

# Revisitando el contrato de donación entre vivos

## *Reviewing the contract of gift between living persons*

**Jaime Ramírez Cifuentes**

Universidad del Desarrollo, Concepción, Chile.  
Correo electrónico: [jaime.ramirez@udd.cl](mailto:jaime.ramirez@udd.cl). <https://orcid.org/0000-0001-6177-0621>.

Recibido el 9/11/2022

Aceptado el 17/05/2023

Publicado el 30/06/2023

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2023.n42.01>

**RESUMEN:** El propósito de este trabajo es (re)plantear algunas ideas fundamentales del contrato de donación entre vivos previsto en el título XIII del Libro III del Código Civil, desde una óptica histórica, doctrinaria y jurisprudencial, a fin de estructurar la regulación de un contrato con significativa aplicación y escasa preocupación doctrinaria.

**PALABRAS CLAVES:** Contratos especiales, donación, gratuidad.

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to (re)raise some fundamental ideas of the contract of gift between living persons treated in Title XIII of Book III of the Civil Code, from a historical, doctrinal and case-law point of view, in order to structure the regulation of this contract with significant application and little doctrinal concern.

**KEY WORDS:** Special contracts, donation, cost-free status.

### I. INTRODUCCIÓN

La donación entre vivos es un contrato frecuentemente preterido. Sin perjuicio de destacadas excepciones,<sup>1</sup> los autores no suelen incluirlo en el estudio de los contratos especiales, muy probablemente por el hecho de que el codificador lo ubicara en el Libro III del Código Civil, *De la sucesión por causa de muerte, y de las donaciones entre vivos*, alejándolo así de las demás figuras contractuales tratadas

<sup>1</sup> Así por ejemplo, la obra SOMARRIVA (2005), pp. 693 y ss., destina un capítulo entero a la regulación de este contrato (pp. 693 y ss.). Así también en una reciente obra colectiva, BARRÍA (2023), pp. 85 y ss., se incluye un apartado relativo a la donación, a propósito de los contratos consensuales.

en el Libro IV. Tampoco suele ser foco de atención en las obras referidas al derecho sucesorio, pese a que tales contratos celebrados en vida por el causante producen una especie de efecto reflejo en las asignaciones por causa de muerte, ocasionando una serie de repercusiones en la protección de las asignaciones forzosas. Así, de constituye en una institución muchas veces olvidada, como si cayera en un limbo entre el derecho de contratos y las instituciones propias del derecho sucesoral del cual nadie quiere rescatar.

Es esta circunstancia muy particular del contrato de donación lo que nos impulsa a revisarlo en este trabajo, adentrándonos no sólo en las cuestiones generales del mismo -de las cuales, por cierto, existe literatura en nuestro país-, sino también en su conversación y coordinación con otros aspectos propios del Derecho privado nacional, tales como el derecho de obligaciones y su similitud con el modo de extinguir remisión; o el derecho de bienes y su relación con la derelicción de cosas muebles o la renuncia -si es que es posible- de derechos reales recaídos sobre inmuebles inscritos en el Conservador de Bienes Raíces respectivo. Son estas manifestaciones, usualmente desatendidas en nuestro medio, lo que queremos explorar a continuación.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS<sup>2</sup>

### A. Naturaleza jurídica

El art. 1386, que da inicio al Título XIII del Libro III del Código Civil,<sup>3-4</sup> define la donación entre vivos como un acto por el cual una persona transfiere,<sup>5</sup> gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes

---

<sup>2</sup> Además de las disposiciones previstas en el Código Civil, deben tenerse presente las siguientes normas: La Ley Nº 16.271, sobre Herencias, Asignaciones y Donaciones; Ley Nº 19.451, Establece normas sobre trasplante y donación de órganos; el artículo 6º inciso final de la Ley Nº 20.988, regula la donación cruzada de órganos entre vivos; Los artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil; el Decreto Ley Nº 45, sobre Donaciones a favor del Estado; El artículo 2º del Decreto Ley Nº 824, Ley de la Renta; Ley Nº 19.247, sobre Donaciones con fines educacionales; el artículo 2º inciso final de la Ley Nº 19.253, sobre Protección, fomento y desarrollo de los indígenas; el artículo 23 inciso 4º letra b) de la Ley Nº 19.496, sobre Protección de los derechos de los consumidores; el artículo 60 inciso final de la Ley Nº 19.638, sobre la Constitución jurídica de las iglesias y organizaciones religiosas; el artículo 16 de la Ley Nº 19.885, sobre buen uso de donaciones de personas jurídicas que dan origen a beneficios tributarios; el artículo 1º N° 3 de la Ley Nº 19.928, sobre fomento de la música chilena; el artículo 5º inc. 1º de la Ley Nº 19.981, sobre fomento audiovisual; el artículo 8º inc. 2º letra c) de la Ley Nº 20.920, Establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendido del productor y fomento del reciclaje.

<sup>3</sup> A diferencia de algunos códigos que tuvo a la vista Bello -como el Código Civil francés, el de las Dos Sicilias y el de Luisiana-, en que las disposiciones relativas a las donaciones irrevocables aparecen mezcladas con aquellas relativas al testamento, Bello optó por tratar separadamente las donaciones revocables en el párrafo 7º del Título IV del Libro III, de las donaciones por causa de matrimonio, en el párrafo 7º del Título XXII del Libro IV, y las donaciones irrevocables en el título que se está comentando.

<sup>4</sup> Somarriva critica su ubicación, por cuanto las donaciones entre vivos son contratos, y como tales quizás debieron ser ubicadas en el Libro IV del Código, que precisamente trata de las obligaciones y contratos. Sin embargo -agrega el autor-, la colocación dada por el legislador a esta materia admite defensas: porque fuera de la sucesión por causa de muerte, la otra forma de adquirir bienes a título gratuito es precisamente la donación. El legislador, en consecuencia, optó por agrupar ambas instituciones, pues no es raro que muchas disposiciones de la sucesión por causa de muerte se apliquen a la donación. También se justifica esta ubicación por razones históricas: El Código francés, al que siguió el nuestro en este aspecto, trata también de las donaciones conjuntamente con la sucesión por causa de muerte [véase SOMARRIVA (2005), p. 691]. En este mismo sentido Rodríguez Grez, quien sostiene que las donaciones irrevocables, especie de invitadas de piedra en el Libro III del Código Civil sobre la sucesión por causa de muerte, tienen con las asignaciones testamentarias un factor común, esto es, su gratuidad, lo cual explicaría que el Código francés las haya tratado en el mismo libro [RODRÍGUEZ (2002), p. 205].

<sup>5</sup> Sobre las implicancias de esta expresión en la definición, véase SOMARRIVA (2005), pp. 695-696.

a otra persona que la acepta.<sup>6</sup> El Proyecto de 1842 la definía como “un acto por el cual una persona se despoja actual, gratuita e irrevocablemente de una parte de sus bienes a favor de otra persona, que acepta”. El art. 207 del Proyecto de Código Civil de 1847 otorgaba la misma definición, sólo que eliminaba la palabra “actual”. Luego, en el Proyecto de 1853, el art. 1565 daba una definición similar a las del Proyecto Definitivo, pero decía “abandona” en lugar de “transfiere”, conservando por lo demás la expresión “a favor de otra persona”. En el Proyecto Inédito, el art. 1565 contenía un inciso segundo que añadía: “La donación entre vivos se consuma por la tradición”, el cual fue suprimido por Bello en la corrección final del Código.<sup>7</sup>

Entre sus fuentes se encuentra el D., 39.5.1.pr,<sup>8</sup> que recoge la opinión del jurista Juliano, en que indica que hay muchas clases de donaciones, pero la que propiamente es llamada donación es la que se hace con la intención de que la cosa se haga del que la recibe y que no vuelva más a él, haciéndolo para ejecutar un acto de liberalidad;<sup>9</sup> la Partida V, Título IV, Ley 1º: “Donación es beneficio que nace de nobleza y de bondad de corazón cuando es hecha sin ningún premio (...)”; la ley VI del Título XII del Fuero real: “Donaciones facense en dos manera, o por manda en razon de muerte, o en sanidat sin manda. La que es fecha por manda puedela aquel la fizo dar a otre, o retenerla para sí si quisiere; et la que es fecha dootra guisa non la puede taller a aquel la dio, sinon por aquellas razones que manda la ley: et esto si fuer fecha la donación asi como manda la ley”; el art. 894 del Código de Napoléon: “La donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l’accepte”, así como también la obra “Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español”, de Florencio García Goyena.

