



Universidad de Valparaíso

Facultad de Derecho

Programa de Doctorado en Derecho



**LAS LIBERALIDADES NO DONATORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL
CHILENO Y SU INCIDENCIA EN LA INSINUACIÓN, EN LA
FORMACIÓN DE LOS ACERVOS IMAGINARIOS Y EN LA PROTECCIÓN
DE LA MUJER CASADA BAJO RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL**

Tesis para optar al Grado de Doctor en Derecho

Tesista

Mario Opazo González

Directora

Pamela Prado López

Valparaíso, julio 2021

INTRODUCCIÓN

I. Hipótesis y metodología de la investigación empleada.

En la presente investigación se probará que las reglas contenidas en el Código Civil chileno consagran una noción amplia de liberalidad, por lo que, junto al contrato de donación entre vivos, es posible identificar otras formas de liberalidad. De esta manera, a partir de un proceso de inducción de las reglas del Código Civil, es posible sostener que la exigencia de la insinuación es un requisito exclusivo del contrato de donación irrevocable y que, por lo mismo, no se aplica a los casos de liberalidades no donatorias. Por otro lado, es posible sustentar que las liberalidades no donatorias no se deben considerar en la formación de los acervos imaginarios, lo que se traducirá en una liberalización de las asignaciones forzosas, especialmente en lo que se refiere a la legítima. Como consecuencia de lo anterior, se probará que es posible sostener que el Código Civil chileno consagra un principio de libre disposición de los bienes por parte de su titular, que solo puede ser limitado en los casos en que la ley expresamente lo señala.

El presente trabajo adoptará el método dogmático; en consecuencia, se trabajará con textos que contienen enunciados normativos, pues se pretende explicar el ordenamiento jurídico tal como es, sin perjuicio de buscar complementarlo para hacerlo más comprensible.

Se trata de una investigación documental, por lo que se analizará las disposiciones jurídicas del ordenamiento civil chileno, así como también las disposiciones jurídicas contenidas en la legislación extranjera; al mismo tiempo, se revisará la opinión que ha dado tanto la doctrina nacional como la extranjera.

Con el propósito de comprobar la hipótesis, se analizará los grupos de casos que constituyen liberalidades atípicas, con el propósito de inducir las reglas y principios generales que resultan aplicables a todas las liberalidades. Para tales efectos, se recurrirá a la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera; a casos citados por la doctrina e incluso a casos ficticios, con el propósito de abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles donde pueda advertirse la existencia de una liberalidad atípica. El establecimiento de estos grupos de casos permitirá reconocer las distintas formas de liberalidades atípicas e inducir las reglas generales y principios aplicables a toda liberalidad, en cuanto a requisitos y a ciertos efectos.

En relación con la jurisprudencia, cabe tener presente que esta no es una investigación jurisprudencial, sino que será invocada para identificar los casos de liberalidades atípicas en el ordenamiento civil chileno, para verificar el reconocimiento, o ausencia del mismo, a la figura en estudio y porque ha habido, en el derecho extranjero, sentencias que se han pronunciado en torno a los requisitos y efectos de las liberalidades atípicas.

Dado que se trata de una investigación dogmática, y tomando en consideración los diversos tipos de investigación que ella admite, la que se desarrollará en el presente trabajo será interpretativa, pues la hipótesis es susceptible de ser comprobada mediante la interpretación de reglas y principios que se encuentran contenidos en los enunciados normativos del ordenamiento jurídico civil chileno. Para los efectos antedichos, se utilizará las diversas técnicas propias de una investigación dogmática jurídica, con especial énfasis en la inducción, deducción, sistematización y el método comparativo.

En relación con el método comparativo, debe tenerse presente que la investigación que se desarrollará no es de derecho comparado; sin embargo, es inevitable recurrir al derecho extranjero y, en especial, a aquellos ordenamientos que presentan semejanza con el nuestro, como es lo que ocurre con el derecho continental europeo y el derecho latinoamericano. Tales ordenamientos tienen una raíz común con el nuestro, el derecho romano, por lo que la influencia que han ejercido y ejercen en el derecho nacional no puede obviarse.

II. Justificación, utilidad e importancia de la investigación.

El Código Civil chileno no contiene una reglamentación específica del acto jurídico; se trata de una creación doctrinaria, construida especialmente a partir de algunas reglas generales que establece el código para los contratos.

Por ello, a partir de las clasificaciones que contempla el código para los contratos, la doctrina ha extrapolado estas clasificaciones a los demás actos jurídicos. Entre ellas, el código distingue entre contratos gratuitos y onerosos (artículo 1.440). Sin embargo, en doctrina no está claro si dicha clasificación es aplicable a todo acto jurídico patrimonial¹ o si se trata de una clasificación exclusiva de los contratos. Lo anterior se demuestra cuando, al buscarse ejemplos de actos jurídicos gratuitos, solo se mencionan contratos²; aunque algunos autores agregan el testamento³. En este contexto, cabe preguntarse qué es lo que determina que un acto jurídico sea oneroso o gratuito; en otras palabras, interesa determinar el significado de la expresión “gratuidad”.

Este problema surge porque en el Código Civil chileno no hay una definición expresa de gratuidad, ya que el Código emplea las expresiones “gratuidad”, “liberalidad” y “contrato de donación”, pero no existe claridad respecto a si son expresiones sinónimas o si cada una de ellas tiene un significado preciso. En consecuencia, dependiendo de la noción que se adopte, será posible determinar si existen otras formas de liberalidades o si solo existen los contratos gratuitos y, a partir de ello, qué es lo que diferencia al contrato de donación entre vivos de los demás contratos gratuitos. La conclusión que a este respecto se adopte permitirá determinar si existen o no liberalidades distintas del contrato de donación irrevocable, o sea, liberalidades no donatorias.

La doctrina nacional no se ha preocupado mayormente de este problema, mientras que, en la práctica, es posible advertir que, cotidianamente, tienen cabida numerosas formas de liberalidad que no se someten a las formas del contrato de donación entre vivos, por ejemplo, la estipulación a favor de otro cuando se acepta como figura autónoma y el negocio subyacente es gratuito o no hay ningún negocio subyacente, la renuncia de un derecho, el pago de una deuda ajena sin ejercer la acción de reembolso, los alimentos voluntarios y distintas formas de “donación”, especialmente con fines de beneficencia o culturales (Teletón, aportes económicos que hacen las empresas a actividades culturales o deportivas, aportes en bienes o en trabajo para una actividad benéfica como rifas, bingos, etc.)⁴.

De llegar a aceptar que la única forma de liberalidad está constituida por el contrato de donación entre vivos, debiéramos llegar a la conclusión de que toda otra forma de liberalidad debiera reconducirse a la forma, requisitos y efectos de este contrato y, en caso de no procederse de la manera señalada, ese acto jurídico no podría ser considerado como eficaz; como consecuencia de lo anterior, sería exigible el requisito de la insinuación y, además, producirían el efecto de dar origen a la formación de los acervos imaginarios. En cambio, si se llega a estimar que existen otras formas de liberalidades, distintas de la donación entre vivos, debiéramos llegar a la conclusión que estas otras

¹ Si se considera que es una clasificación aplicable a todo acto jurídico patrimonial, es posible considerar que hay actos jurídicos distintos de los contratos que quedan comprendidos en esta clasificación, como el testamento, que, para algunos, es un acto jurídico gratuito. En este sentido, Domínguez Benavente, Ramón; Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, 3 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2011, t. II, p. 336.

² Donaciones irrevocables, comodato, mutuo sin interés.

³ Elorriaga De Bonis, Fabián, *Derecho Sucesorio*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª ed., 2015, p. 188.

⁴ Cabe tener presente que el artículo 5º del DL N° 359, de 1974, establece que las donaciones que se hagan a corporaciones o fundaciones de carácter benéfico estarán exentas del trámite de la insinuación. Con todo, persiste el problema de determinar si permiten o no la formación de los acervos imaginarios. También es posible mencionar que se rigen por un estatuto especial las donaciones que se hagan al Estado (DL N° 1.939); las donaciones con fines educacionales (Ley N° 19.247); las donaciones con fines culturales (Ley N° 18.985), etc.

formas de liberalidades no debieran, en principio, regirse por las reglas del contrato de donación entre vivos, por lo que no sería exigible el trámite de la insinuación, ni producirían el efecto de formar los acervos imaginarios, toda vez que dichas reglas solo estarían contempladas para el referido contrato.

A partir de lo anterior, interesa dilucidar si el contrato de donación irrevocable es el único caso de liberalidad, o si es posible identificar otras y, si aceptamos la existencia de otros casos de liberalidades – que denominaremos liberalidades no donatorias – interesa determinar si necesitan de insinuación para su validez y si, en caso de nacer a la vida del derecho, autorizan la formación de los acervos imaginarios.

En caso de aceptarse la existencia de estas liberalidades no donatorias y su ausencia de incidencia en la formación de los acervos imaginarios, podría llegarse a una liberalización de las asignaciones forzosas, en particular, de la legítima. Este efecto será una consecuencia lógica de lo señalado, toda vez que una persona – futuro causante – podría hacer uso de estas liberalidades no donatorias para poder disponer, entre vivos, de sus bienes, sin que, con posterioridad a su fallecimiento, deba procederse a la recomposición contable de su patrimonio, pues las liberalidades no donatorias no serían consideradas para la formación de los acervos imaginarios.

Como consecuencia de lo anterior, es posible advertir que se producirá el efecto de liberalizar el sistema de asignaciones forzosas, especialmente en lo que dice relación con la legítima, toda vez que se dará un mayor margen para que el futuro causante pueda disponer de sus bienes en vida, a través de estas liberalidades no donatorias, ya que éstas no serían consideradas para los efectos de la formación de los acervos imaginarios.

Esta forma de concebir las asignaciones forzosas encuentra su fundamento en la importancia que se asigna a la propiedad de una persona y a la facultad de disponer de sus bienes a su entera voluntad.

Cabe tener presente que, en caso de aceptarse la existencia de liberalidades no donatorias, se podría presentar el serio riesgo de prestarse abiertamente para el fraude a la ley y el perjuicio de los derechos de terceros, como sería, por ejemplo, para burlar los intereses de los acreedores, los derechos de los legitimarios, evadir el pago del impuesto establecido en la Ley N° 16.271, etc. Por lo tanto, frente a este escenario, la determinación del deslinde entre contrato de donación irrevocable y los casos de liberalidades no donatorias, debe ser preciso, con el objeto de evitar el riesgo denunciado.

El presente trabajo resulta novedoso, toda vez que, como ha quedado de manifiesto de la discusión bibliográfica, en nuestro país no existe claridad respecto del significado de las nociones de gratuidad, liberalidad y beneficencia; tampoco hay claridad respecto de la noción de acto jurídico gratuito, ni menos del estatuto jurídico a aplicar a las formas de liberalidades distintas del contrato de donación entre vivos. Todas estas nociones pretenden ser clarificadas a lo largo de esta investigación, para poder probar que el trámite de la insinuación es una exigencia propia del contrato de donación irrevocable y, consecuentemente, no aplicable a las liberalidades no donatorias y, de la misma manera, probar que solo el contrato de donación entre vivos produce el efecto de formar los acervos imaginarios.

La relevancia de la presente investigación está determinada porque, al concluir la presente investigación, será posible sostener que las liberalidades no donatorias no precisan del trámite de la insinuación, ni producen el efecto de generar los acervos imaginarios, lo que se traducirá en una liberalización de las asignaciones forzosas, en particular la legítima, debido a que es posible reconocer en el Código Civil chileno un principio de libre disposición de los bienes por parte de su titular, el cual solo puede ser limitado en los casos en que la ley lo señala expresamente.

