunción de mala fe, sin embargo, no es de derecho sino que simplemente legal, pues el inciso 2º del artículo 1426 permite al donatario probar que dejó de cumplir la obligación impuesta (o sea, el modo) por “*causa grave*”, caso en el cual podrá responder como poseedor de buena fe, reteniendo los frutos que la cosa generó hasta la contestación de la demanda.

Agrega el inciso 3º del artículo 1426 que “*Se abonará al donatario lo que haya invertido hasta entonces en desempeño de su obligación, y de que se aprovecharé el donante*”. La expresión “*entonces*”, está referida al momento de la restitución de las cosas donadas. ¿Qué mejoras deben abonarse al donatario? Guzmán Brito plantea que habría que distinguir entre aquellas mejoras que dicen directa relación con la carga modal, que se hacen en pro de la misma, de aquellas que no se vinculan con ella, que son independientes de la misma. Respecto de las primeras, deben abonarse, aún al donatario de mala fe, las mejoras necesarias y las útiles. Respecto de las últimas, se abonarán al poseedor de buena fe las mejoras necesarias y las útiles, mientras que al poseedor de mala fe sólo se abonarán las mejoras necesarias (artículos 908 y siguientes).⁸⁵ Es razonable abonar estas mejoras, pues en caso contrario operaría un enriquecimiento injusto en favor del donante.

Todo lo anterior, conforme a lo dispuesto en el artículo 1426 y en los artículos 1090 y 1096, aplicables los dos últimos a la donación habida cuenta de lo que establece el artículo 1416.

a.2. Resolución de las donaciones por sobrevenirle descendencia al donante.

A diferencia de lo previsto en el Código Civil francés, que disponía que la donación hecha por una persona sin hijos quedaba revocada de pleno derecho al sobrevenirle un hijo matrimonial al donante, el nuestro desechó tal efecto, disponiendo el artículo 1424: “*La donación entre vivos no es resoluble porque después de ella le haya nacido al donante uno o más hijos, a menos que esta condición resolutoria se haya expresado en escritura pública de la donación.*” Como puede observarse, la resolución sólo se produciría si así se hubiere estipulado en el contrato de donación. Somarriva funda este caso en el artículo 1187, que consagra el segundo acervo imaginario y la subsecuente acción de inoficiosa donación. Agrega que se extinguirá la donación como resultado del ejercicio de la acción de inoficiosa donación, cuando el exceso de lo donado por el causante a terceros es de tal magnitud que pasa a afectar las legítimas y mejoras calculadas en conformidad al citado acervo.⁸⁶ No compartimos este planteamiento de Somarriva, pues el artículo 1424 se pone en el caso de que **después de la donación**, le haya nacido al donante uno o más hijos, mientras que el artículo 1186, al referirse al supuesto en que opera el segundo acervo imaginario, exige que **al momento de donar**, el donante haya tenido legitimarios. Por lo demás, el tenor del artículo 1425, que sí se refiere al segundo acervo imaginario, prueba

⁸⁵ Guzmán Brito proporciona el siguiente ejemplo: “*Cuando ocurra que la inversión en cumplimiento del modo o gravamen es en alguna de las cosas donadas, como si, por ejemplo, se donó un gran predio para construir en una parte de él un asilo de ancianos, y el donatario incumplió finalmente, pero algo alcanzó a construir, hay que distinguir estas inversiones en pro del gravamen o modo, de las impensas independientes, por ejemplo, de las hechas en otra parte del predio. Con respecto a las impensas independientes, el donatario es considerado poseedor de mala fe; pero con respecto del abono de lo gastado en el mismo predio, pero en función del modo o gravamen, se aplica el inciso 3º del artículo 1426 del Código Civil sin más y en todo caso.*”: ob. cit., p. 232.

⁸⁶ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 724.

que el artículo 1424 no se vincula con este acervo. Nos referiremos a esta materia a continuación.

b. “Rescisión” de las donaciones al formarse segundo acervo imaginario y resultar excesivas las donaciones.