El origen de este error que aparece en la definición y que descartaría el carácter contractual, proviene del Código francés, y en éste la culpa de él la tuvo Napoleón Bonaparte, quien intervino directamente en su redacción. Como indica Somarriva, en la parte de las donaciones, los jurisconsultos que redactaban el *Code*, dijeron que éstas eran contratos, pero Napoleón arguyó que no podían ser tales, por cuanto en ellas se obligaba una sola de las partes.<sup>10</sup> En este orden de ideas, se ha estimado que de ciertos aspectos, tales como la comprensión de la donación como contrato, la exigencia de insinuación en ciertos casos, o la necesidad de que al donante llegue la noticia de la aceptación del

<sup>6</sup> La definición que proporciona el artículo 1443 del código civil colombiano es idéntica a la nuestra. Allí se le ha criticado pues la donación no es un acto sino más bien un contrato, pues requiere la existencia de dos partes: donante y donatario, y este último debe aceptar la donación. Una segunda crítica que se le ha formulado es que la donación no es un modo de transmitir el dominio, sino un contrato sujeto a las teorías del título y el modo. El título es el contrato y el modo, la tradición o entrega. Por todos, LINARES (2008), p. 15. El artículo 1542 del Código Civil y de Comercio argentino indica que hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta. Los dos preceptos siguientes merecen atención: el artículo 1543 establece las normas del capítulo de la donación como supletorias a los demás actos jurídicos a título gratuito; y el art. 1544, que reconoce la existencia de “actos mixtos”, en parte onerosos y en parte gratuitos. El Código Civil alemán, por su parte, otorga una definición de donación en su parágrafo 516: “Concepto de donación. La atribución mediante la cual alguien enriquece a otro a cargo de su patrimonio es donación si ambas están conformes en que la atribución se realice de forma gratuita”.

<sup>7</sup> Se ha sostenido que la supresión de este inciso por Bello permitió que un sector de la doctrina postulara que la donación es en sí misma un modo de adquirir: SOMARRIVA (2005), pp. 695-696.

<sup>8</sup> “Donationes complures sunt. Data liquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentim exercent; hace proprie donatio appellatur...”

<sup>9</sup> ORTUÑO (2001), pp. 369-390.

<sup>10</sup> SOMARRIVA (2005), p. 693.

donatario, son reglas que entran en franca armonía con el viejo Derecho Español y con los códigos decimonónicos de la época.<sup>11</sup>

Este razonamiento no es baladí si se tiene a la vista la concepción que se tenía en Roma de la *donatio*. En efecto, en el derecho clásico la donación no es un acto jurídico formal ni materialmente típico, y corresponde más bien a una causa que puede ser operada por medio de cualquier acto de atribución patrimonial, el cual, en cambio, es siempre típico.<sup>12</sup> De esta forma, la voz donación es ambigua y puede ser usada en tres funciones: propia y estrictamente para aludir a la causa; latamente para señalar el acto operativo de aquélla, y latísimamente para indicar la operación compuesta por la causa y el acto operativo.

La Corte Suprema ha razonado sobre el carácter contractual de la donación, declarando que: “SEXTO: (...) cabe tener presente, en primer término, que 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 (art. 1386 del Código Civil). A pesar de la redacción del citado artículo, constituye un aserto pacífico que la donación no constituye un acto, entendido como un acto jurídico unilateral, sino un contrato, que nace como fruto del acuerdo de voluntades destinadas a crear obligaciones y que, como tal, por consiguiente, requiere para perfeccionarse el consenso de voluntades de las partes, esto es, del donante y donatario”.<sup>13</sup>

Por tanto, la amplísima expresión “acto” que utiliza el artículo 1386 puede -y debe- ser reducida. Así, del art. 1412 se desprende que no basta con la voluntad del donante para que este acto produzca sus efectos, sino además se requiere la aceptación del donatario, lo que lleva a colegir que al menos se trata de un negocio jurídico bilateral. Al referir la misma norma la posibilidad de “revocarla a su arbitrio”, el codificador no se está refiriendo a la donación, sino más bien a la oferta de celebrar una. En efecto, Somarriva considera que, por regla general, la donación entre vivos es consensual. Con todo, agrega que este carácter tiene tantas excepciones que en el hecho la regla general es la contraria.<sup>14</sup> La excepción más importante es la consignada en el art. 1401, que exige el trámite de la insinuación cuando la donación exceda los dos centavos. Sin duda alguna se trata de una solemnidad, pues es una formalidad especial exigida en atención a la naturaleza del acto contrato, pero su inobservancia no implica que el acto no produzca ningún efecto civil (*ex art. 1443*); la donación sólo tendrá efecto hasta el valor de dos centavos, y será nula en el exceso (aplicación de la parte final del art. 10).

Si a lo anterior se agrega que dicho acuerdo de voluntades engendra derechos y obligaciones para las partes, es dable concluir que la donación en nuestro país es un contrato, naturalmente unilateral y gratuito, pero que cuando se impone al donatario una carga o modo en beneficio de un tercero, se trataría de un contrato bilateral, pues genera obligaciones para el donante y para el donatario. Bajo

---

<sup>11</sup> CALDERA (1981), p. 347.

<sup>12</sup> GUZMÁN BRITO (2013), p. 657.

<sup>13</sup> Galea con Arzobispado de Santiago y Palet (2011).

<sup>14</sup> SOMARRIVA (2005), p. 694. Véase también, en este sentido, BARRÍA (2023), p. 88.

esta premisa, el contrato sería unilateral sólo si se trata de una donación propia, mas no de la impropia, que son aquellas en que se imponen cargas al donatario, o bien se trata de una donación remuneratoria.<sup>15</sup> Al mismo tiempo es un contrato gratuito, ya que no engendra utilidad económica al donante, sino exclusivamente a la parte donataria y al tercero beneficiario del modo.<sup>16</sup> Por lo demás, se trata de un contrato principal; definitivo; de ejecución instantánea; entre vivos; traslativo de dominio;<sup>17</sup> de excepción; siempre a título singular;<sup>18</sup> nominado y típico.<sup>19</sup>

En esta materia conviene detenerse en la clasificación de las donaciones es aquella que hacía la doctrina corriente en Chile al elaborarse el Código Civil -fundada en las antiguas leyes españolas-, es la de donación *propia* (o *gratuita*), y donación impropia (o *con causa onerosa*). El art. 1404 se refiere a 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*”, contraponiéndolas a las gratuitas. El art. 1405, por su parte, habla de donaciones en que se imponen al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, añadiendo que estas donaciones no están sujetas a insinuación sino con descuento del gravamen.<sup>20</sup>

Luego, el artículo 1417 vuelve a hablar de donación gratuita, para referir que el donante de la misma goza de beneficio de competencia en las acciones que contra él intente el donatario para el cumplimiento de la donación. El artículo 1422 habla otra vez de donación gratuita para negar al donatario la acción de saneamiento.<sup>21</sup>

García Goyena divide en su proyecto las donaciones en donaciones propiamente tales y donaciones a título oneroso, y dispone que las primeras se han de regir por las reglas aplicables a los contratos y obligaciones en todo lo que no esté previsto en el título de las donaciones, y las segundas, por las reglas dadas para los contratos onerosos.

<sup>15</sup> BARRÍA (2023), pp. 88-89. En el mismo sentido, UGARTE (2011), p. 98.