La presente investigación es factible de desarrollarse, toda vez que se trata de un problema que ya ha comenzado a discutirse en el extranjero, por lo que es posible mirar lo que ha dicho la doctrina foránea y que puede servir de guía para el trabajo que se pretende hacer a nivel de derecho chileno. Por otro lado, se trata de un trabajo de *lege lata*, por lo que no se postula una modificación legal, sino un trabajo interpretativo a partir de las disposiciones vigentes de nuestro Código Civil.

Tal como se ha explicado, el alcance e impacto de los posibles resultados se traducirán en clarificar los sentidos en que las expresiones liberalidad, gratuidad y donación son empleadas en el Código Civil chileno. De esta manera, se podrá observar que no se trata de expresiones sinónimas, sino que cada una de ellas tiene un significado distinto. Lo anterior permitirá precisar el ámbito de aplicación de cada una de estas expresiones, lo que, a su turno, contribuirá a la interpretación de las disposiciones del Código Civil que hacen referencia a ellas, precisando el sentido y alcance de las mismas.

Como consecuencia de lo anterior, será posible observar que la donación es solo un tipo de liberalidad y que es posible reconocer otras formas de liberalidades en el Código Civil chileno, que denominaremos liberalidades no donatorias.

Una vez establecido que el Código Civil chileno reconoce distintos tipos de liberalidades, que van más allá del contrato de donaciones entre vivos, será posible argumentar que las liberalidades no donatorias no están sujetas al trámite de la insinuación y que no producen, como efecto, la formación de los acervos imaginarios, lo que se traducirá en una liberalización de las asignaciones forzosas, en especial, de la legítima, fundada en un principio que puede extraerse de las disposiciones del Código Civil chileno, cual es el de la libre disposición de los bienes por parte de su titular, el cual solo puede ser limitado en los casos expresamente previstos por el legislador.

Finalmente, cabe señalar que se hace necesario fijar los límites de las liberalidades no donatorias, para evitar que estas figuras se presten para el fraude a la ley y el perjuicio de terceros, lo que también se logrará como consecuencia de la presente investigación.

III. Estructura del trabajo.

El presente trabajo se desarrollará en tres capítulos.

El primero de ellos está destinado a la delimitación de las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos en el ordenamiento jurídico privado chileno, estableciendo que se trata de expresiones que no son sinónimas, sino que entre ellas hay una relación de género a especie, de manera que la expresión más amplia corresponde a la de gratuidad, la cual se caracteriza, conforme se verá, por la falta o ausencia de contraprestación; en tanto, la expresión liberalidad da cuenta de un acto gratuito y, por ende, precisa de una ausencia de contraprestación, pero en la que se produce un enriquecimiento para una parte o el empobrecimiento para otra, sin que exista un desplazamiento patrimonial, esto es, sin que un bien (o derecho) salga del patrimonio de una de ellas para ingresar al patrimonio de la otra. Finalmente, aparece la donación entre vivos, que es una especie de liberalidad, y que por tanto en ella existe un enriquecimiento para una parte y un empobrecimiento para la otra, pero en que existe un desplazamiento patrimonial, es decir, un bien o derecho sale del patrimonio del donante para incorporarse en el patrimonio del donatario.

El segundo de ellos está destinado a justificar dogmáticamente la figura de las liberalidades no donatorias en el principio de la libre disposición de los bienes, el cual se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, con el objeto de comprobar que el ordenamiento jurídico civil chileno reconoce la existencia de estas figuras, y a examinar en detalle dos de ellas: la estipulación a favor de otro y la renuncia de un derecho.

El tercero está destinado a examinar algunas instituciones que solo resultarían aplicables a la donación entre vivos, como ocurre con la insinuación y la formación de los acervos imaginarios, que serían aplicables solamente a la donación entre vivos, y la contraexcepción que se configura cuando el marido, administrando ordinariamente la sociedad conyugal, solo puede donar bienes sociales de poca monta, pero no celebrar otros actos constitutivos de liberalidades no donatorias. Finalmente, se examinarán los límites que el ordenamiento jurídico chileno establece para las liberalidades no donatorias, esto es, el fraude a la ley y la simulación, con el propósito de precisar que, si bien en

principio las personas somos libres para celebrar actos constitutivos de liberalidades no donatorias, no se trata de una facultad absoluta, sino que debe respetar los derechos de terceros.

CAPÍTULO I: LAS NOCIONES DE GRATUIDAD, LIBERALIDAD Y DONACIÓN ENTRE VIVOS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

1. Introducción al Capítulo Primero

Para demostrar la hipótesis de este trabajo, se hace necesario distinguir las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos en el Código Civil chileno. Esta necesidad surge por cuanto, si bien existe una relación entre estas expresiones – conforme se examinará – se trata de nociones distintas que pueden llevar a confusión respecto de la exigencia de la solemnidad de la insinuación, así como también del efecto de la formación de los acervos imaginarios. En efecto, considerar que existe una sinonimia entre estas tres expresiones puede llevar a aplicar, indiscriminadamente, el estatuto de las donaciones entre vivos a todo acto gratuito o a toda liberalidad, como el trámite de la insinuación o el efecto de formar los acervos imaginarios.

Así, por ejemplo, a nivel doctrinario se ha sostenido, a propósito de la renuncia a los gananciales, que el marido podría renunciar a los gananciales y que tal renuncia, si se hace después de la disolución de la sociedad conyugal, constituiría una donación revocable del marido a la mujer⁵ -⁶, mientras que Court califica tal renuncia de liberalidad⁷; una situación similar se ha producido a propósito de la determinación del patrimonio final en un régimen de participación en los gananciales, pues, al examinarse las agregaciones imaginarias que contempla el artículo 1.792 – 15 del Código Civil, su numeral primero se refiere a las donaciones irrevocables, pero hay autores, como M^a Soledad Quintana, que hablan de liberalidad excesiva⁸; en el mismo sentido, Alessandri y Somarriva, al referirse a las *res derelictae*, las califican de donación a persona indeterminada⁹, o los Domínguez que, al referirse al primer acervo imaginario, sostienen que, no obstante el tenor literal del artículo 1.185 del Código Civil chileno, que expresamente habla de donaciones, debe entenderse que esta disposición se refiere a toda liberalidad y no solamente a las donaciones¹⁰.

De la misma forma, a nivel jurisprudencial, existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 23 de abril de 2012¹¹, confirmado por la Corte Suprema, de 19 de junio de 2012¹², en el que se sostiene que – en la especie – existió una donación por la vía de la estipulación a favor de otro, acogiendo una acción de inoficiosa donación¹³.

⁵ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7^a ed., 2007, t. I, cfr. p. 294.

⁶ Pareciera ser que René Ramos entiende que en esa renuncia hay una donación entre vivos, pues señala que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1.137 del Código Civil, las donaciones entre cónyuges siempre valdrán como donaciones revocables.

⁷ Court Murasso, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia*. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho, Legal Publishing, Santiago, 2^a ed., 2009, cfr. p. 193.

⁸ Quintana Villar, María Soledad, *Derecho de Familia*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 3^a ed., 2020, cfr. p. 248.

⁹ Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, 2 vols., Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 7^a ed., 2016, t. I, cfr. p. 159.

¹⁰ Domínguez B.; Domínguez Á., op., vol. et ed. cits., cfr. p. 997.

¹¹ Corte de Apelaciones de Rancagua (2012): Fuenzalida y otros con Miranda y otros. Rol N° 1.177 – 2011. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]

¹² Corte Suprema (2012): Fuenzalida y otros con Miranda y otros. Rol N° 4.131 – 2012. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]

¹³ En cuanto a los hechos, don Luis Miranda Lucero compró un terreno para sus hijos no matrimoniales, en el año 1996. El señor Miranda falleció en octubre del 2007. Su cónyuge e hijos matrimoniales ejercieron la acción de inoficiosa donación en contra de los hijos no matrimoniales y beneficiarios de esa estipulación a favor de

Con el propósito de plantear claramente la distinción entre las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos en el Código Civil chileno, en primer lugar, se examinará la relación que existe entre estas tres expresiones, dando cuenta de los aspectos que tienen en común y que pueden llevar a confusión. Hecho lo anterior, se examinará cada figura por separado, para así perfilarla mediante sus caracteres propios que permitan deslindarlas de las demás.

De esta manera, se demostrará que, en el Código Civil chileno, la expresión “gratuidad” es la más amplia, pues se refiere exclusivamente a la ausencia de contraprestación. Consecuente con lo anterior, se examinará la expresión “liberalidad”, demostrándose que, en nuestro Código Civil, solo hace alusión a un tipo de acto gratuito: aquél que se caracteriza por la atribución patrimonial y la lucratividad. Finalmente, se demostrará que, en el Código Civil chileno, el contrato de donación entre vivos constituye solo un tipo de liberalidad, pero que, junto a él, existen otras formas de liberalidades que, por lo mismo denominaremos liberalidades no donatorias o no donativas. Hecho lo anterior, se demostrará que, en nuestro Código Civil, lo que permite distinguir al contrato de donación irrevocable de las demás formas de liberalidad es que en la donación hay un desplazamiento patrimonial, mientras que en las liberalidades no donatorias ello no se da, sino que el enriquecimiento y el empobrecimiento se da a través de otras vías, rescatando con ello el carácter residual de las liberalidades no donatorias.

2. Relaciones existentes entre las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos en el Código Civil chileno

Un primer aspecto que debe ser tratado consiste en determinar si las expresiones “gratuidad”, “liberalidad” y “donación entre vivos” son sinónimas o no y, en caso de no serlo, qué diferencias habría entre ellas y qué relación es posible establecer entre las mismas.

Con el propósito de probar la hipótesis planteada, en esta parte se demostrará que las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos no son sinónimas, sino que existe una relación de género a especie, donde la expresión más amplia es gratuidad, de manera que la liberalidad es solo una especie de gratuidad y, dentro del campo de las liberalidades, el contrato de donación entre vivos es solo una clase de ellas. De esta manera, se logrará probar que existen las liberalidades no donatorias y que ellas se encuentran reconocidas en el Código Civil chileno.

Para los efectos señalados, Marc Nicod, en Francia, sostiene que la noción de gratuidad es más amplia que la de liberalidad, toda vez que las liberalidades son actos de alienación o disposición, ya que permiten la transferencia de un valor patrimonial que pasa del disponente al beneficiario¹⁴, noción que se extrae del artículo 893 del Código Civil de ese país¹⁵, después de la redacción dada por una reforma de 2006¹⁶.

En la misma línea, Malaurie y Brenner señalan que es posible distinguir dos tipos de contratos a título gratuito: por una parte, aquéllos que traspasan un bien sin contraprestación y con intención liberal; son los que constituyen una liberalidad en el sentido preciso del término, y son la donación y el testamento. Por otro lado, están aquéllos que tienen por objeto prestar un servicio gracioso a otro

otro. La Corte de Apelaciones de Rancagua entiende que hubo donación por vía de la estipulación a favor de otro, por lo que acoge la referida acción, lo que implica sostener que se formó el primer acervo imaginario.

¹⁴ Nicod, Marc, « Les Libéralités Ordinaires : Les Donations », en Grimaldi, Michel (directeur) *Droit Patrimonial de la Famille*, Édition Dalloz, Paris, 2014, pp. 805 – 825, cfr. p. 806 (traducción libre).

¹⁵ Art. 893 alinéa 1 Code Civil français « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne ».