Dispone el artículo 1425: “*Son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1187*”. Recordemos que el artículo 1187 contempla la acción de inoficiosa donación, que se origina del segundo acervo imaginario y que procede cuando las donaciones irrevocables que el causante realizó a terceros (es decir, no legitimarios), resultaren excesivas. Ahora bien, al igual que en el caso anterior, resulta muy discutible que la ley aluda a la rescisión, es decir, a la nulidad relativa. Como se expresó en el estudio de la acción de inoficiosa donación⁸⁷, resulta necesario determinar la naturaleza jurídica de la acción de inoficiosa donación. Para Somarriva, se trata de una acción de **nulidad**, dado que el art. 1425 se refiere explícitamente a la rescisión, o sea, a la nulidad relativa.⁸⁸ Para Domínguez Benavente y Domínguez Aguila, se trataría de una acción de **resolución**, toda vez que la nulidad debe fundarse en un vicio original o coetáneo al acto jurídico, en este caso, a la donación excesiva. Se trataría de una acción resolutoria, porque la donación queda, en cierto modo, sujeta al evento de no ser excesiva al momento de la muerte del donante.⁸⁹ Si aceptamos la tesis de los Domínguez, debiéramos entender que se trata de una donación hecha bajo una condición resolutoria ordinaria, consistente en que al momento de fallecer el donante, no haya dejado un patrimonio que le permita satisfacer el pago de sus asignaciones forzosas, siendo entonces necesario resolver las donaciones. Para Rodríguez Grez, se trata de una acción de **inoponibilidad**. Lo cree así, porque el acto jurídico - donación- es perfectamente válido y surte todos sus efectos, pero no es oponible a los legitimarios en aquella parte que sobrepasa la capacidad de libre disposición del causante. De aquí que estime que su objeto no es dejar sin efecto (anular o resolver) la donación, sino recuperar para los legitimarios el exceso de lo donado por el causante. Confirma lo anterior el hecho de que sea indiferente que el donatario haya enajenado la especie donada, ya que la acción es personal y persigue la restitución de una suma de dinero, representativa del exceso donado. De aquí también que nuestra ley no se haya puesto en el caso de que la especie pase a manos de un tercero, pero sí de la insolvencia del donatario.⁹⁰ Elorriaga, por su parte, descarta que se trate de una acción de nulidad, aunque no se pronuncia por la resolución o por la inoponibilidad.⁹¹

c. Revocación de las donaciones por causa de ingratitud.

Establece el artículo 1428: “*La donación entre vivos puede revocarse por ingratitud. / Se tiene por acto de ingratitud cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante.*” Como expresa Meza Barros, “*Las ofensas inferidas por el donatario a su bienhechor revisten un carácter que las hace especialmente*

⁸⁷ Ver nuestro apunte “*Sucesorio 7*”.

⁸⁸ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 408.

⁸⁹ Domínguez Benavente, Ramón y Domínguez Águila, Ramón, ob. cit., p. 1.042.

⁹⁰ Rodríguez Grez, Pablo, ob. cit., p. 358.

⁹¹ Elorriaga De Bonis, Fabián, “*Derecho Sucesorio*”, Santiago de Chile, LexisNexis, año 2005, p. 450.

odiosas y es la ingratitud. Nada más justo que privar al donatario de las ventajas que le procuró el ofendido.”⁹² Toda donación puede revocarse por causa de ingratitud, menos las donaciones remuneratorias, en la parte equivalente al valor del servicio remunerado: *“Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse.”*

Para el Código, hay ingratitud cuando el donatario ejecuta un acto de aquellos que le habría hecho indigno de suceder al donante. Recordemos que las causales de ingratitud para suceder están contempladas en los artículos 968 al 972 del Código Civil.

El artículo 1430 establece el plazo de prescripción de la acción revocatoria y su titularidad: *“La acción revocatoria termina en cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, y se extingue por su muerte, a menos que haya sido intentada judicialmente durante su vida, o que el hecho ofensivo haya producido la muerte del donante, o ejecutándose después de ella. / En estos casos la acción revocatoria se transmitirá a los herederos.”* De esta forma, por regla general, la acción sólo compete al donante, de manera que si falleciere, ésta se extinguiría, salvo en tres casos: i) si la acción ya había sido iniciada por el donante; ii) si el hecho ofensivo fue el que produjo la muerte del donante; y iii) si el hecho ofensivo se ejecutó después de la muerte del donante. En estos tres casos, los herederos podrán proseguir la acción (en el primer caso) o incoarla (en el segundo y en el tercero). Con todo, aún viviendo el donante, podrán deducir la acción las personas señaladas en el artículo 1431, si el primero hubiere perdido el juicio o sufriere otro impedimento: *“Cuando el donante por haber perdido el juicio, o por otro impedimento, se hallare imposibilitado de intentar la acción que se le concede por el artículo 1428, podrán ejercerla a su nombre mientras viva, y dentro del plazo señalado en el artículo anterior, no sólo su guardador, sino cualquiera de sus descendientes o ascendientes, o su cónyuge.”*