<sup>16</sup> LÓPEZ Y ELORRIAGA (2017), p. 103. La distinción tendría su origen en la doctrina francesa, específicamente por el jurista Delvincourt, en su obra *Cours de Code Civil*, la cual tuvo a la vista Andrés Bello. LEITAO (2016), p. 651. La autora hace referencia además a la doctrina española acerca de esta distinción, enfocándose en un trabajo del autor José María Prada: “*La onerosidad y gratuidad en los actos jurídicos*”, conferencia pronunciada en la Academia Matricense del Notariado el día 7 de junio de 1965, pp. 135-201. El Código Civil español, a diferencia del chileno, no define los conceptos de oneroso y gratuito. Además, el nuestro lo establece para los contratos, pero lo que sí recoge en su artículo 1274 es lo siguiente: “*En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia la mera liberalidad del bienhechor*”. Se ha interpretado que la segunda parte del artículo corresponde a los actos gratuitos: LEITAO (2016), p. 655.

<sup>17</sup> Así se desprende del texto de los arts. 584 N° 5 y 703 inc. 2°.

<sup>18</sup> SOMARRIVA (2005), p. 695.

<sup>19</sup> BARRÍA (2023), pp. 90-91.

<sup>20</sup> BARRÍA (2023), p. 98; UGARTE (2011), p. 95.

<sup>21</sup> UGARTE (2011), p. 95. El autor agrega que estos tipos de donaciones son los propios de la clasificación que se expone en la conocida obra “*Febrero Novísimo*” o “*Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas*”, tratado práctico de Derecho y Legislación que circulaba en España y en las naciones hispanoamericanas al redactarse el Código Civil chileno. En dicha obra se lee: “*La donación entre vivos se divide en propia e impropia: la propia, que también se llama pura, graciosa y simple, es la que se hace por mera beneficencia y liberalidad, sin que se imponga limitación alguna al donatario. La impropia es la que se hace por algún motivo particular o bajo determinado modo o condición*”.

En suma, y de las disposiciones analizadas, son donaciones impropias las *donaciones con causa onerosa*, las *modales* y las *remuneratorias*. La importancia de esta distinción estriba en la procedencia de la condición resolutoria tácita en las donaciones con causa onerosa, y entre ellas las modales, consistente en el incumplimiento de la carga o del modo, a la luz del art. 1426. De ahí que la regla general es que la donación sea no remuneratoria, su causa es la simple beneficencia o liberalidad a favor de otro, no obstante, el Código Civil permite que la donación sea remuneratoria, cuando expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que estos sean de los que suelen pagarse (art. 1433).<sup>22</sup> Para ello será necesario que dicha donación sea otorgada en instrumento público o privado y que en ella conste expresamente tal circunstancia; de ahí que, como decíamos, la donación es naturalmente no remuneratoria. La diferencia tiene relevancia principalmente para determinar el ingreso de los bienes donados a alguno de los haberes formados en el régimen de sociedad conyugal.<sup>23</sup>

## II. REQUISITOS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS

Para que la donación sea perfecta, deben concurrir en ella todos los requisitos de existencia del acto jurídico: el consentimiento de ambas partes, objeto, causa y las solemnidades que la ley exige para su existencia; así como también los de validez, consentimiento libre y espontáneo, objeto lícito, causa lícita y las formalidades que puede exigir la ley para su validez. Además de los requisitos generales, Somarriva menciona uno especial: el enriquecimiento del acervo del donatario y el empobrecimiento del patrimonio del donante.<sup>24</sup> Se funda en el art. 1398, según el cual “*no hay donación si habiendo, por una parte, disminución de patrimonio, no hay, por otra, aumento*”.

Esta regla lleva aparejada algunas consecuencias. En primer lugar, no se entiende que hay donación cuando se repudia una herencia, legado, donación, o no se cumple una condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar un tercero, no implican a

---

<sup>22</sup> Como señala RODRÍGUEZ GREZ (1996), pp. 57-58: “Nuestro Código es en extremo coherente en esta materia, ya que la donación remuneratoria pierde su carácter de mera liberalidad en la medida que los servicios prestados dan acción para exigir su pago. De modo que en lo que excede el valor de los servicios es ‘donación’ y en los demás es ‘pago’ de una obligación. La coherencia sigue demostrándose en lo dispuesto en el art. 1434, al establecer que 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. Por lo mismo, tratándose de inmuebles, es legítimo que ingresen a la sociedad conyugal sólo hasta concurrencia de lo que hubiere habido acción para reclamar el pago, quedando en lo demás en beneficio del cónyuge donatario”.

<sup>23</sup> Tratándose de donaciones remuneratorias, el art. 1738 ofrece la siguiente solución: si la donación remuneratoria es de bienes raíces hecha a uno de los cónyuges o a ambos, por servicios que no daban acción contra la persona servida, no aumentará el haber social; pero si los servicios prestados daban acción contra dicha persona, aumentarán el haber social, hasta la concurrencia de los que hubiere habido acción a pedir por ellos, y no más. Agrega el Código que tratándose de donaciones remuneratorias de cosas muebles aumentará el haber de la sociedad conyugal, debiéndose recompensar al cónyuge donatario, si los servicios no daban acción contra la persona servida (como ocurriría, por ejemplo, tratándose de servicios ilícitos) o si los servicios se prestaron antes de la sociedad. En este mismo sentido, Rodríguez Pinto, quien postula que se forma una comunidad entre el cónyuge donatario y la sociedad en proporción a lo que valían los servicios y a lo que se mira como donado por mera liberalidad, que pertenece al haber propio del donatario. Véase RODRÍGUEZ PINTO (2017), p. 387. RODRÍGUEZ GREZ (1996), pp. 57-58 agrega: “El art. 1738 exige que el servicio que fue causa de la donación remuneratoria haya debido prestarse durante la vigencia de la sociedad conyugal y no antes. Si la ley necesitó decirlo expresamente es porque en esta materia no rige la regla del Nº 1 del artículo 1725, siendo indiferente cuándo el pago de este servicio se ha hecho exigible”.

<sup>24</sup> SOMARRIVA (2005), p. 703.

su vez donación (art. 1394).<sup>25</sup> Si bien en todos estos casos existe un enriquecimiento sin contraprestación de una persona (como otros asignatarios o el donante cuyo objeto donado no escapa de su patrimonio) no existe una transferencia de “sus bienes” respecto del heredero, legatario o donatario que la repudia, pues nunca ingresan a su patrimonio. En segundo lugar, no implica donación el comodato de cosas que usualmente se arriendan, o en el mutuo sin interés (art. 1395).<sup>26</sup> La referencia al comodato nos parece innecesaria, pues no se produce transferencia de los bienes sino la simple entrega material. Donde podría cobrar relevancia es en el comodato precario, que es cuando no se presta la cosa para un servicio particular ni se fija tiempo para su restitución, pues dicha figura podría encubrir una donación. En cuanto al mutuo sin interés. Acá sí existe transferencia de bienes fungibles, más el mutuario debe restituir otros tantos del mismo género y calidad, he ahí la diferencia con el contrato de donación. Téngase presente por lo demás lo dispuesto en el art. 1398, que aclara que no existe 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. En tercer lugar, los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan (art. 1396). En cuarto lugar, no hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, siempre que el deudor esté solvente (art. 1397).<sup>27</sup>

Por su relevancia, realizaremos un estudio más acabado del consentimiento (A), la capacidad (B), el objeto (C) y la insinuación (D).