¹⁶ Beignier, Bernard ; Torricelli – Chrifi, Sarah, *Libéralités et Successions*. LGDJ Lextenso Éditions, Paris, 4^e édition, 2017, cfr. p. 25 (traducción libre).

y que el *Code* califica como contratos de beneficencia en su artículo 1.105¹⁷, como el mandato, el depósito, el comodato, el contrato de alojamiento gratuito, el trabajo benévolo. Agregan que esta distinción tiene importancia, pues si bien el legislador no ha visto con buenos ojos las liberalidades, pues busca impedir que las personas dispongan sin consideración de sus bienes, mira favorablemente los contratos de beneficencia, no solo porque no existe el riesgo que el deudor se arruine, sino que, además, porque ellos siempre conllevan un valor moral: sin beneficencia nuestra sociedad sería aún más materialista e inhumana de lo que ya es¹⁸.

En el mismo sentido, Belli, en Italia, sostiene que la liberalidad es el género que va precedido por un ánimo de liberalidad, que consiste en la conciencia de atribuir a otro una ventaja patrimonial sin estar de algún modo obligado; en cambio, la donación es una especie de liberalidad, que exige, además del ánimo de liberalidad o *animus donandi*, de una atribución patrimonial, que se traduce en un enriquecimiento del donatario y un empobrecimiento del donante¹⁹.

Por otro lado, interesa revisar lo que ha señalado la doctrina uruguaya, toda vez que, en dicho país, el artículo 1.249 inciso primero del Código Civil es prácticamente idéntico al artículo 1.440 del Código Civil chileno²⁰; por otra parte, el Título I, Parte II de su Libro IV se refiere en particular a las donaciones, considerándolas como un contrato²¹, tal como se ha entendido mayoritariamente que ocurre en nuestro país y, finalmente, porque la doctrina uruguaya, conforme se examinará, se ha preocupado del tema de las liberalidades no donatorias a partir de la reglamentación hecha por el Código Civil de ese país.

De esta manera, a partir del artículo 1.308 del Código Civil uruguayo²², Miguel Tomé sostiene que la expresión “liberalidad” sería más amplia que el de “gratuidad”, toda vez que aquélla comprendería no solamente a los contratos gratuitos, sino que también a actos no negociales²³.

En el mismo sentido, Gamarra entiende que liberalidad proviene de libertad, expresión que resulta ajena a cualquiera idea de cumplimiento de un deber y es una noción más amplia que la de gratuidad, toda vez que la noción de liberalidad comprende contratos gratuitos, actos no contractuales ni negociales, y actos negociales cuya causa es neutra, en la medida en que confieran un beneficio a

¹⁷ Antes de la Reforma de 2016, el artículo 1.105 del *Code* señalaba “*El contrato de beneficencia es aquél por el cual una de las partes procura a la otra un beneficio puramente gratuito*”. Sin embargo, con la reforma de aquel año, la definición que nos interesa pasó al artículo 1.107 del *Code*, el cual establece en la actualidad, en su inciso 1º, que «*Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure*», agregando su inciso 2º que «*Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie*».

¹⁸ Malaurie, Philippe ; Brenner, Claude, *Droit des Successions et des Libéralités*. LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, 8º édition, 2018, cfr. p. 184 (traducción libre).

¹⁹ Belli, Guido, “Le Donazioni Indirette”. Disponible en

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Nm8Opyc1UkMJ:https://www.personaedanno.it/attachments/static/attachments/allegati/articoli/010188_resource1_orig.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl
[Última consulta 03 de septiembre de 2018] (Traducción libre).

²⁰ Art. 1.249 inciso 1º CC uruguayo “*El contrato se llama gratuito, cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las dos partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro*”.

²¹ Art. 1.613 CC uruguayo “*La donación entre vivos es un contrato por el cual el donante, ejerciendo un acto de liberalidad, se desprende desde luego e irrevocablemente del objeto donado en favor del donatario que lo acepta*”.

²² Art. 1.308 CC uruguayo “*Todo hecho lícito del hombre que hace mejor la condición de una persona en daño de otro, sin que haya mediado intención de hacer una liberalidad, da origen a un cuasicontrato que obliga al que ha mejorado su condición a devolver la suma o la cosa convertida en su provecho*”.

²³ Tomé, Miguel Ángel, “Donaciones y Liberalidades Atípicas en Fraude a la Ley”. En *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, Nº 10, diciembre 2014, pp. 225 – 248, cfr. p. 229.

un destinatario y haya existido la intención de hacer una liberalidad²⁴. De esta manera, las nociones de liberalidad y gratuidad no son sinónimas, sino que, si bien ambas se caracterizan por la ausencia de una contraprestación equivalente y la intención liberal, la gratuidad solo se aplica a los negocios jurídicos²⁵.

De esta manera, la noción de liberalidad da cuenta de una intención premeditada de ejercer sobre otra persona un acto de liberalidad sin que medie una contraprestación y que exceden las previsiones normativas del contrato de donación²⁶.

En cambio, la donación sería un tipo de liberalidad que se caracteriza, a partir de lo dispuesto en el artículo 1.613 del CC de ese país, por una transferencia definitiva del bien donado²⁷.

A nuestro juicio, en Chile – conforme se examinará – la noción más amplia es la de gratuidad, que se traduce solamente en la ausencia de contraprestación, esto es, que quien recibe un beneficio no está obligado a hacer una prestación, sea a favor de quien lo benefició, sea a favor de un tercero; de ahí que los actos gratuitos se traducen en la necesidad de dar, hacer o no hacer algo sin esperar recibir nada a cambio; esta expresión sería la más amplia, pues comprende todo tipo de actos en los que no exista una contraprestación. En cambio, la liberalidad sería solo una especie de gratuidad, pues lo propio de la liberalidad es que exista un enriquecimiento y un empobrecimiento para cada una de las partes; de esta manera, por ejemplo, el comodato es un acto gratuito, pues el comodatario es facultado para usar de una especie sin estar obligado a hacer una contraprestación, pero no es un caso de liberalidad, pues no hay enriquecimiento para él ni empobrecimiento para el comodante. Finalmente, la donación entre vivos es un tipo de liberalidad, que se caracteriza por el desplazamiento patrimonial; esto significa que aquello en lo que se empobrece el donante es exactamente lo mismo en lo que se enriquece el donatario, es decir, el mismo bien o derecho que existía en el patrimonio del donante es el que se transfiere y, por tanto, adquiere el donatario, de manera que, si existe un enriquecimiento y un empobrecimiento, pero no hay desplazamiento patrimonial en el sentido anotado, estaremos frente a una liberalidad, pero no frente a una donación, es decir, frente a una liberalidad no donatoria o no donativa.

3. La noción de gratuidad en el Código Civil chileno

3.1 La gratuidad como ausencia de contraprestación.

Josserand plantea que lo que caracteriza al contrato a título gratuito es la existencia de un servicio prestado sin retribución, sin una contrapartida y, por otro lado, con espíritu de beneficencia²⁸. Como consecuencia de ello, se entiende que hay actos a título gratuito que no son liberalidades, pues

²⁴ Gamarra, Jorge; Venturini, Beatriz; De Cores, Carlos; Gamarra, Raúl, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, 26 vols., Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 3ª ed., 2004, t. IV, cfr. pp. 17 – 18.

²⁵ Ídem, cfr. pp. 11, 12 y 19.

²⁶ Tomé, op. cit., cfr. p. 229.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Josserand Louis, *Teoría General de las Obligaciones*, Editorial Parlamento Ltda., Santiago, 2008, cfr. p. 28. Esta idea es recogida por Malaurie y Brenner, quienes entienden que la noción de gratuidad se construye a partir de dos elementos: uno subjetivo y uno objetivo. El elemento subjetivo está dado por la intención liberal, que es una noción abstracta que comprende sentimientos diversos (como la piedad, la caridad, el amor, el orgullo, la justicia, etc.) y que es una cuestión de grados, ya que la generosidad pasa por grados sucesivos desde el mecenazgo al regalo interesado. En cambio, el elemento objetivo está constituido por el hecho que el disponente debe conferir una ventaja sin contraprestación. Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. pp. 182 – 183 (traducción libre).

lo que define al acto a título gratuito es que una parte preste un servicio sin contraprestación, pero no son liberalidades, porque no hay transferencia de uno al otro de un elemento de su patrimonio²⁹.

Esta idea es tomada en Italia por Oppo, para quien el acto gratuito se caracteriza por un elemento objetivo, que es la ausencia de una contraprestación y por un elemento subjetivo, cual es la intención de dar una ventaja patrimonial a otro³⁰.

Esta opinión es criticada por Gianola, para quien la consideración de contrato gratuito como ausencia de contraprestación, y que entiende al fin perseguido por el promitente entre los motivos irrelevantes del acto, solo considera como relevante el intercambio de prestaciones de carácter económico que actúa sobre la base de un programa conocido y compartido por ambas partes; ello constituye el epílogo de una evolución en la que la distinción entre onerosidad y gratuidad viene a basarse, de un modo demasiado simple, en el cambio económico programado a expensas del criterio del interés perseguido³¹.

A juicio de Gianola, recurrir al criterio del cambio económico programado conduce a definir el espíritu de liberalidad como la intención de enriquecer a la contraparte, con prescindencia de todo objetivo posterior eventualmente perseguido, de manera que un fin egoísta posterior, eventualmente perseguido por el sujeto que se obliga o que ejecuta una prestación sin una contraprestación, no releva ni excluye el espíritu de liberalidad; la esperanza de una ventaja futura no excluye el espíritu de liberalidad³².

Por otro lado, Iacovino, Tavassi y Cassandro entienden que la gratuidad consiste en la ausencia de una contraprestación o de una contraparte financieramente ventajosa a favor del disponente³³.

En España, De Pablo, Álvarez y Parra sostienen que los contratos gratuitos se caracterizan porque el beneficio de una de las partes no aparece acompañado de un sacrificio que sea su contrapartida³⁴.

Entendemos que este criterio es perfectamente aplicable en Chile. El artículo 1.440 de nuestro Código Civil, al definir contrato gratuito, pone énfasis en que tiene por objeto la utilidad de una sola de las partes, sufriendo la otra el gravamen, de manera que tal utilidad puede ser de cualquier tipo: el dominio, el uso de un bien, un servicio, etc., de ahí que sean ejemplos de contratos gratuitos la donación entre vivos, el comodato y el mutuo sin interés; pero no todos ellos son liberalidades, pues, para ello, es necesario que exista un enriquecimiento y un empobrecimiento patrimoniales, lo que no se da en el caso del comodato o del depósito.

En este sentido, se ha señalado que el Código Civil chileno habría adoptado una concepción objetiva, esto es, que solo habrá un negocio gratuito en la medida en que una persona reciba un beneficio tangible, efectivo, de manera que, en términos concretos, podría realizarse una operación aritmética; siguiendo esta forma de razonar, serían negocios gratuitos, además de la donación entre vivos, el testamento, el mutuo sin interés y el mandato sin remuneración³⁵; también sería gratuito el

²⁹ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 40 (traducción libre).

³⁰ Oppo Giorgio, *Adempimento e Liberalità*. Giuffrè Editore, Milano, 1947, cfr. pp. 287 – 289 (traducción libre).

³¹ Gianola, Alberto, *Atto Gratuito, Atto Liberale. Ai Limite della Donazione*. Giuffrè Editore, Milano, 2002, cfr. p. 9 (traducción libre).

³² Josserand, op. cit., cfr. p. 27.