Acogida que sea la acción revocatoria, el donatario deberá restituir los bienes que se le donaron y para esta restitución será considerado como poseedor de mala fe, cuestión que importa para los efectos de las prestaciones mutuas (artículos 904 y siguientes). Dispone al efecto el artículo 1429: *“En la restitución a que fuere obligado el donatario por causa de ingratitud será considerado como poseedor de mala fe desde la perpetración del hecho ofensivo que ha dado lugar a la revocación.”* A diferencia de lo establecido en el artículo 1426, la presunción de mala fe del artículo 1429 parece ser de derecho, es decir, no admite prueba en contrario. En efecto, el último artículo no contiene ninguna salvedad, como sí lo hace el primero, que permite al donatario desvirtuar la mala fe si prueba que dejó de cumplir por *“causa grave”*. Pero la presunción de mala fe opera sólo *“desde la perpetración del hecho ofensivo”*, de manera que antes debe operar la presunción general de buena fe.

d. Efectos de la resolución, “rescisión” y revocación de las donaciones, respecto de terceros.

Consigna el artículo 1432 que la resolución, la *“rescisión”* y la revocación de las donaciones, en los casos estudiados, no darán acción contra terceros poseedores ni extinguirán las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, salvo en los siguientes casos:

⁹² Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 526.

1º. “*Cuando en escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición*”. Meza Barros considera que esta primera regla sólo es aplicable a la resolución de las donaciones y se aparta de las normas generales,⁹³ contenidas como se recordará en los artículos 1490 y 1491. Se trata, evidentemente, de la donación de inmuebles, debidamente inscrita en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces competente. En tal caso, si el donatario hubiere enajenado a su vez el inmueble o constituido una hipoteca, servidumbre, usufructo, uso o habitación sobre el inmueble, y después se resuelve la donación, el donante carecerá de acción en contra del tercero adquirente o titular del respectivo derecho real, a menos que en el contrato de donación se hubiere prohibido la enajenación o que en dicho contrato constare expresamente la condición resolutoria, cuyo cumplimiento produjo la resolución de la donación. Si fuera de los dos casos anteriores el donante carece de acción contra el tercero poseedor, quiere decir que no podrá recuperar la cosa ahora en manos de un tercero poseedor. En tal caso, parece razonable que pueda exigirle al donatario que le indemnice, como en el caso en que el dueño no puede reivindicar (artículos 898 y 900). Así por lo demás lo confirma el último inciso del artículo 1432. Respecto de la constitución de derechos reales por el donatario, el donante tendrá que respetarlos, hasta su natural extinción.

Meza Barros opina que la frase “*o se ha expresado la condición*”, no excluye la condición resolutoria tácita, que tendrá lugar por la inejecución de las cargas impuestas al donatario en la donación. Si tales cargas modales constan en la escritura pública que da cuenta del contrato de donación, los terceros están en condiciones de descubrir con facilidad el germen de ruina que contiene y prever sus consecuencias.⁹⁴ Pero si no se tratare de una donación con cargas, el contrato será unilateral, y por tanto, sería necesario expresar la condición resolutoria. Por eso, Somarriva expresa que “*En la donación, es necesario que se exprese la condición resolutoria para que ella tenga efectos respecto de terceros*”.⁹⁵ Pero, insistimos, lo anterior bajo el entendido que no estemos ante una donación con cargas, pues si así fuere, la condición resolutoria tácita se entiende formar parte del contrato. Lecaros, por el contrario, sostiene que no basta con la condición resolutoria tácita implícita en la donación con carga modal, siendo necesario expresar la condición.⁹⁶