### A. El consentimiento

Como acto jurídico bilateral, la donación requiere el consentimiento del donante y del donatario, consentimiento que dicho sea de paso sólo puede manifestarse en términos formales y explícitos, no procediendo una manifestación tácita ya que la donación entre vivos por regla general no se presume (art. 1393).<sup>28</sup> Sobre esta última circunstancia, se ha fallado por la Corte Suprema: “*TERCERO: Que conforme a lo dispuesto en el artículo 1393 del Código Civil, la donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes. CUARTO: Que la norma antes citada importa, que, probada la entrega de parte de sus bienes de una persona a otra, no puede presumirse que esa entrega*

<sup>25</sup> En similares términos el parágrafo 517 del Código Civil alemán: “No existe donación si para beneficiar a otra persona alguien se abstiene de una adquisición patrimonial o renuncia a un derecho vencido pero aún no definitivamente adquirido, o bien repudia una herencia o legado”. Así también se entendía en el derecho romano. La hipótesis es discutida por Juliano a propósito de las donaciones entre cónyuges, que no valen, en D. 24,1,5,13: el marido ha sido instituido heredero y su mujer designada como sustituta, o bien es parienta del causante de tal modo que, de haber éste muerto intestado, aquélla hubiera sido sucesora; el marido, puesto de acuerdo con su mujer, repudia la herencia, la que entonces es deferida a la mujer sustituta o heredera intestada, quien la acepta. El jurista decide que la operación no cae bajo la prohibición de donaciones entre cónyuges. GUZMÁN BRITO (2013), p. 671.

<sup>26</sup> GUZMÁN BRITO (2013), p. 672.

<sup>27</sup> Sobre esto, Guzmán cita el D. 39,5,23 pr.; D. 24,1,31,6. Véase GUZMÁN BRITO (2013), p. 672.

<sup>28</sup> Concordante con esto son los artículos 2299: “[d]el 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” y la parte final del art. 1397: “(...) pero hace donación el que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe”.

haya tenido por título un contrato de donación, salvo que el legislador expresamente así lo determine. Lo anterior trae aparejado, como necesaria consecuencia, que la persona que recibió parte de los bienes de otra y que alega haberlos recibido por otro concepto, deba acreditar que ello fue a dicho título específico que invoca, el que por cierto la contestación de la demanda no lo menciona, limitándose a negar la existencia del mutuo, no obstante reconocer la recepción de los dineros. QUINTO: Que, en el caso de autos, los sentenciadores exigieron al actor, quien, como se indicó, justificó la entrega de una determinada cantidad de dinero de su propiedad a la demandada, que demostrara que esa entrega lo había sido a título de mutuo, invirtiendo así la carga de la prueba, vulnerando el aludido artículo 1393 del Código Civil e incurriendo, con ello, en un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, que tiene entidad suficiente para justificar la invalidación del fallo por la vía de la casación en el fondo”.<sup>29</sup>

El consentimiento en la donación presenta algunas características particulares: se forma por la notificación al donante de la aceptación del donatario; y, el Código Civil reglamenta la aceptación del donatario.<sup>30</sup>

Como es sabido, el Código Civil -al igual que el Code- no reglamenta la formación del consentimiento; para hacer frente a esta falencia los jueces, al estar obligados a fallar conforme a Derecho, de acuerdo al principio de inexcusabilidad, recurren a las normas del Código de Comercio, viniendo de este modo, como se expresa en el Mensaje, a llenar “un sensible vacío de nuestra legislación comercial y civil”.<sup>31</sup> De los artículos 97 a 108 del Código de Comercio se desprende que el consentimiento requiere de una oferta seria y completa, así como de una aceptación pura y simple, otorgada en tiempo oportuno y no debe ser extemporánea, es decir, que se efectúe mientras la oferta se encuentre vigente.

En cuanto al momento en que se forma el consentimiento, si bien la doctrina, en base al tenor de los artículos 99 y 101 del Código de Comercio entiende que el consentimiento se perfecciona en el momento en que el destinatario acepta la oferta, es precisamente en la donación donde se altera dicha noción general. En efecto, conforme al art. 1412 del Código Civil el donante podrá revocar la donación mientras no se ponga en su conocimiento la aceptación del donatario, lo que revela que la sola aceptación de éste no es suficiente para perfeccionar la donación entre vivos, toda vez que el donante conserva la facultad de revocarla.<sup>32</sup> Por esto, se sostiene que el derecho de aceptar no se transmite a los herederos del donatario.<sup>33</sup>

Tanto la voluntad del donante como del donatario puede ser otorgada por medio de representantes, en otras palabras, la donación no escapa a la regla general de que los actos jurídicos puedan celebrar-

---

<sup>29</sup> Pizarro con Jiménez (2010).

<sup>30</sup> SOMARRIVA (2005), p. 697.

<sup>31</sup> VIAL (2003), p. 63; BARCIA (2007), p. 40.

<sup>32</sup> VIAL (2003), p. 75.

<sup>33</sup> DOMÍNGUEZ Y DOMÍNGUEZ (2011), p. 142.

se mediante mandatarios y representantes.<sup>34</sup> El art. 1411 lo señala en términos explícitos a propósito de la aceptación del donatario. Según Somarriva, el inciso segundo de esta disposición contiene un curioso caso de representación legal. En conformidad a él, puede aceptar por el donatario, aun sin mandato suyo, cualquiera de sus ascendientes o descendientes con tal que sea persona capaz.<sup>35</sup>

## B. La capacidad

Respecto del donante, al igual que en el art. 1005, a propósito del testamento, el legislador no habla de capacidad sino de habilidad. El art. 1387 expresa que es hábil para donar entre vivos toda persona que la ley no haya declarado inhábil. Luego, que “[s]on 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” (art. 1338).<sup>36</sup>

<sup>37</sup> Esta norma es armónica con el artículo 1652, que respecto a la remisión, indica que no tiene valor sino en cuanto el acreedor es hábil para disponer de la cosa que es objeto de ella. Por lo tanto, han de aplicarse las reglas generales del artículo 1447, por lo que podrá celebrar la donación por sí mismos todas las personas salvo los dementes, impúberes y los sordos o sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Tampoco podrán celebrarla por sí mismos, a menos que exista autorización de su representante legal, los menores adultos y los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo.<sup>38</sup>

En lo que respecta al donatario, reglamenta esta materia el artículo 1389, exponiendo que es capaz de recibir entre vivos toda persona que la ley no ha declarado incapaz. Es indudable que acá se está refiriendo a la capacidad de goce, y que la expresión “incapaz” debe entenderse en el mismo sentido que el Código emplea a propósito de la sucesión por causa de muerte, previstas en los ar-

---

<sup>34</sup> SOMARRIVA (2005), p. 698.

<sup>35</sup> SOMARRIVA (2005), p. 698.

<sup>36</sup> El art. 2º del Proyecto de 1842 decía: “No son hábiles para donar las personas que son absolutamente incapaces de contratar; y además: 1º El religioso; 2º La persona menor de veinticinco años que vive bajo tutela o curaduría, si no es por contrato de matrimonio, a favor de su esposa o esposo, y consintiendo aquellas personas cuyo consentimiento es necesario para el matrimonio; 3º La mujer casada, sin el consentimiento de su marido o de la justicia en subsidio; 4º El pródigo bajo interdicción; 5º Todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente; 6º Es nula asimismo la donación al hijo de familia sin el consentimiento de su padre, mientras el padre tuviere el usufructo de la cosa donada; 7º Las donaciones entre cónyuges aun cuando suenen como donaciones entre vivos, pertenecen a la clase de las donaciones revocables; 8º Es nula la donación entre vivos del hijo de familia a su padre, tenga o no el padre el usufructo de la cosa donada; pero valdrá como donación revocable; 9º Es nula asimismo la donación entre vivos del hijo de familia a su hermano paterno, sea legítimo o no, aún con el consentimiento paterno; 10º Además, si una persona quiebra, todas las donaciones hechas por ella dentro de los seis meses precedentes al de la apertura de la quiebra son nulas en el sentido de no producir efecto alguno relativamente a los acreedores. La inhabilidad de que se habla en este artículo, no comprende los dones manuales de poca importancia”.

<sup>37</sup> La Ley Nº 20.413 incorporó, entre otros preceptos, un artículo 4º bis a la Ley Nº 19.451, que establece normas sobre trasplante y donación de órganos, publicada el 10 de abril de 1996, agregando una regla especial de capacidad: “La extracción de órganos en vida con fines de trasplante sólo se permitirá en personas capaces mayores de dieciocho años y cuando el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante, o su conviviente civil”.