³³ Iacovino, Celeste; Tavassi, Vincenzo; Cassandro, Tania, *La Donazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, cfr. p. 7 (traducción libre).

³⁴ De Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel; Parra Lucán M^a Ángeles, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*. Colex, Madrid, 2014, cfr. p. 346.

³⁵ Domínguez Águila, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Prolibros, Valparaíso, 3^a ed., 2020, cfr. p. 37. En el mismo sentido, Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Teoría de los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5^a ed., 2011, cfr. p. 17; Court Murasso, Eduardo, *Curso de Derecho Civil. Teoría General del Acto Jurídico*, Santiago, Legal Publishing, 2^a ed., 2009, cfr. p. 9; Pescio Vargas, Victorio,

contrato de fianza³⁶, y resulta que en ninguno de ellos existe un enriquecimiento y un empobrecimiento patrimoniales.

Lo anterior se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 1.395 CC. Su inciso 1º señala que no hay donación en el comodato, aunque se trate de prestar una especie que se acostumbra a arrendar. Se trata de un contrato gratuito conforme lo explicamos en el párrafo precedente, pero no es donación, porque no hay un desplazamiento patrimonial. El inciso 2º de esta disposición corrobora esta interpretación, al señalar que no hay donación en el mutuo sin interés, toda vez que, si bien el mutuo es un título translaticio de dominio, el mutuario adquiere una deuda frente al mutuante, por lo que existe la obligación de restituir³⁷.

En el mismo sentido, el artículo 1.396 CC establece que los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sea de aquellos servicios que suelen pagarse. La razón por la cual tales servicios no pueden ser considerados como donación, es que, si bien son actos gratuitos, por cuanto no existe una contraprestación, no pueden ser considerados como donaciones, al faltar el desplazamiento patrimonial. En este sentido, Alejandro Guzmán señala que la razón por la cual no hay donación en este caso es porque no hay una atribución patrimonial dispositiva, toda vez que la privación de la remuneración por parte de quien prestó el servicio no es atribución patrimonial³⁸.

Lo mismo ocurre con el artículo 1.397 CC, al sostener que no hay donación a un tercero cuando una persona se constituye a favor de aquélla como fiador, o constituye una prenda o una hipoteca³⁹; si bien se trata de contratos gratuitos, al no haber desplazamiento patrimonial no pueden ser considerados como casos de donación. Con todo, Alejandro Guzmán advierte que puede darse una situación distinta en el caso que el garante, al momento de constituirse la caución y en forma gratuita renuncie a la acción de reembolso, pues, en tal caso, sí habría un enriquecimiento del deudor y el empobrecimiento del garante. A partir de ello, se plantea el caso en que si el garante paga por el deudor y después renuncia a la acción de reembolso, habría una atribución patrimonial y, por lo mismo, una remisión de una deuda⁴⁰; pero si la renuncia es inicial, habría una atribución patrimonial remisoría que sería condicional, pues estaría sujeta al hecho futuro e incierto que el garante llegue a pagar la obligación garantizada. En consecuencia, a su juicio, el artículo 1.397 del Código Civil

Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1948, cfr. p. 30.

³⁶ Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, cfr. p. 24.

³⁷ En relación con el inciso 3º de esta disposición, al establecer que sí hay donación en la remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o a censo, Alejandro Guzmán explica que hay donación en la remisión de intereses devengados, por tratarse de una aplicación de la regla general contenida en el artículo 1.653 CC. Guzmán Brito, Alejandro, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, Lexis Nexis, 2005, cfr. pp. 79 – 82. Diferimos de esta interpretación; entendemos, a partir de las palabras empleadas por el legislador, que hay donación, en el sentido que se aplican las reglas de la donación, pero ello no quiere decir que sean donación, lo cual es congruente con lo que se expresará respecto del artículo 1.653 de nuestro Código Civil. Vid. infra 4.2.2.

³⁸ Guzmán Brito, op. cit., cfr. p. 82. Funda esta argumentación en los principios extraídos del Digesto: “no se hace más pobre el que no adquiere, sino el que gastó su patrimonio” y “no se hace más rico el que no gasta”.

³⁹ En este sentido, cabe tener presente que si bien la doctrina mayoritaria en nuestro país ha sostenido que los contratos de garantía pueden ser onerosos cuando el fiador o el tercer poseedor de la finca hipotecada o de la cosa empeñada reciben una retribución por parte del deudor, el profesor Guzmán plantea que ello no es efectivo y que siempre se trata de contratos gratuitos, porque tal retribución la hace el deudor que es un extraño al contrato de fianza, prenda o hipoteca. Guzmán Brito, op. cit., cfr. p. 47.

⁴⁰ Cabe precisar que para Alejandro Guzmán sería un caso de donación en los términos del artículo 1.653 del Código Civil chileno, solución que no compartimos, pues, conforme examinaremos, dicha disposición no dice que la remisión de la deuda sea una donación, sino que se limita a hacer aplicable a la remisión las reglas del contrato de donación entre vivos. Vid. infra 4.2.2.

debiera entenderse en el sentido que no se hace donación al tercero por el solo hecho de constituirse la caución⁴¹.

3.2 Disposiciones que hacen referencia a la gratuidad.

En nuestro Código Civil encontramos diversas disposiciones que hacen referencia a la gratuidad. Resulta necesario revisar estas disposiciones, pues no solo son compatibles con la interpretación que se propone en el presente trabajo, sino que también proporcionan argumentos para demostrar la hipótesis que se pretende demostrar. En efecto, conforme se irá examinando, los diversos artículos del Código Civil chileno que aluden a la gratuidad, dan a entender que se trata de una noción amplia, caracterizada exclusivamente por la ausencia de una contraprestación, independientemente de que se trate o no de una atribución patrimonial hecha a otra persona. Sin perjuicio de ello, al examinar las distintas disposiciones que aluden a la gratuidad, podremos advertir que algunas de ellas permiten sostener el reconocimiento de las liberalidades no donatorias por parte del legislador, cuestión que se advertirá en el análisis respectivo.

El examen se hará comenzando por aquellas disposiciones que no han recibido una mayor atención por parte de la doctrina nacional, de manera que su explicación será más breve, y concluirá con aquellas disposiciones que han suscitado una mayor dedicación por parte de los autores chilenos, de manera que su análisis será más extenso.

3.2.1 Artículo 403 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de la administración de bienes que hacen tutores y curadores, establece que *“La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación”*.

Esto quiere decir que, para la remisión gratuita de un derecho, el guardador necesita de autorización judicial, y el juez podrá concederla por causa grave, siempre que dicha remisión sea proporcionada a las facultades del pupilo y no significase un menoscabo de su patrimonio productivo⁴².

En nuestro concepto, la remisión no es un tipo o clase de donación, toda vez que no existe un desplazamiento desde el patrimonio del acreedor al patrimonio del deudor; en consecuencia, entendemos que, si el legislador quiso aplicarle las reglas de la donación, tuvo que decirlo de manera expresa.

3.2.2 Artículo 551 – 1 inciso 1º del Código Civil.

Esta disposición, incorporada al Código por la Ley N° 20.500, señala, a propósito de los directores de una corporación o asociación, que *“Los directores ejercerán su cargo gratuitamente, pero tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función”*.

En consecuencia, debemos entender que los directores de una corporación o asociación, en principio, no tienen derecho a una contraprestación, a menos que, como lo expresa el inciso segundo de esta disposición, por servicios distintos a sus funciones como directores, puedan percibir alguna retribución, en virtud de un contrato de trabajo o de arrendamiento de servicios⁴³.

⁴¹ Guzmán Brito, op. cit., cfr. pp. 83 – 84.

⁴² Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 435.

⁴³ Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, Thomson Reuters, Santiago, 2018, cfr. p. 437.

3.2.3 Artículo 556 inciso 1º del Código Civil.

A propósito del funcionamiento de corporaciones y fundaciones, establece que *“Las asociaciones y fundaciones podrán adquirir, conservar y enajenar toda clase de bienes, a título gratuito u oneroso, por actos entre vivos o por causa de muerte”*.

Esta disposición viene a reafirmar lo señalado precedentemente, toda vez que, al referirse a que asociaciones y fundaciones pueden adquirir, conservar y enajenar toda clase de bienes, a título oneroso o gratuito, está señalando que tanto los actos de disposición como los de administración pueden ser gratuitos, lo que, a nuestro juicio implica que puede no haber enriquecimiento ni empobrecimiento, como es lo que ocurre con los actos de administración.

3.2.4 Artículo 1.386 del Código Civil.

Esta disposición define lo que ha de entenderse como donación en nuestro sistema, al indicar 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”*.

Atendida la importancia de esta figura para la presente tesis, su análisis se hará más adelante⁴⁴.

3.2.5 Artículo 1.396 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de las donaciones, señala que *“Los servicios personales gratuitos no constituyen donación, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan”*.

Conforme a este artículo ha de entenderse que los servicios personales prestados sin una contraprestación no constituyen donación, incluso tratándose de servicios que ordinariamente se pagan, toda vez que la donación, conforme a la definición proporcionada por el artículo 1.386 CC, supone la transferencia de uno o más bienes del donante al donatario, y en la prestación de servicios, aunque sea una liberalidad, no hay transferencia de dominio, razón que justifica que, en nuestro sistema, no constituya donación⁴⁵.

3.2.6 Artículo 1.417 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de la donación entre vivos, establece que *“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 demandando la entrega de las cosas que se le han donado de presente”*.

Esta disposición se refiere a la donación gratuita, lo que nos da a entender que habría donaciones que no lo son o, como ha señalado la doctrina, no lo son “enteramente”, pues el donatario tendría que hacer una contraprestación⁴⁶.

⁴⁴ Vid. infra 4.4.5.

⁴⁵ En este sentido se ha explicado que el que presta el servicio no se empobrece, sino que, a lo sumo, deja de ganar. Lecaros Sánchez, José M., *Liberalidades y Donaciones Irrevocables*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 1997, cfr. p. 67.

⁴⁶ En doctrina se ha planteado que existiría una contradicción entre este artículo 1.417 de nuestro Código Civil y el artículo 1.626 Nº 5 del mismo cuerpo legal, pues el primero solo concedería beneficio de competencia cuando la donación es enteramente gratuita, mientras que el segundo no hace distinción, por lo que siempre procedería el beneficio de competencia para el donante. Esta contradicción se resolvería aplicando el principio de especialidad, por lo que primaría el artículo 1.417. Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 8ª ed., 2005 (versión de René Abeliuk M.), t. II, cfr. p. 712. Sin embargo, también se ha sostenido que entre ambas disposiciones no habría contradicción, sino que tendrían

3.2.7 Artículo 1.422 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de las donaciones entre vivos, señala que *“El donatario de donación gratuita no tiene acción de saneamiento aun cuando la donación haya principiado por una promesa”*.

En general, la obligación de garantía, como es el saneamiento, encuentra su fundamento en la voluntad presunta de las partes: la ley la presume en los contratos onerosos, pero no se justifica dicha presunción en los contratos gratuitos⁴⁷, ya que, si el donatario es privado de la cosa donada, en definitiva, no sufrirá ningún perjuicio⁴⁸.

En este caso, vale lo señalado precedentemente para el artículo 1.417 CC.

3.2.8 Artículo 1.433 inciso 2º del Código Civil.

Esta disposición reglamenta las donaciones remuneratorias. Su inciso primero da una definición de donación remuneratoria y el inciso segundo establece que *“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”*.

Como sabemos, hablamos de las donaciones remuneratorias para referimos a toda liberalidad que se hace a una persona en consideración a servicios prestados al disponente, cuando tales servicios no han generado una deuda exigible en razón de haberse prestado gratuitamente⁴⁹.