2º. “*Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona a su nombre se propone intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario*”. Señala Somarriva que aunque el precepto no lo diga, parece evidente que debe tratarse de una notificación judicial.⁹⁷ Lecaros plantea que lo que notifica el donante a los terceros, eventuales adquirentes, es su intención de accionar, como medida prejudicial precautoria.⁹⁸

3º. “*Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados, o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción.*” Lecaros expresa que basta con que esté trabada la litis en juicio rescisorio, resolutorio o revocatorio, con anterioridad a la enajenación o gravamen. Agrega que en rigor, esas enajenaciones o gravámenes, en tal evento, lo fueron sobre especies cuya propiedad estaba en litigio, por lo que adolecen de nulidad absoluta por

⁹³ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 529.

⁹⁴ Meza Barros, Ramón, ob. cit., p. 529.

⁹⁵ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 728.

⁹⁶ Lecaros Sánchez, José Miguel, ob. cit., p. 206.

⁹⁷ Somarriva Undurraga, Manuel, ob. cit., p. 728.

⁹⁸ Lecaros Sánchez, José Miguel, ob. cit., p. 206.

ilicitud en el objeto (artículo 1464 número 4 en relación con el artículo 1682).⁹⁹ Sin embargo, nos parece discutible la afirmación, pues la mayoría de la doctrina ha entendido que para encontrarse una especie en la hipótesis prevista en el número 4 del artículo 1464 no basta con la existencia del litigio, siendo necesario además que se dicte una resolución judicial que prohíba la enajenación. De cualquier manera, es cierto que, para que opere el número 3 del artículo 1432, no es necesario dictar dicha prohibición judicial. Será suficiente notificar la demanda respectiva.

De cualquier forma, el último inciso del artículo 1432 le permite al donante dirigirse en contra del donatario: “*El donante que no hiciere uso de dicha acción contra terceros, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación.*”

e. Reglas especiales de las donaciones por causa de matrimonio o hechas a un descendiente que contrae matrimonio sin asenso del donante o hechas entre cónyuges aunque no sean por causa del matrimonio.

Estas donaciones tienen fin por causas particulares:

1°. Estas donaciones se entienden hechas bajo la condición de que el matrimonio se celebre (artículo 1789, inciso 2°). Si tal no ocurre, se resolverán las donaciones.

2°. Celebrado el matrimonio y después declarado nulo, podrán revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al que lo contrajo de mala fe, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública (artículo 1790, inciso 1°). Por ende, *a contrario sensu*, se excluye la posibilidad de revocar las donaciones hechas al cónyuge que contrajo matrimonio de buena fe (así lo declara, por lo demás, el artículo 51, inciso 3°, de la Ley de Matrimonio Civil). Recuérdese que hoy, la ley presume que el matrimonio después declarado nulo, se contrajo de buena fe. Por tanto, la mala fe del respectivo cónyuge deberá probarse y constar en la respectiva sentencia de nulidad (artículo 52 de la Ley de Matrimonio Civil). Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe (artículo 1790, inciso 4°).

3°. La sentencia firme de separación judicial o de divorcio, autorizará igualmente para revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa, con tal que de la donación y de su causa haya constancia por escritura pública (artículo 1790, inciso 2°). En la escritura del esposo (es decir, del novio) donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese (artículo 1790, inciso 3°).

4°. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la separación judicial por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad (artículo 172). Este caso tiene algunas diferencias con el anterior: i) Alude a cualquier donación hecha al cónyuge y en cualquier tiempo, antes o durante el matrimonio. No se trata de donaciones “*por causa de matrimonio*”; ii) La causa del divorcio o de la separación judicial debe corresponder a algunas de las mencionadas en el precepto; iii) No es necesario que la donación haya constado por escritura pública.

⁹⁹ Lecaros Sánchez, José Miguel, ob. cit., p. 207.

5°. El ascendiente podrá también revocar las donaciones hechas a un descendiente antes del matrimonio, cuando el segundo lo hubiere contraído sin el asenso del primero o de la justicia en subsidio (artículo 115).¹⁰⁰

¹⁰⁰ Meza Barros, Ramón, ob. cit., pp. 529 y 530.