<sup>38</sup> Respecto a la posibilidad de que el representante legal pueda donar los bienes del hijo sujeto a patria potestad o pupilo, a la luz de los artículos 402 y 255 debe distinguirse si lo donado será un bien mueble o inmueble. Tratándose de muebles, podrán donarlos siempre que obtengan autorización judicial, la que procederá siempre que concurren tres requisitos: a) Que exista una causa grave; b) Que la donación sea proporcionada a las facultades del pupilo o hijo menor; c) Que por la donación el pupilo o hijo menor no sufran un menoscabo notable los capitales productivos. Respecto de los bienes inmuebles, existe una enérgica prohibición, por lo que si se celebrase la donación sería nula absolutamente (ex arts. 10, 1466 y 1682).

títulos 962 y siguientes. De ahí que el artículo 1390 exprese que no puede hacerse donación entre vivos a persona que no existe en el momento de la donación, y que luego se remita expresamente a las incapacidades de recibir herencias y legados (art. 1391). La remisión es justificada, pues de lo contrario el testador podría burlar las incapacidades para suceder, transfiriendo en vida sus bienes a los incapaces.<sup>39</sup>

Si la donación es conferida a una persona que no tiene la libre administración de sus bienes, su representante podrá repudiarla sólo si cuenta con autorización judicial, que debe ser conferida con conocimiento de causa (arts. 398 y 1236); y si se le ha donado a un pupilo dinero para la adquisición de bienes raíces, no podrá destinarse a ningún otro objeto que la impida o embarace; salvo autorización judicial con conocimiento de causa.

### C. El objeto

Entendemos que el objeto de la donación entre vivos regulada en el CC debe referirse a una cosa y no a un hecho, esto por cuanto la definición habla de transferir una parte de los bienes del donante a otra. Por ello, el objeto debe ser comerciable, real y estar determinado, sea como especie o cuerpo cierto, o bien en forma genérica, en cuyo caso habrá de existir determinación tanto del género como de su cantidad, o bien esta última ser determinable según las mismas instrucciones proporcionadas en el contrato. Nos remitimos acá a lo visto sobre la donación universal.

El objeto donado puede ser corporal o incorporeal, puede versar sobre cosa mueble o inmueble (en este último caso, además de la insinuación, debe ser otorgada por escritura pública e inscrita en el competente Registro, ex artículo 1400); puede ser un derecho real o crédito. Lo único que no puede ser objeto de donación son los hechos, las obligaciones de hacer.<sup>40</sup>

Existen otras figuras que para el Código Civil implican donación, y que por lo tanto resultan aplicables las reglas del Título que se estudian. Así, conforme al art. 1653 la remisión o condonación de una deuda es naturalmente una donación, y está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos.<sup>41</sup> En el mismo sentido el art. 1397, que declara que “*hace donación el que remite una deuda*”.<sup>42</sup> En estos términos, la remisión podrá ser de dos clases, según el espíritu de liberalidad que anima al acreedor al efectuarla; si no hay más que el interés de favorecer al deudor, es una donación, y se sujeta a los requisitos de esta.<sup>43</sup>

También se ha propuesto que la derelicción de bienes muebles sería una oferta de donación a persona indeterminada, al tenor del inc. 3º del art. 624, que señala que “*se adquieren del mismo modo las cosas*”

---

<sup>39</sup> SOMARRIVA (2005), p. 701. El autor indica que no se aplica a la donación la incapacidad del eclesiástico confesor ni la del notario y testigos del testamento.

<sup>40</sup> SOMARRIVA (2005), p. 701.

<sup>41</sup> Véase RODRÍGUEZ GREZ (2006), p. 344.

<sup>42</sup> También el artículo 403: “*La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación*”.

<sup>43</sup> ABELIUK (2007), p. 1163.

*cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suya el primer ocupante*<sup>44</sup>

Respecto a la renuncia de derechos sobre bienes inmuebles, de conformidad al art. 53 N° 3 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, podría postularse que el Fisco adquiriría el dominio de dicho inmueble suponiendo que hubo una donación. El razonamiento encuentra fundamento en el Decreto Ley N° 1939 de 1977, que regula las normas sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, el cual señala en sus artículos 27 y siguientes que el Fisco puede adquirir el dominio por medio de, entre otros modos, la tradición -materializada en un título traslativo que puede ser la donación-.<sup>45</sup> En contra de esta hipótesis se manifiesta Bahamondes, quien indica que es que el decreto no contempla fórmula alguna que permita suponer que bienes inmuebles que ya han ingresado al sistema registral, puedan ser adquiridos de pleno derecho por el Estado si sus titulares renuncian a estos. Propone que el art. 590 solo puede ser utilizado en aquellos en que las tierras no han sido inmatriculadas y que, tal como la norma indica, “*carecen de otro dueño*”, no porque ellas hayan sido abandonadas, sino porque nunca fueron registradas.

Finalmente, se ha propuesto que la naturaleza jurídica del aporte fundacional no sería otra que una donación entre vivos,<sup>46</sup> aunque es criticable, pues en la operación no existe un donatario al momento de la supuesta fundación, ya que mientras no esté constituida, carece de personalidad jurídica. Se refuerza la tesis de la donación al recordarse que se aplican las reglas de las incapacidades para suceder, en concordancia con los arts. 1416, 962 y 96, por lo que el aporte fundacional no encontraría impedimentos en ser calificado como donación, en tanto se espera la existencia de la fundación donataria una vez cumplidas sus formalidades legales de existencia, aun cuando la existencia no resulte retroactiva al momento de la escritura de constitución. Y en cuanto a la liberalidad que realiza el fundador -agregan unos autores-, es indudable que existe un empobrecimiento del donante y un enriquecimiento del donatario (fundación), requisito esencial de toda donación según el art. 1398.<sup>47</sup>

#### **D. La insinuación**

El artículo 1401 en su inc. 2º define la *insinuación* como la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario. Previamente el codificador estableció que la donación entre vivos que no sea insinuada, sólo tendrá el valor de dos centavos, siendo nula en el exceso. Una de las fuentes de este artículo es el Tomo 2 del Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia de Joaquín Escribano, que al respecto refiere: “*La donación entre vivos no puede pasar de quinientos maravedís de oro; lo que así está mandado para que nadie consuma su patrimonio con profusiones inmoderadas; de manera que la donación que excediere de dicha cantidad será nula en cuanto al exceso, si no se insinuase ante el juez competente, esto es, si no se manifestase ó presentase ante el juez el instrumento público en que se*

---

<sup>44</sup> Por todos, MENDOZA (2018), p. 150.

<sup>45</sup> BAHAMONDES (2019), p. 245.

<sup>46</sup> IRRIBARRA y LEITAO (2018), p. 56.

<sup>47</sup> IRRIBARRA y LEITAO (2018), pp. 58-59.

*hace la donación para que la apruebe interponiendo su autoridad y decreto judicial*”.<sup>48</sup>

Se trata entonces de una solemnidad, un requisito externo y formal que la ley exige para el valor del contrato, y cuya omisión produce la nulidad absoluta del mismo acto, al estar exigida en atención a la naturaleza del mismo y no al estado o calidad de las partes. Nótese que es requisito de validez y no de existencia de la donación. El contrato existe desde que el donatario notifica su aceptación al donante, es un contrato consensual; mas no será válido en el exceso de los dos centavos mientras no exista la autorización por el juez competente, que será el juez de letras del domicilio del solicitante (donante o donatario).