En este caso, vale lo señalado precedentemente para el artículo 1.417 CC.

3.2.9 Artículo 2.117 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito del mandato. Su inciso primero expresa que *“El mandato puede ser gratuito o remunerado”*.

Entendemos que el legislador plantea que el mandante puede estar o no obligado a remunerar al mandatario, es decir, puede haber o no contraprestación para el mandante. Como explica Stitckin, el mandato es naturalmente oneroso⁵⁰, pero excepcionalmente será gratuito cuando se estipule que el mandante no pagará remuneración alguna al mandatario^{51 - 52}.

distinto ámbito de aplicación: el artículo 1.417 se aplicaría a las donaciones enteramente gratuitas y concedería beneficio de competencia al donante cuando se trata de celebrar el contrato de donación prometido o cumplir el contrato de donación ya celebrado. El segundo se aplicaría a las donaciones que no son enteramente gratuitas y solo concedería beneficio de competencia al donante cuando se trate de celebrar el contrato de donación prometido. Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 92.

⁴⁷ Meza Barros, Ramón, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7ª ed., 2008, cfr. p. 213.

⁴⁸ Somarriva Undurraga, op., vol. et ed. cit. cfr. p. 712.

⁴⁹ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 106.

⁵⁰ Llega a esta conclusión a partir de lo dispuesto en el artículo 2.158 N° 3 del Código Civil el cual, al reglamentar las obligaciones del mandante, señala que debe pagar al mandatario la remuneración estipulada o la usual, es decir, el legislador parte de la base de que el mandante debe pagar una remuneración; si no se ha estipulado remuneración alguna, el mandante debe pagar la remuneración usual, que es la que se usa pagar según la época y lugar en que se encomienda la gestión. Stitckin Branover, David, *El Mandato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed. (actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez), 2008, cfr. pp. 53 – 54.

⁵¹ Stitckin Branover, op. cit., cfr. p. 159.

⁵² Existe otra opinión que sostiene que el mandato es naturalmente gratuito. Para Pothier el mandato era esencialmente gratuito: el mandatario se hacía cargo del negocio encomendado por la amistad, de manera que el mandante no se obligaba a pagar contraprestación alguna; de contrario, el mandato degeneraría en un

3.2.10 Artículo 793 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito del usufructo, señala que “*El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito*”.

El inciso tercero de esta disposición agrega que el usufructuario carecerá de la facultad de ceder su usufructo si el constituyente se lo hubiese prohibido.

En nuestro país se ha discutido cuál es el objeto del arriendo o cesión; en particular, el problema se presenta cuando se transfiere el usufructo, pues la redacción de la disposición legal citada permite preguntarse si lo que se transfiere es el derecho de usufructo mismo o solo su ejercicio (llamado “*emolumento del derecho de usufructo*”). Si lo que se cede es el derecho mismo, debiera entenderse que el cesionario pasaría a ser un nuevo usufructuario, teniendo el mismo derecho, las mismas atribuciones, las mismas restricciones y quedaría sujeto a las mismas formas de extinción que tenía el cedente⁵³. Según Rodrigo Barcia, lo que se cede es el derecho a percibir los frutos⁵⁴, mientras que para Alessandri et al. lo que se cede es el ejercicio del derecho de usufructo⁵⁵ y, finalmente para Peñailillo⁵⁶ y Corral⁵⁷ lo que se cede es el derecho de usufructo.

Esta disposición señala que el titular del derecho de usufructo puede disponer de él a favor de un tercero, a título oneroso o gratuito, esto es, recibiendo o no una contraprestación.

3.2.11 Artículo 1.759 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal y su inciso 3º establece que “*No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735*”.

Se entiende que la expresión “disponer” está tomada en el sentido que le da el artículo 582

arrendamiento de servicios. Pothier, Robert Joseph, *Tratado de los Contratos de Beneficencia*, Imprenta y Litografía de J. Roger editor, Barcelona, 1845 (traducción Sociedad de Amigos Colaboradores), cfr. p. 186. En el mismo sentido, Troplong sostiene que se entiende que en la base de este contrato se encuentra la amistad, y que ya para el derecho romano, llegó a ser esencialmente gratuito; a mayor abundamiento, la diferencia entre el mandato y el arrendamiento de servicios se encuentra en que aquél es gratuito y éste es oneroso. Troplong, M., *Le Droit Civil Expliqué Suivant L'Ordre du Code. Du Mandat, du Cautionnement et des Transactions ; Commentaire des Titres XIII, XIV et XV du Livre III du Code Civil*, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1846, cfr. pp. 45 – 72 (traducción libre). Con todo, Stitckin señala que tal opinión ha sido rechazada; en efecto, los contratos gratuitos constituirían una situación de excepción, razón por la cual necesitan de un texto legal expreso, el que debe interpretarse de manera estricta, lo que no ocurre en nuestro Código Civil. Stitckin Branover, op. cit., cfr. pp. 21 – 22. Existe una tercera opinión, sustentada en Chile por Alexis Mondaca, quien sostiene que, a partir de los artículos 2.117 y 2.158 N° 3 del Código Civil, no cabe derivar que el mandato sea naturalmente oneroso, sino que puede ser oneroso o gratuito, según lo hayan pactado las partes en virtud de su autonomía privada; en efecto, la obligación de pagar la remuneración pactada o usual solo surgiría en los casos de mandatos onerosos, pero no de los gratuitos. Mondaca Miranda, Alexis, “Evolución del Pensamiento de Andrés Bello sobre el Carácter Gratuito u Oneroso del Contrato de Mandato” en *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, N° XLI, 2019, pp. 317 – 340. Sin embargo, debemos advertir que esta opinión no resuelve el problema de determinar si el mandatario tiene o no derecho a remuneración en caso que las partes hayan guardado silencio.

⁵³ Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los Bienes. La Propiedad y Otros Derechos Reales*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2019, cfr. pp. 1.222 – 1.224.

⁵⁴ Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. De los Bienes, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, cfr. p. 173.

⁵⁵ Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 153.

⁵⁶ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 1.222.

⁵⁷ Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil*. Bienes, Thomson Reuters, Santiago, 2020, cfr. 484.

del mismo cuerpo legal, en cuanto disposición jurídica, esto es, como sinónimo de “enajenar”, es decir, hacer ajena la cosa al anterior propietario por un acto entre vivos⁵⁸.

En este caso, la limitación a la mujer comprende tanto bienes raíces como muebles, toda vez que el precepto no distingue⁵⁹.

Como consecuencia de esta disposición, la mujer que administra extraordinariamente necesita de autorización judicial para disponer entre vivos de bienes sociales, sea a través del contrato de donación o de una liberalidad no donatoria; la única excepción se encuentra en que no se requiere de tal autorización cuando se trata de una donación de poca monta, de manera que las liberalidades no donatorias, aunque sean de poca monta, no quedan comprendidas en la excepción.

3.2.12 Artículo 1.913 del Código Civil.

Esta disposición se sitúa a propósito de la cesión de derechos litigiosos. Su inciso primero establece que el deudor está obligado a pagar al cesionario el valor que éste haya pagado por el derecho cedido con los intereses desde la fecha de la notificación de la cesión al deudor. Por su parte, el inciso segundo agrega que *“Se exceptúan de la disposición de este artículo las cesiones enteramente gratuitas; las que se hagan por el ministerio de la justicia; y las que van comprendidas en la enajenación de una cosa de que el derecho litigioso forma una parte o accesión”*.

Si la cesión se ha efectuado a título gratuito, el cesionario carece de derecho de rescate⁶⁰. Esta solución resulta ser una consecuencia lógica de lo establecido en el inciso primero, porque si la cesión ha sido enteramente gratuita, es decir, si no ha habido contraprestación por parte del cesionario al cedente, el deudor nada debiera pagar al cesionario, toda vez que la medida del pago que el deudor debe hacer se encuentra en el pago que el cesionario hizo, a su turno, al cedente.

3.2.13 Artículo 1.747 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada dentro del título relativo a la sociedad conyugal, señala que *“En general, se debe recompensa a la sociedad por toda erogación gratuita y cuantiosa a favor de un tercero que no sea descendiente común”*.

Se trata de recompensas que adeudan los cónyuges a la sociedad conyugal⁶¹.

A partir de esta disposición se entiende que se excluyen las donaciones a terceros que son de poca monta y las donaciones hechas a un descendiente común en que conste que el cónyuge ha querido asumirla con sus bienes propios⁶².

Como es posible observar, este artículo habla de erogación gratuita y no de donación. En este sentido, cabe tener presente que, a falta de una definición legal de la palabra “erogación”, acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, el cual señala que esta palabra significa “acción y efecto de erogar”⁶³, mientras que erogar es “distribuir, repartir bienes o caudales”⁶⁴, por lo que este artículo da a entender que la disposición de un bien social a través de una liberalidad, sea una donación

⁵⁸ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 117.

⁵⁹ Aedo Barrera, Cristián; Mondaca Miranda, Alexis, “Régimen Económico del Matrimonio”, en Del Picó Rubio, Jorge (Director), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2016, pp. 241 – 417, cfr. p. 322.

⁶⁰ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9ª ed., 2007, T. I, cfr. p. 94.

⁶¹ Court Murasso, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia, Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*, op. cit., cfr. p. 188.

⁶² López Díaz, Carlos, *Tratado de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2017, cfr. p. 416.

⁶³ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=G2u1qVZ> [Última consulta: 13 de septiembre de 2019]

⁶⁴ Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=G2vqQZr> [Última consulta: 13 de septiembre de 2019]

o una liberalidad no donatoria, dará lugar a la recompensa.

3.2.14 Artículo 2.219 del Código Civil.

Esta disposición está situada a propósito del contrato de depósito y, particularmente, a propósito del depósito propiamente dicho.

El inciso 1º de esta disposición establece que *“El depósito propiamente dicho es gratuito”*, de lo que se desprende que el depositante no está obligado a hacer contraprestación alguna, de manera que el contrato solo cede a favor de él⁶⁵; a tal punto, que el inciso 2º de la disposición en comento agrega que *“Si se estipula remuneración por la simple custodia de una cosa, el depósito degenera en arrendamiento de servicio, y el que presta el servicio es responsable hasta de la culpa leve; pero bajo todo otro respecto está sujeto a las obligaciones del depositario y goza de los derechos de tal”*, lo cual se explica por cuanto, de estipularse que el depositante pague una remuneración, ello significa que tendría que hacer una contraprestación, por lo que el contrato de depósito dejaría de ser gratuito.

Con todo, se ha sostenido que el contrato de depósito solo es gratuito por regla general, pudiendo ser, excepcionalmente, oneroso, en dos casos: si el depositante autoriza al depositario para usar la cosa dada en depósito y cuando se trata de un depósito de dinero, también llamado irregular, pues, en este último caso, el depositario se obliga a restituir, junto con el capital, otra suma por concepto de intereses⁶⁶.

3.2.15 Artículo 1.732 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de la sociedad conyugal, prescribe, en su inciso 1º que *“Los inmuebles donados o asignados a cualquier otro título gratuito, se entenderán pertenecer exclusivamente al cónyuge donatario o asignatario; y no se atenderá a si las donaciones u otros actos gratuitos a favor de un cónyuge, han sido hechos por consideración al otro”*, agregando su inciso 2º que *“Si las cosas donadas o asignadas a cualquier otro título gratuito fueren muebles, se entenderán pertenecer a la sociedad, la que deberá al cónyuge donatario o asignatario la correspondiente recompensa”*.