La regulación adjetiva de la insinuación de las donaciones se encuentra en el Título IX del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, conformado por sólo dos artículos, 889 y 890. Se ha fallado por la Corte de Apelaciones de Punta Arenas que la resolución que autoriza la donación es perfectamente modificable o revocable, siendo errado el razonamiento del juez a quo que no accedió a la revocación que se le solicitara en atención a la irrevocabilidad que en sí, implícitamente, lleva la donación entre vivos, al tenor del artículo 1386 del CC.<sup>49</sup>

Es precisamente la omisión de este requisito la que produce la nulidad absoluta de la donación disimulada por medio de un contrato de compraventa simulado.<sup>50</sup> Sirva el siguiente fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago para ilustrar la hipótesis: “SÉPTIMO: *Que, así las cosas, y de acuerdo a lo que viene de ser expuesto, comparte esta Corte la conclusión del tribunal del grado en orden a que la escritura pública de compraventa y usufructo (...) sólo fue una apariencia de este contrato que ocultó, en verdad, la celebración de otro que sí se quiso celebrar, un contrato de donación irrevocable o entre vivos. Así las cosas, la develación del contrato ostensible demuestra la disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración convenida entre las partes con el fin de engañar a terceros, los actores, configurándose la hipótesis de simulación relativa ilícita que se denuncia por la demanda de autos. OCTAVO: Que, la donación entre vivos que realmente quisieron celebrar la demandada y la madre de los actores aparece, entonces, desprovista de la observancia de las solemnidades que la ley ha exigido para darle valor a ese pacto en atención a su naturaleza, según lo prescribe el artículo 1682 del Código Civil, lo que hace que deba confirmarse la decisión de acoger la acción de nulidad absoluta promovida por los actores...*”<sup>51</sup> En otra causa, la misma Corte expreso: “SÉPTIMO: *Que en atención a lo anterior se puede dar por establecido que el contrato de compraventa fue simulado, y que lo real es que entre las partes involucradas lo que existió, fue una donación (...). OCTAVO: Que constituyendo el trámite de insinuación un requisito prescrito por la ley para la validez del contrato de donación y no habiéndose acreditado por la parte demandada que lo cumplió, corresponde al tenor de lo que prescribe el artículo 1681 y 1682 del Código Civil, acoger la demanda subsidiaria, declarando la nulidad absoluta de dicho contrato...*”<sup>52</sup>

---

<sup>48</sup> ESCRICHE (1875), p. 720.

<sup>49</sup> Cárdenas con No se consigna (1990).

<sup>50</sup> También se ha declarado la nulidad absoluta de una donación encubierta de un contrato de renta vitalicia. Vivanco con Preuss (2013).

<sup>51</sup> Gaggero con Vilches (2020).

<sup>52</sup> Tamburini con Valdés (2020).

### III. EFECTOS DE LA DONACIÓN ENTRE VIVOS

#### A. Obligaciones emanadas del contrato de donación

La donación contiene dos obligaciones: la de transferir la cosa y la eventual de saneamiento. Veamos algunos aspectos problemáticos de cada una.

En cuanto a la primera obligación, de dar la cosa, en términos estrictos la definición que proporciona el artículo 1386 es inexacta, pues podría colegirse que es la donación el acto por el cual se transfiere el dominio de los bienes donados, lo que no es así. Esta imprecisión, creemos, se hubiese evitado de mantenerse el inc. 2° del art. 1565 del Proyecto Inédito, que hacía alusión expresa a la tradición que venía a consumar la donación entre vivos. En realidad, la donación no es más que un título traslativo de dominio, un contrato que por su naturaleza es apto para adquirir el derecho real de dominio por medio del modo tradición.

En consecuencia, una vez notificada la aceptación al donante produce su efecto esencial, cual es dar nacimiento a un derecho personal a favor del donatario de exigir la transferencia de las cosas donadas, y correlativamente la obligación del donante de efectuar la tradición de los mismos. Se trata entonces de una obligación de dar, que comprenderá además la obligación de entregar al tenor del artículo 1548. Su cumplimiento se verificará conforme a las reglas generales de la tradición, contempladas en los artículos 670 y siguientes y que dependerá de la cosa donada. Así, de tratarse de cosas muebles se efectuará en términos reales o fictos (art. 684). Si se trata de un inmueble se requerirá la inscripción de la escritura pública de donación en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de la(s) comuna(s) donde esté ubicado el inmueble.<sup>53</sup> Si se trata de un crédito habrá de efectuarse la cesión de créditos prevista en los artículos 1901 y siguientes del Código Civil.

Debe tenerse además lo dispuesto en el art. 21 de la Ley N° 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones, que establece que no podrá hacerse entrega de bienes donados irrevocablemente sin que previamente se acredite el pago del impuesto que corresponda o su exención, en su caso. Sobre esto la Corte de Apelaciones de Santiago ha fallado que pese a letra de la disposición: *“ello no puede llevar a desestimar la pretensión del donatario. En efecto, aun entendiendo que el donatario ya recibió el bien mueble donado el dinero está en una cuenta sin que se haya dispuesto de él por el donatario, la norma citada no contempla un caso de nulidad o de ineficacia jurídica y su contravención, esto es, el recibir las cosas donadas antes del pago del impuesto, sólo podría dar motivo a una sanción administrativa por parte del órgano tributario administrativo correspondiente, mas no podría llevar a impedir que quien ha querido donar y quien ha querido recibir la donación, cumpliéndose todos los requisitos legales y habiéndose pagado el tributo que nuestro ordenamiento prevé, vean frustradas sus*

---

<sup>53</sup> Existe un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena que en su considerando Cuarto da a entender que la inscripción conservatoria es una solemnidad de la donación (rol 45-2012, de 10 de julio de 2012). Nos parece errado el razonamiento. La donación se perfecciona por la sola escritura pública cuando se trata de inmuebles, la inscripción no es más que la solemnidad de la tradición de estos bienes. En el mismo sentido, SOMARRIVA (2005), p. 696.

*legítimas intenciones de celebrar el contrato en comento*”.<sup>54</sup>

Frente a esta doctrina, en un extenso trabajo Guzmán Brito distingue dos tipos contractuales para el derecho chileno: la donación con efecto real y la donación obligacional. Veamos cada uno de ellos brevemente. Para Guzmán Brito, el Código civil chileno (siguiendo precedentes romanos), regula generalmente una donación con efecto real. Hay dos normas que sustentan su interpretación. En primer lugar, la definición del artículo 1386, antes analizada y, el artículo 1400: “No valdrá la donación entre vivos de cualquier especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente registro”. De este modo, la tradición queda integrada en el acto de la donación y pasa a constituir, por tanto, solemnidad del acto, al igual que la escritura pública. A Guzmán Brito le parece que, reseñado de esta forma, la donación no contraría la dualidad título-modo de adquirir. Lo que ocurre, al igual que en el mutuo (o en la prenda civil, podríamos agregar), es que la ley ha establecido la unión del título y el modo, en orden a perfeccionar un acto distinto, correspondiente a ambos.<sup>55</sup>

Frente a este contrato, Guzmán Brito reconoce la existencia de un contrato obligacional de donación, en algunas hipótesis determinadas. Los casos mencionados son los siguientes: a) el del artículo 1402 del Código civil, es decir, el derecho a percibir una pensión periódica; b) la constitución de una renta vitalicia gratuitamente, conforme al artículo 2278 del Código civil; c) las donaciones de futuro reguladas en el artículo 1417 del Código civil; d) algunos tipos de promesas a plazo y condicionales, conforme al artículo 1403; e) las promesas que se hacen los esposos, conforme al artículo 1786 del Código civil. En estos casos, nos encontramos frente a un régimen típicamente obligacional. El acreedor-donatario tendrá derecho a exigir la tradición (acto separado, ahora), de las cosas donadas.<sup>56</sup>

Además de la obligación esencial de transferir el dominio, el donante puede verse obligado al saneamiento de la evicción de la cosa donada, siempre que se trate de una donación con causa onerosa y que el donante haya dado una cosa ajena a sabiendas (art. 1423 inc. 1º).

## **B. Responsabilidad del donante y donatario**

Respecto de la responsabilidad del donante, si bien no existe norma expresa, ha de aplicarse el artículo 1547 del CC. En principio, primará el pacto expreso de las partes. En silencio, y a la luz de que el contrato de donación es de beneficio exclusivo del donatario, será responsable de culpa grave.<sup>57</sup> En cuanto al donatario, apoyándose en los arts. 1418 a 1421, Somarriva postula que para determinar la responsabilidad del donatario debe distinguirse si se trata de donaciones a título universal o singular.<sup>58</sup> En las donaciones a título universal. Tendrán las mismas obligaciones que los herederos, pero esta responsabilidad se extiende únicamente de las deudas contraídas por el donante con anterioridad a la donación, y las posteriores a ella, con tal que no excedan de la suma específica determinada por el

---

<sup>54</sup> García con No se consigna (2015).

<sup>55</sup> GUZMÁN BRITO (2005), pp. 107; 111-113.

<sup>56</sup> GUZMÁN BRITO (2005), pp. 115-124.

<sup>57</sup> Igual solución tiene el Código Civil alemán, por texto expreso en su parágrafo 521.

<sup>58</sup> SOMARRIVA (2005), p. 721.

donante en la escritura de donación.<sup>59</sup> En las donaciones a título singular, el donatario no tiene más responsabilidad que la expresamente le imponga el donante.<sup>60</sup>

#### IV. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN

Como todo contrato, la donación se extingue en la medida que cesan sus efectos. De esta forma, podrá extinguirse por el cumplimiento cabal de sus obligaciones, por la resciliación o mutuo disenso, nulidad, confusión, etc. Acá nos detendremos a analizar aquellas causales especiales de extinción de las donaciones,<sup>61</sup> que se regulan en los arts. 1424 y siguientes: la rescisión, la resolución y la revocación.

##### A. La rescisión

En la donación, la rescisión puede operar de tres modos.<sup>62</sup> En primer lugar la acción de “Rescisión” por la acción de inoficiosa donación. El art. 1425 del CC señala que “*Son rescindibles las donaciones en el caso del artículo 1187*”. Se remite el codificador a la acción de inoficiosa donación. Del tenor del art. 1425 algunos autores asumen que esta acción sería de nulidad.<sup>63</sup> Sin embargo, se ha dicho que ésta no podría ser una acción de nulidad, pues aquello supondría que las donaciones que se van a dejar sin efecto nacieron con un vicio o defecto, cuestión que en la especie no ocurre.<sup>64</sup> Por ello, se ha propuesto que en realidad sería una acción resolutoria<sup>65</sup> o de inoponibilidad.<sup>66</sup>

En segundo lugar, la denominada rescisión por dolo. El contrato de donación puede ser rescindido por dolo cuando es obra de una de las partes y cuando aparece de manifiesto que sin él no se hubiese contratado. No hay nada novedoso en ello. Sin embargo, León Hurtado –sustentándose en la doctrina de Planiol y Ripert– postula que las donaciones son también rescindibles por dolo, no obstante que sea obra de un tercero, en razón del carácter gratuito del beneficio que recibe el donatario y “*por consiguiente, deberá darse la misma solución en todos los casos de ventajas obtenidas gratuitamente*”<sup>67</sup> Finalmente, frente a la posibilidad de rescindir la donación por lesión enorme, en virtud de la remi-

---

<sup>59</sup> SOMARRIVA (2005), p. 721.

<sup>60</sup> SOMARRIVA (2005), p. 722.

<sup>61</sup> SOMARRIVA (2005), p. 723.

<sup>62</sup> Siguiendo a ALCALDE (2010), pp. 73-76, la rescisión es una sanción de ineficacia amplia y flexible, cuyo objeto es privar de eficacia a un acto válido en sí mismo, extinguiendo la obligación que de él ha nacido y otorgando el derecho a las partes a ser restituidas al mismo estado en que se encontraban de no haber existido el acto o contrato rescindido, acción que según el autor –salvo la de nulidad relativa– persigue la evitación del perjuicio irrogado a una de las partes.

<sup>63</sup> Por todos, ELORRIAGA (2015), p. 521.

<sup>64</sup> ELORRIAGA (2015), p. 522. El autor agrega además la circunstancia de que el Código chileno no es suficientemente certero a la hora de utilizar expresiones como nulidad, rescisión, resolución y revocación, de modo que no parece del todo aceptable sacar una conclusión como la señalada a partir de la palabra rescisión. Sobre esta problemática, véase CORRAL (2018), p. 662.

<sup>65</sup> DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ (2011), p. 1042.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ GREZ (2006), p. 345.

<sup>67</sup> LEÓN (1991), p. 168.

sión que el inciso segundo del art. 1411 hace a los arts. 1234, 1236 y 1237 (pues podría suponerse que la aceptación de una donación puede ser rescindible por la lesión a la que hace referencia el inciso tercero del art. 1234), se ha entendido que la remisión no se extiende a dicha regla, por cuanto la lesión es excepcional en el derecho y no se encuentra expresamente contemplada ni para la aceptación de la donación ni para el contrato mismo.<sup>68</sup>

## B. La resolución

El art. 1426 expresa: “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 el donatario a cumplirla, o para que se rescinda la donación”.<sup>69</sup> Se trata de una disposición muy similar, en lo sustancial, a lo que establece el art. 1489 del Código Civil para los contratos bilaterales.<sup>70</sup>

La resolución puede pedirse por el donante aunque no se haya pactado: la cláusula resolutoria se encarga de ponerla la ley, porque el cumplimiento de la carga, constituye, si bien dentro del marco de la liberalidad, el motivo determinante de la voluntad real del que ha hecho la donación; y por otra parte, tratándose de un contrato, por aplicación del principio de la buena fe, cada parte debe estarse a lo que, atendida la naturaleza del negocio, supo o no pudo menos que saber que la otra quería y pretendía como beneficio o logro intrínseco a tal acto jurídico, aunque no se haya explicitado.<sup>71</sup> Si se considera aplicable la disposición a las obligaciones modales, surge el problema de conciliar el artículo 1426 con el artículo 1092. La cuestión puede plantearse del siguiente modo: ¿puede demandarse la resolución aun cuando no se haya pactado cláusula resolutoria? Una parte de la doctrina, que seguimos, entiende que debe equipararse la situación del asignatario modal con la del donatario, por cuanto en ambos casos estamos frente a liberalidades.<sup>72</sup> Esta solución parece evidente si el modo se ha establecido en beneficio del donatario, porque en ese caso no estamos, técnicamente hablando, ante una obligación. En consecuencia, se requiere que la condición se encuentre pactada expresamente. La acción resolutoria, con forme el artículo 1427, prescribe en cuatro años contados desde el día en que el donatario haya sido constituido en mora de cumplir la obligación impuesta. Se trataría de una prescripción especial que no se suspende.<sup>73</sup>

## C. La revocación

La expresión “revocación” es polisémica en nuestro Derecho Civil, suele utilizarse con varios sentidos técnicos que deben ser distinguidos, aunque en definitiva se trate siempre de ineficacia del acto jurí-

---

<sup>68</sup> SOMARRIVA (2005), p. 698.

<sup>69</sup> Este precepto y el 1427 hablan de rescisión, cuando en realidad existe resolución, una especie de condición resolutoria tácita de la donación por no cumplirse la condición o gravamen. El donante puede, a su elección, demandar el cumplimiento o la resolución. Lo curioso en este caso es que la persona favorecida con el gravamen no puede exigir su cumplimiento: SOMARRIVA (2005), p. 724.

<sup>70</sup> UGARTE (2011), p. 98. El mismo autor se remite a la Ley VI del Título IV de la Partida V, que establecía a favor del donante, para el caso de incumplimiento del modo, la posibilidad de exigir o el cumplimiento o la resolución, sin necesidad de pacto alguno: “E si non lo cumple, o non lo faze, bien puede apremiarle, que cumpla lo que prometio fazer, o que desampare, la donación que le fizo”.

<sup>71</sup> UGARTE (2011), p. 98.

<sup>72</sup> Esta es la opinión de GUZMÁN BRITO (2005), p. 232, nota 456.