Esta disposición permite sostener que, cuando uno de los cónyuges adquiere un bien inmueble en virtud de una donación o de cualquier otro título gratuito, dicho inmueble ingresa a su haber propio; mientras que, si se trata de un bien mueble, ingresará al haber relativo de la sociedad conyugal.

Dado que la disposición se refiere, por una parte, a bienes donados y, por otra, a bienes asignados a cualquier otro título gratuito, el código está reconociendo que la donación es solo un título de adquisición sin contraprestación, pero que pueden existir otras, que son las liberalidades no donatorias. Podría pensarse que la expresión “asignación” está referida a la adquisición mortis causa; sin embargo, ello no es así, toda vez que el artículo 953 del Código Civil hace referencia a las “asignaciones por causa de muerte”, lo que permite todavía afirmar que, además de las asignaciones por causa de muerte, puede haber asignaciones entre vivos, lo que ocurrirá cuando se haga una liberalidad no donatoria.

3.2.16 Artículo 1.792 – 7 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito del régimen de participación en los gananciales y, en particular, a propósito de la determinación del patrimonio originario.

⁶⁵ Orrego Acuña, Juan A., *Los Contratos Reales*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2015, cfr. p. 368.

⁶⁶ Ídem, cfr. p. 369.

El inciso segundo de este artículo dispone que *“Se agregarán al patrimonio originario las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen, deducidas las cargas con que estuvieren gravadas”*.

Es decir, para la determinación del patrimonio originario, una vez hecha la operación de que da cuenta el inciso primero de esta disposición, esto es, una vez descontado el total de obligaciones de que sea deudor el respectivo cónyuge al momento de iniciar el régimen del total de bienes de que sea titular, se debe agregar las adquisiciones a título gratuito efectuadas durante la vigencia del régimen de participación en los gananciales, deduciéndose las cargas con que estuvieren gravadas⁶⁷; en otras palabras, debe agregarse al patrimonio originario toda adquisición a título gratuito, sea que haya tenido lugar vía donación entre vivos o a través de una liberalidad no donatoria.

3.2.17 Artículo 2.278 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito del contrato de constitución de renta vitalicia. Su inciso 1º sostiene que *“Cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente, no hay contrato aleatorio”*, por lo que da a entender que se puede constituir por una persona a favor de otra que no contrae ninguna contraprestación.

En este sentido, explica Meza Barros que la renta vitalicia puede tener un origen no contractual, por ejemplo, cuando se constituye en virtud de un testamento. Por otro lado, puede constituirse en virtud de un contrato gratuito, por ejemplo, una donación o una liberalidad no donatoria. En tales casos no habrá contrato aleatorio⁶⁸.

Su inciso 2º agrega que *“Se sujetará por tanto a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables”*. Esta disposición también permite probar la hipótesis planteada, pues lo que ha dicho el legislador es que si se constituye una renta vitalicia gratuitamente, no hay contrato aleatorio, y se aplican las reglas de las donaciones, aunque no se haya constituido en virtud de un contrato de donación.

3.2.18 Artículo 2.303 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito del cuasicontrato del pago de lo no debido. Su inciso 1º establece que *“El que pagó lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída, por un tercero de buena fe, a título oneroso; pero tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo, se la restituya, si la especie es reivindicable y existe en su poder”*.

Si bien esta disposición no habla de gratuidad, la doctrina ha entendido que la expresión “título lucrativo” es sinónima de “título gratuito”, siendo indiferente la buena o mala fe del tercero adquirente: siempre estará obligado a restituir⁶⁹.

Como consecuencia de lo anterior, el tercero que adquirió de buena fe estará obligado a restituir, si la especie es reivindicable y existe en su poder, sea que la haya adquirido en virtud de un contrato de donación o de una liberalidad no donatoria.

⁶⁷ En este sentido, Pablo Rodríguez entiende que toda liberalidad hecha a los cónyuges durante la vigencia del régimen, al incorporarse al patrimonio originario, queda excluida de la participación en los gananciales de manera automática. Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, cfr. p. 249.

⁶⁸ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. II, 10ª ed., 1997, cfr. p. 238.

⁶⁹ Ídem, cfr. p. 338. En el mismo sentido, Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, T. IV, cfr. p. 408.

3.2.19 Artículo 2.468 del Código Civil.

Esta disposición reglamenta la denominada acción pauliana. Como sabemos, esta acción es aquella que concede la ley a los acreedores para obtener la revocación de los actos ejecutados o celebrados por el deudor en fraude de sus derechos⁷⁰.

Dentro de las reglas que establece para el ejercicio de esta acción revocatoria, su numeral segundo señala que *“Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores”*.

Esta disposición ha sido explicada señalándose que la ley no exige que el beneficiario de la liberalidad sea participe del fraude, sino que basta con la mala fe del deudor⁷¹. Su justificación se encuentra en que, habiendo varios intereses en juego, el legislador decide sacrificar el interés del tercero, pues, revocándose el acto fraudulento, dicho tercero no pierde, pues queda en igual situación en la que se encontraba antes del acto fraudulento⁷².

Entendemos que la referencia a los pactos de liberación a título gratuito comprende todo pacto por el cual el acreedor libera al deudor de su obligación sin tener que efectuar contraprestación alguna.

3.2.20 Artículo 2.174 del Código Civil.

Esta disposición, al definir el contrato de comodato o préstamo de uso, señala en su inciso primero que *“El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso”*.

La disposición en comento plantea que, en el contrato de comodato, una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, por lo que se ha sostenido que este contrato sería esencialmente gratuito, ya que solo reporta utilidad para el comodatario; de manera que si falta la gratuidad, el contrato degeneraría en un contrato distinto⁷³.

Al expresar que una parte entrega a la otra gratuitamente una especie, el código quiere significar que la parte que recibe la cosa no está obligada a hacer una contraprestación.

3.2.21 Artículo 1.133 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de los legados, establece que *“Las deudas confesadas en el testamento y de que por otra parte, no hubiere un principio de prueba por escrito, se tendrán por legados gratuitos, y estarán sujetos a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase”*.

De acuerdo con esta disposición, si se deja un legado como pago de una deuda y existe un principio de prueba por escrito, esto es, un antecedente que haga verosímil la existencia de la deuda,

⁷⁰ Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*. Obligaciones, Abeledo Perrot, Santiago, T. II, 2011, cfr. p. 165.

⁷¹ Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil*. De las Obligaciones, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 10ª edición, 2007, cfr. p. 155.

⁷² Abeliuk Manasevich, op., vol., et ed. cits., cfr. p. 913.

⁷³ Orrego Acuña, op. cit., cfr. p. 101. Agrega este autor que el comodato sería un contrato “desinteresado”, que serían aquellos en los que uno de los contratantes, movido por el deseo de prestar un servicio a otro, no se empobrece, pero no recibe nada a cambio del servicio que presta o se obliga a prestar, pero no sería un contrato gratuito propiamente tal, porque en éstos se exige que una de las partes se empobrezca, esto es, se produzca una merma patrimonial.

se estará frente a una deuda hereditaria confesada, que constituye una baja general de la herencia exenta del pago del impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones⁷⁴. Por el contrario, si no hay un principio de prueba por escrito respecto de dicha deuda, el legado se considerará como gratuito, es decir, sin que exista o haya existido una contraprestación o desembolso por el mismo y sin que exista una carga.

Como puede advertirse, el fundamento de esta disposición se encuentra en la intención del legislador de evitar instituirse asignaciones prohibidas, que tengan por objeto transmitir bienes a personas incapaces⁷⁵ o burlar las asignaciones forzosas⁷⁶ o a los acreedores⁷⁷.

Lo anterior tiene importancia, pues si el acreedor es considerado como legatario, queda afecto a las incapacidades para suceder contempladas en el artículo 1.061 de nuestro Código Civil; pero no le serían aplicables si fuese considerado como acreedor. Por otro lado, si el crédito del acreedor es considerado como legado, no constituye una baja general de la herencia, como si ocurriría si fuese considerado como crédito. Finalmente, si el crédito del acreedor es considerado como legado, queda afecto al pago del impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, lo que no ocurrirá si es que es considerado como un crédito propiamente tal⁷⁸.

3.2.22 Artículo 1.337 regla 10ª del Código Civil.

Esta disposición consagra el llamado derecho de adjudicación preferente del cónyuge sobreviviente. Como es sabido, este derecho consiste en que el cónyuge sobreviviente tiene derecho a que su cuota hereditaria se entere preferentemente con el inmueble que sea o haya sido la residencia principal de la familia y con los muebles que lo guarnecen.

Sin embargo, puede ocurrir que el valor de tales bienes sea superior a la cuota que corresponde al cónyuge sobreviviente. El inciso segundo de esta disposición señala que *“Si el valor total de dichos bienes excede la cuota hereditaria del cónyuge, éste podrá pedir que sobre las cosas que no le sean adjudicadas en propiedad, se constituya en su favor derechos de habitación y de uso, según la naturaleza de las cosas, con carácter de gratuitos y vitalicios”*.

El sentido de esta disposición se refiere a que los derechos de uso y habitación que se constituyan a favor del cónyuge sobreviviente, cuando el valor del inmueble que sea o haya sido la residencia principal de la familia y los muebles que lo guarnecen excedan del valor de su cuota hereditaria, sean gratuitos, significa que dicho cónyuge sobreviviente no debe realizar contraprestación alguna para que tales derechos sean constituidos a su favor. De lo anterior se desprende que el fundamento de esta figura se encuentra en la protección que debe darse al cónyuge sobreviviente del peligro a que puede verse expuesto si, como consecuencia de la partición, se ve privado de su hogar⁷⁹; se trata, en consecuencia, de que el cónyuge sobreviviente mantenga las condiciones materiales de vida que tenía hasta el fallecimiento de su marido o mujer⁸⁰.

⁷⁴ Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*. Thomson Reuters, Santiago, 2014, T. VI, cfr. p. 490.

⁷⁵ Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio*. De los Cinco Tipos de Sucesión en el Código Civil Chileno, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, V. I, 3ª ed., 2006, cfr. p. 221.

⁷⁶ Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 387.

⁷⁷ Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 91.

⁷⁸ Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 387.

⁷⁹ Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 843.

⁸⁰ Troncoso Larronde, Hernán, *Derecho Sucesorio*, Legal Publishing, Santiago, 6ª ed., 2009, cfr. p. 207.

3.2.23 Artículo 1.962 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito de la extinción del contrato de arrendamiento. En el sistema del Código, la regla general es que la extinción del derecho del arrendador trae como consecuencia la extinción del contrato de arrendamiento. Sin embargo, si la extinción del derecho del arrendador se produce como consecuencia de haber enajenado la cosa arrendada a un tercero, el contrato de arrendamiento puede subsistir, si el tercero está obligado a respetar dicho contrato.

El artículo en comento establece los casos en los que el tercero adquirente está obligado a respetar el contrato de arrendamiento (y consecuentemente no se produce la extinción de éste), es decir, se trata de los casos en los que el contrato de arrendamiento es oponible al nuevo dueño de la cosa arrendada⁸¹. El primer caso se refiere a “*Todo aquel a quien se transfiere el derecho del arrendador por un título lucrativo*”.

Si bien en este caso el código no habla de gratuidad, ha empleado la expresión “título lucrativo”, lo que se ha interpretado como sinónimo de “título gratuito”⁸², por lo tanto, toda persona que adquiera el bien arrendado, sea por acto entre vivos o por acto testamentario, sin tener que hacer una contraprestación en dinero, deberá respetar el contrato de arriendo que haya celebrado su antecesor en el derecho sobre el referido bien.