<sup>73</sup> SOMARRIVA (2005), p. 725.

dico.<sup>74</sup> Se le ha conceptualizado como la facultad de una de las partes o ambas, que les permite poner fin a la relación obligatoria existente, mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial.<sup>75</sup> Así, la expresión se encuentra en la acción pauliana, en el mandato (como una de sus causales de extinción), en el testamento y también en la donación con causa onerosa o sujeta a gravamen,<sup>76</sup> regulada en los artículos 1428 y siguientes.

En la donación, el primero de esos artículos refiere que la donación puede ser revocada por ingratitud, entendiéndose por tal cualquier hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante. Vale entonces la remisión a los artículos 115, 968 y 979. Por su parte, el artículo 1429 establece un excepcional caso en que la mala fe se presume desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo, ello para la aplicación de las reglas previstas en los artículos 904 y siguientes.

## V. REFLEXIONES FINALES

Es indiscutible la imperiosa necesidad de analizar el contrato de donación entre vivos más allá de sus aspectos elementales. Se trata de un negocio jurídico en constante tensión con casi todas las áreas del Derecho Civil; un contrato dinámico que no se limita sólo a ser un título traslativo de dominio, sino que además adquiere otras fisonomías, las cuales repercuten no sólo en el derecho de contratos y de la responsabilidad civil, sino además en el derecho sucesorio, provocando, por ejemplo, la formación de acervos imaginarios o dando lugar a la acción de inoficiosa donación; en los derechos reales, como se observó, a través del abandono de bienes o renuncia de derechos recaídos en ellos; en las obligaciones, por medio de la remisión o condonación de deudas. Son todas estas vicisitudes las que demandan un análisis holístico de este contrato en nuestro medio, y en razón de ello es que intentamos otorgar una visión más panorámica, que vaya un poco más allá de sus características, requisitos y efectos.

Estimamos valioso, además, la aproximación histórica de la institución, sea el análisis de la concepción que el derecho romano tenía de la donación –lo que de alguna forma explica las diversas fisonomías que puede adoptar la donación en nuestro Código–; o bien la preocupación por la ostensible evolución que tuvo la definición de donación, recogida en algunas fuentes del Código Civil como también en sus proyectos. Un estudio incluso somero de esto último nos permite apreciar la estrecha vinculación que el legislador quería darle con la tradición.

Por supuesto, hay muchas dimensiones de la donación entre vivos que no fueron tocadas o profundizadas en este trabajo, su vocación no era otra que sistematizarla tímidamente con otras áreas del derecho civil, mucho más allá de los contratos y la sucesión por causa de muerte, de las cuales ya hay literatura nacional.

---

<sup>74</sup> DOMÍNGUEZ (2012), p. 234.

<sup>75</sup> DÍEZ-PICAZO (1996), p. 905.

<sup>76</sup> SOMARRIVA (2005), p. 724.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina citada

- ABELIUK MANASEVICH, René (2007): *Las obligaciones*, 5ª edición actualizada (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALCALDE SILVA, Jaime (2010): “La rescisión en el Código civil de Chile”, en: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coordinador), *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción*, 2009 (Santiago, AbeledoPerrot).
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia (2019): “La renuncia al derecho de propiedad sobre bienes inmuebles en el ordenamiento chileno”, en: Elorriaga de Bonis, Fabián (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- BARCÍA LEHMANN, Rodrigo (2007): *Lecciones de Derecho civil chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- BARRÍA PAREDES, Manuel (2023): “Contrato de Donaciones”, en: Munita Marambio, Renzo (director), *Contratos. Parte Especial* (Santiago, Tirant Lo Blanch).
- CALDERA, Rafael (Director) (1981): *Obras Completas de Andrés Bello, Código Civil de la República de Chile*, 2ª edición Facsimilar (Caracas, Fundación La Casa de Bello), t. XV.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2018): *Curso de Derecho Civil. Parte General* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- DIEZ-PICAZO, Luis (1996): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, “Las relaciones obligatorias”, 5ª edición (Madrid, Editorial Civitas), vol. II.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2011): *Derecho Sucesorio*, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. I.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón (2012): *Teoría General del Negocio Jurídico*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ESCRICHE, Joaquín (1875): *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Madrid, Edición de Eduardo Cursta), vol. 4.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): *De las donaciones entre vivos. Conceptos y tipos*, (Santiago, LexisNexis).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2013): *Derecho Privado Romano* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- IRRIBARRA SOBARZO, Eduardo y LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca (2018): “La naturaleza jurídica del aporte fundacional”, en: Bahamondes Oyarzún, Claudia et al (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- LEITAO ÁLVAREZ-SALAMANCA, Francisca (2016): “Una aproximación a los efectos entre los negocios a título oneroso y gratuito en el Código Civil chileno en comparación con el español de mediados del siglo XX”, en: Barría Paredes, Manuel (director), *Estudios de Derecho Civil XI* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- LEÓN HURTADO, Avelino (1991): *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- LINARES VEGA, Jesús Ángel (2008): “Aspectos relevantes del contrato de donación entre vivos”, en: *Revista Vía Iuris* (núm. 5).

- MENDOZA ALONZO, Pamela (2018): “La derelicción de cosas corporales en el Derecho Civil chileno”, en: Bahamondes Oyarzún, Claudia *et al* (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Editorial Legal Publishing).
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, José María (2001): “Las fuentes del régimen de la donación en las partidas”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (núm. 23).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (1996): *Regímenes Patrimoniales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2002): *Instituciones de Derecho Sucesorio*, 3ª edición actualizada (Santiago, Editorial Legal Publishing), vol. II.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2006): *Extinción convencional de las obligaciones* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), vol. 2.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara (2017): *Manual de Derecho de Familia* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel (2005): *Derecho Sucesorio* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), t. II.
- UGARTE GODOY, José Antonio (2011): “La acción resolutoria del donante por incumplimiento del modo”, en: *Estudios de Derecho Civil* (Santiago, Editorial Legal Publishing), t. II.
- VIAL DEL RÍO, Víctor (2003): *Teoría General del Acto Jurídico*, 5ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

### **Jurisprudencia citada**

- Cárdenas Ampuero, Eleodoro con No se consiga (1990): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 08 de marzo de 1990, rol 6424-1989 (CL/JUR/101/1990).
- Pizarro Bruno, Jorge con Jiménez Bradford, Carolina (2010): Corte Suprema, 14 de octubre de 2010, rol 2450-2009 (CL/JUR/8238/2010).
- Galelia Diez, Segundo Manuel con Arzobispado de Santiago y Palet Claramunt, Enrique (2011): Corte Suprema, 26 de agosto de 2011, rol 2179-2019 (CL/JUR/6870/2011).
- No se consigna con Sociedad de Inversiones San Sebastián Limitada (2012): Corte Suprema, 10 de julio de 2012, rol 45-2012 (CL/JUR/1311/2012).
- Vivanco Maldonado, Sandra y otros con Preuss Lazo, Alejandro (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 06 de marzo de 2016, rol 5914-2013 (CL/JUR/1294/2015).
- García Puig, Fernando con No se consigna (2015): Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de noviembre de 2015, rol 10154-2015 (CL/JUR/7297/2015).
- Gaggero Pisano, Camila con Vilches Millao, Alicia (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 24 de abril de 2020, rol 8212-2018 (CL/JUR/180955/2020).
- Tamburini Martínez, Julio con Valdés Tamburini, Eddie (2020): Corte de Apelaciones de Santiago, 13 de mayo de 2020, rol 394-2019 (CL/JUR/187337/2020).

### **Normas citadas**

- Código Civil de Alemania.
- Código Civil de Chile.
- Código Civil de Colombia.
- Código Civil y de Comercio de Argentina.

Código de Procedimiento Civil de Chile.

Ley Nº 16.271, de Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones.

Ley Nº 19.451, Que Establece Normas Sobre Trasplante y Donación de Órganos, 1996.

Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, 1965.