El fundamento de esta disposición estaría en que el heredero es el continuador de la persona del difunto; el legatario adquiere la cosa legada en el estado en que se encuentre y con las cargas que tenga, y – en el caso del donatario – sería ilógico que, habiendo recibido sin que el donante haya obtenido algo a cambio, éste tuviese que indemnizar al arrendatario por la extinción del contrato de arrendamiento⁸³. Esta regla es aplicable a todo tercero que adquiere en virtud de una liberalidad, sea que se trate de un contrato de donación entre vivos, de un legado o de una liberalidad no donatoria.

Cabe tener presente que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.438 CC, situado a propósito de la anticresis, son aplicables al acreedor anticrético los derechos que el artículo 1.962 CC establece a favor de los arrendatarios.

3.2.24 Artículo 1.749 inciso 4º del Código Civil.

Esta disposición, que se ubica a propósito de la administración ordinaria de la sociedad conyugal, establece que “*No podrá tampoco, sin dicha autorización, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales, salvo el caso del artículo 1735, (...)*”.

Según Ramos Pazos, esta disposición impide al marido hacer donaciones de bienes sociales sin autorización de su mujer⁸⁴. Esta restricción a las facultades del marido, como administrador ordinario de la sociedad conyugal, comprende tanto bienes muebles como bienes raíces sociales y solo contempla como excepción el caso en que se trata de donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social⁸⁵. En un sentido distinto, Aedo y Mondaca plantean que esta disposición solo se refiere a las donaciones de bienes muebles sociales, toda vez que la donación de los inmuebles se

⁸¹ Orrego Acuña, Juan A., *Contrato de Arrendamiento. Análisis Jurisprudencial*. Ley Nº 19.866, Editorial Metropolitana, 2003, cfr. p. 108.

⁸² En este sentido, ibídem; Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, op. cit., T. I, cfr. p. 113; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte Especial: De los Contratos Principales en Particular*, 3 vols., Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2ª ed., 2021, t. II, cfr. p. 493; Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, op. cit., cfr. p. 208.

⁸³ Vodanovic Haklicka, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 493.

⁸⁴ Ramos Pazos, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 227.

⁸⁵ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 113.

encuentra comprendida en la enajenación de bienes inmuebles sociales⁸⁶. Una opinión ecléctica plantea que la limitación, si bien alcanza tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, solo tiene relevancia respecto de los muebles, toda vez que la limitación para donar bienes inmuebles se encuentra establecida en el inciso anterior⁸⁷.

Con todo, conforme señala el inciso final de esta disposición, la voluntad de la mujer puede ser suplida por el juez en caso de impedimento o negativa injustificada de la mujer, salvo el caso en que la mujer se opusiera a la donación de bienes sociales, lo que se justifica por cuanto de la donación no puede resultar beneficio para la mujer⁸⁸.

De conformidad con lo expresado, esta disposición exige que la mujer autorice al marido a disponer de los bienes sociales a título gratuito, esto es, a través de la donación o de otra forma de liberalidad no donatoria; sin embargo, lo interesante resulta en que su inciso final niega que la autorización de la mujer pueda ser suplida por el juez solo en caso de donación de bienes sociales, por lo que tal negativa sí podría ser suplida por el juez en el caso que el marido quisiera disponer de bienes sociales recurriendo a una liberalidad no donatoria.

3.2.25 Artículo 1.792 – 10 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito del régimen de participación en los gananciales y establece que *“Los cónyuges son comuneros, según las reglas generales, de los bienes adquiridos en conjunto, a título oneroso. Si la adquisición ha sido a título gratuito por ambos cónyuges, los derechos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios, en la proporción que establezca el título respectivo, o en partes iguales, si el título nada dijere al respecto”*.

Se entiende que esta disposición es una aplicación del artículo 1.792 – 7 CC, toda vez que, si la adquisición se hace a título gratuito por ambos cónyuges, resulta lógico que la cuota que corresponde a cada uno se incorpore a su patrimonio originario. En este caso, se forma una comunidad a título gratuito, de manera que los derechos de cada cónyuge se agregan al patrimonio originario en la proporción que establezca el título respectivo, o bien, en partes iguales si el título nada dice al respecto⁸⁹.

Sin embargo, Rodríguez advierte que, si ése fuese el sentido de la disposición, estaría de más, por lo que tiende a pensar que se trató de una opción tomada deliberadamente por el legislador, el cual, debiendo optar entre aplicar las reglas de la comunidad o las reglas del sistema de participación, optó por las primeras, es decir, hizo prevalecer las reglas de la copropiedad⁹⁰.

Debido a lo anterior, la utilidad de la disposición puede resultar discutible. De ahí que Hernán Corral plantee que la interpretación que puede resultar más adecuada al espíritu del legislador consiste en distinguir dos situaciones: durante la vigencia del régimen, las comunidades entre los cónyuges, sea que se hayan formado por adquisiciones a título oneroso o gratuito, se rigen por las reglas generales en materia de comunidad; en cambio, cuando debe procederse a la determinación de los gananciales, hay que distinguir si la adquisición se hizo a título oneroso o gratuito; si se hizo a título oneroso, incrementarán sus respectivos patrimonios finales en la proporción que corresponda a cada cónyuge; en cambio, si se hizo a título gratuito, incrementarán sus respectivos patrimonios iniciales,

⁸⁶ Aedo Barrera; Mondaca Miranda, op. cit., cfr. p. 312.

⁸⁷ Court Murasso, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*, op. cit., cfr. p. 159.

⁸⁸ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 115.

⁸⁹ Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en Familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, cfr. p. 356.

⁹⁰ Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 252.

en la proporción que corresponda a cada cónyuge⁹¹.

La interpretación a que se ha aludido precedentemente no soluciona todos los problemas. En efecto, cabe preguntarse si las adquisiciones a título gratuito a que se refiere esta disposición comprende o no las adquisiciones *mortis causa*, toda vez que pareciera ser que este artículo solo se está refiriendo a las adquisiciones por acto entre vivos, ya que señala que los derechos se dividirán en la forma señalada en el título y, si éste nada dice, en partes iguales; esta disposición no podría aplicarse a las adquisiciones *mortis causa*, porque no hay un título que determine la forma de dividir los derechos y, habiendo testamento, éste solo lo podría hacer parcialmente. Este problema podría resolverse, forzando el texto legal, sosteniendo que el título es la ley, pero, en tal caso, nunca podría plantearse la segunda hipótesis, salvo en aquella parte en que el causante ha podido disponer libremente, pero se presenta la dificultad de que la voluntad del testador estaría siendo interferida por una regla ajena al derecho sucesorio. Para salvar la interpretación de esta disposición, podría aplicarse el inciso final del artículo 1.098 de nuestro Código Civil⁹².

Un segundo problema que se presenta con la interpretación aludida se plantea a propósito de la naturaleza de la comunidad. En efecto, la comunidad puede recaer sobre una cosa singular o universal y, conforme lo ha señalado la doctrina mayoritaria en nuestro país, solo en el primer caso se plantea la comunicabilidad entre los derechos de los comuneros y los bienes que forman la comunidad. En cambio, si la comunidad recae sobre una universalidad jurídica, como es el caso de la herencia, los herederos tienen un derecho indeterminado, no pudiendo aplicarse la disposición, que solo estaría regulando el caso de comunidades sobre cosas singulares⁹³.

No corresponde entrar en esta discusión, pues excede del propósito de la presente investigación. En lo que a ella concierne, cuando los cónyuges adquieran en conjunto un bien a título gratuito, esto es, en virtud de donación irrevocable o de una liberalidad no donatoria, los derechos respectivos se agregarán a los respectivos patrimonios originarios en la proporción a que se refiere la disposición.

3.2.26 Artículo 1.440 del Código Civil.

Como es sabido, esta disposición distingue entre contratos gratuitos y onerosos, señalando que “*el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro*”.

3.2.26.1 Antecedentes del artículo 1.440 del Código Civil.

Alejandro Guzmán⁹⁴ y Francisca Leitao⁹⁵ entienden que la distinción entre contratos onerosos y gratuitos recogida por el artículo 1.440 del Código Civil chileno comienza en el iusnaturalismo racionalista. En este sentido, don Andrés Bello habría seguido a Pothier, quien distingue entre contratos interesados u onerosos, contratos de beneficencia y contratos mixtos; los primeros son los

⁹¹ Corral Talciani, Hernán, *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2011, cfr. pp. 140 – 141.

⁹² Aedo Barrera; Mondaca Miranda, op. cit., cfr. pp. 390 – 391.

⁹³ Ídem, cfr. p. 391.

⁹⁴ Guzmán Brito, Alejandro, *Acto, Negocio, Contrato y Causa en la Tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*. Aranzandi, Navarra, 2005, cfr. p. 349.

⁹⁵ Leitao Álvarez – Salamanca, Francisca, “Los Conceptos de Onerosidad y Gratuidad en el Código Civil Chileno”. En *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2º semestre 2015, pp. 85 – 98, cfr. p. 88.

que se hacen por el interés y utilidad recíprocos de ambos contratantes, los segundos se hacen para la utilidad de solo uno de los contratantes, y en los terceros, el contratante que confiere un beneficio al otro exige a este último alguna cosa que está por debajo del valor de lo que ella le ha dado⁹⁶.

Como explica Francisca Leitao, el texto del artículo 1.440 de nuestro Código Civil no ha experimentado grandes variaciones desde los distintos proyectos del mismo⁹⁷.

Por otro lado, Guzmán sostiene que don Andrés Bello no transcribió textualmente las definiciones que, a este respecto, proporciona el Código Civil francés de 1804^{98 - 99}, sino que, si bien lo tuvo en consideración, también tuvo a la vista los códigos de Luisiana, Cerdeña, Reino de las Dos Sicilias, prusiano y austriaco¹⁰⁰. Con todo, finalmente, habría seguido a Delvincourt¹⁰¹, quien entiende por contrato a título gratuito o de beneficencia aquél que solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes contratantes, y por contrato a título oneroso o interesado de ambas partes aquél que tiene lugar para el interés y la utilidad recíproca de las partes¹⁰².

3.2.26.2 El criterio de clasificación de esta disposición.

El hecho que nuestro legislador no haya copiado las definiciones de su modelo habitual, el Código Civil francés, ha llevado a que el criterio de clasificación entre los contratos onerosos y gratuitos no haya quedado claro en nuestro Código Civil. En efecto, del artículo 1.107 del *Code*¹⁰³, después de la reforma introducida por la Ordenanza de 2016¹⁰⁴, resulta claro que el criterio que permite clasificar a un contrato en oneroso o gratuito es la utilidad que reporta para las partes.

Como explica Francisca Leitao, en nuestro país, esta clasificación de los contratos no resulta simple, pues la doctrina no está conteste en el interés que se exige para poder calificar a un contrato de oneroso o gratuito, pudiendo identificar diversas opiniones¹⁰⁵.

⁹⁶ Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*, traducción de M. C. de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993, cfr. p. 19.

⁹⁷ Leitao Álvarez – Salamanca, op. cit., cfr. p. 88.

⁹⁸ Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios de Historia Dogmática y Sistemática sobre el Código Civil Chileno – Colombiano*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009, cfr. p. 268.

⁹⁹ El artículo 1.105 del Code, antes de la reforma del año 2016, señalaba que “El contrato de beneficencia es aquél en que una de las partes procura a la otra una ventaja puramente gratuita”, disposición que había sido criticada por su formulación tautológica, toda vez que un acto de beneficencia es, efectivamente, puramente gratuito. Nicod, Marc, « De la Libéralité selon le Code Civil ». En *Leçons du Droit Civil. Mélanges en l'Honneur de François Chabas*. Bruylant, Bruxelles, 2011, pp. 709 – 719, cfr. p. 709 (traducción libre). Cabe tener presente que esta disposición fue modificada por la reforma del año 2016; en la actualidad, es el artículo 1.107 inciso 2º del Code el que define al contrato gratuito como aquél en que una de las partes procura a la otra una ventaja, sin esperar ni recibir contraprestación.

¹⁰⁰ Leitao Álvarez – Salamanca, op. cit., cfr. pp. 88 – 89.

¹⁰¹ Leitao Álvarez – Salamanca, op. cit., cfr. p. 90.

¹⁰² Delvincourt, Claude - Étienne, *Cours de Code Civil*, L’Imprimerie de Lebégue, Paris, 1819, T. II, cfr. p. 114 (traducción libre).

¹⁰³ Art. 1.107 *Code civil français* : « Le contrat est à titre onéreux lorsque chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure.

Il est à titre gratuit lorsque l'une des parties procure à l'autre un avantage sans attendre ni recevoir de contrepartie ».

¹⁰⁴ Antes de dicha reforma, las definiciones se encontraban en los artículos 1.105 y 1.106 del Code. La primera de dichas disposiciones señalaba que «*Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit* ». La segunda de estas disposiciones establecía que «*Le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose* ».

¹⁰⁵ Leitao Álvarez – Salamanca, op. cit., cfr. p. 93.

Por una parte, autores como Abeliuk¹⁰⁶ y Figueroa¹⁰⁷ sostienen que la utilidad a que se refiere esta disposición puede ser de cualquier tipo, esto es, material o moral. Este criterio puede resultar cuestionable, toda vez que – de sostener que la utilidad a que se refiere esta disposición puede ser extrapatrimonial – podría llegar a considerarse a la donación entre vivos como un contrato oneroso, al reportar al donante un beneficio moral, por ejemplo, sentirse bien o sentirse una buena persona.

Otros, como López y Elorriaga, entienden que el criterio que permite distinguir entre contratos onerosos y gratuitos es un criterio estrictamente económico: es necesario determinar si el contrato resulta útil o provechoso para una o para ambas partes¹⁰⁸. En la misma línea, Alejandro Guzmán propone, como criterio para distinguir la gratuidad de la onerosidad, la existencia de un elemento objetivo como es el precio¹⁰⁹ o, en un sentido más amplio, que las prestaciones sean avaluables en dinero.

En cambio, Díez Duarte sostiene que el criterio de distinción es de naturaleza subjetiva¹¹⁰. En un sentido distinto, Troncoso y Álvarez plantean que, además de la utilidad y de la intención de las partes, debe considerarse las relaciones preexistentes o futuras entre ellas^{111 - 112}.

Por su parte, Alessandri sugiere que el criterio de clasificación, más que centrarlo en el beneficio, debe centrarse en el sacrificio; en consecuencia, el criterio que permite distinguir entre contratos onerosos y gratuitos es que en los primeros existe un sacrificio recíproco para las partes y en los segundos solo existe sacrificio para una de ellas¹¹³.

Por las razones antedichas, estimamos que el criterio que permite distinguir entre contratos onerosos y gratuitos corresponde al número de partes que hace una prestación o sacrificio, de manera que el contrato será oneroso cuando ambas partes se sacrifiquen recíprocamente, mientras que será gratuito cuando solo una parte realiza un sacrificio. Además, estimamos que ese sacrificio debe ser avaluable en dinero (y por tanto se aplica tanto a prestaciones de dar, como a las de hacer y no hacer); que solo debe considerarse las prestaciones principales de las obligaciones contractuales,

¹⁰⁶ Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*. Thomson Reuters, Santiago, 6ª ed., 2014, T. I, cfr. p. 87.

¹⁰⁷ Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones. La Declaración Unilateral de la Voluntad. La Teoría General del Contrato*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, T. III, cfr. p. 112.

¹⁰⁸ López Santa María, Jorge; Elorriaga De Bonis, Fabián, *Los Contratos*. Parte General, Thomson Reuters, Santiago, 6ª ed., 2017, cfr. pp. 99 – 100.

¹⁰⁹ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, op. cit., cfr. p. 41.

¹¹⁰ Díez Duarte, Raúl, *El Contrato. Estructura Civil y Procesal*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994, cfr. p. 175.

¹¹¹ Troncoso Larronde, Hernán; Álvarez Cid, Carlos, *Contratos*, Abeledo Perrot, Santiago, 5ª ed., 2010, cfr. p. 18.

¹¹² Esta discusión también se ha planteado en Francia, ya que hay autores que han planteado que el criterio para distinguir entre título gratuito y onerosos es de carácter objetivo: el empobrecimiento de una parte y el enriquecimiento correlativo de la otra; sin embargo, se ha criticado que el solo criterio objetivo sea suficiente, pues, de ser así, debiera concluirse que una venta que adolece de lesión enorme, sería un acto gratuito, siendo que no lo es, pues falta la intención liberal. Por otro lado, hay quienes han sostenido que el criterio que permite distinguir entre título oneroso y gratuito es de carácter subjetivo: la intención liberal, esto es, la intención de gratificar al beneficiario de la liberalidad; sin embargo, este criterio también resulta ser insuficiente, pues puede ocurrir que las cargas que gravan una liberalidad excedan del valor de ésta y, en tal caso, la calificación de acto a título gratuito debe ser descartada, incluso si la intención de su autor es liberal. En consecuencia, se ha planteado que, en rigor, el criterio de clasificación es doble: por una parte, objetivo y, por otra, subjetivo; solo la concurrencia de ambos elementos permite configurar la distinción entre título oneroso y gratuito. Terré, François; Lequette, Yves; Gaudemet, Sophie, *Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*. Dalloz, Paris, 4ª ed., 2014, cfr. pp. 252 – 255 (traducción libre).

¹¹³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los Contratos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015, cfr. p. 22.

prescindiendo, para estos efectos, de los deberes secundarios u obligaciones funcionales, y que es indiferente si el sacrificio o prestación es para la otra parte o para un tercero.

3.3 Las distintas clases de gratuidad en el Código Civil chileno y el aporte del derecho extranjero.

Conforme hemos señalado, lo que caracteriza a la gratuidad es la ausencia de contraprestación. Por tanto, dentro de esta noción es posible identificar diversas clases de actos gratuitos.

Álvaro D'Ors plantea que, en el derecho romano, se distingue entre actos lucrativos y actos gratuitos. La lucratividad supone una adquisición definitiva, puede producirse también por la renuncia abdicativa de un derecho o por un comportamiento de hecho (da como ejemplos el caso de quien deja de usar una servidumbre para que se extinga por su no uso o de quien siembra en fundo ajeno sin pretender una indemnización). La noción de lucro debe distinguirse de la noción de ventaja económica, en la que se puede incluir al mutuo sin interés, la venta o arrendamiento a bajo precio, el evitar un gasto previsible, etc.¹¹⁴

Por su parte, en Francia, Marc Nicod plantea que, dado que la noción de gratuidad es más amplia que la de liberalidad, dentro de los actos jurídicos gratuitos, tradicionalmente se distinguen dos grandes grupos: las liberalidades y los contratos de servicios gratuitos. Dentro de las primeras encontramos las donaciones entre vivos, los legados y algunas instituciones contractuales. En cambio, dentro de los segundos, está el préstamo de consumo, el préstamo de uso, el mandato y el depósito¹¹⁵.

Estimamos que estas mismas nociones resultan aplicables en Chile. En efecto, como lo hemos visto, lo que caracteriza a la gratuidad es simplemente la falta de contraprestación. Sin embargo, estaremos frente a una liberalidad en la medida en que la parte que debe efectuar un desembolso se empobrezca patrimonialmente, mientras su contraparte o un tercero resulta enriquecido, independientemente de si ese empobrecimiento y enriquecimiento corresponden o no a un desplazamiento patrimonial. Solamente si estamos frente a un desplazamiento patrimonial podemos hablar de donación entre vivos. De esta manera, la noción de gratuidad sería la más amplia, pues corresponde a la obtención de un beneficio, sin que sea necesario realizar una contraprestación, de manera que es posible estar frente a un acto gratuito, como el comodato, en el que el comodatario no debe realizar contraprestación alguna, pero sin que exista un enriquecimiento ni un empobrecimiento, en el sentido que los patrimonios de ambas partes se mantienen intactos; en cambio, en la liberalidad, que es un caso de gratuidad, tampoco existe la necesidad de hacer una contraprestación, pero sí existe un enriquecimiento o un empobrecimiento, en el sentido que el patrimonio de alguna de las partes se ve incrementado o disminuido, pero en la que no necesariamente habrá un desplazamiento patrimonial, es decir, no necesariamente implicará la transferencia de un bien o derecho y, finalmente, la donación entre vivos es un tipo de liberalidad en la que, por cierto, no existe la necesidad de hacer una contraprestación, pero, además, hay un desplazamiento patrimonial, en el sentido que existe una transferencia de un bien o derecho desde el patrimonio del donante hacia el patrimonio del donatario.

Lo anterior se ve corroborado con la variedad de casos en los que el legislador emplea la expresión "gratuidad"; en algunos de ellos, para referirse a actos jurídicos que se caracterizan por una ausencia de contraprestación (por ejemplo, en los artículos 551 – 1, 1.440, 2.117, 2.174 y 2.219 del Código Civil) ; en otros, para mencionar hipótesis de liberalidades no donatorias, en el sentido en que han sido entendidas en el presente trabajo (por ejemplo, en los artículos 556, 793, 1.749, 1.759 y 1.792 – 7 del Código Civil) y, finalmente, en otros, para señalar casos de donaciones irrevocables, en

¹¹⁴ D'Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Barañáin, 9ª ed., 1997, cfr. p. 394.

¹¹⁵ Nicod, « Les Libéralités Ordinaires : Les Donations », op. cit., cfr. p. 806 (traducción libre).

el sentido estricto establecido en el artículo. 1.386 del Código Civil (por ejemplo, en el artículo 1.962 del mismo cuerpo legal).

4. La noción de liberalidad y sus diferencias con el contrato de donación entre vivos

4.1 La liberalidad como forma de gratuidad.

Para Alejandro Guzmán, la expresión liberalidad encuentra su origen en el derecho romano, definiéndola como “toda atribución patrimonial no debida, gratuita y lucrativa”¹¹⁶. La expresión “atribución patrimonial” significa una adquisición o retención definitiva de una cosa, un derecho o un valor pecuniario por una persona que se beneficia con la liberalidad, en correlación directa con la pérdida de lo que tenía o podía exigir el que la hace¹¹⁷. La expresión “no debida” significa “libre”, esto es que depende completamente de su autor conferirla o no, sin que medie una obligación jurídica previa de hacerlo¹¹⁸. La expresión “gratuita” significa ausencia de una contra atribución patrimonial, incluyendo cualquiera prestación real o comprometida que pueda funcionar como correlativa a la atribución que constituye la liberalidad, es decir, la atribución patrimonial no es un precio ni algo que se hace por un precio¹¹⁹. Finalmente, la expresión “lucrativa” significa que el beneficiario de la liberalidad consigue la atribución patrimonial en forma definitiva, sin estar sujeto a restitución¹²⁰.

En España, Carlos Rogel ha sostenido que la expresión que se suele usar es la de “liberalidades”, en plural, pues tal expresión incluye un conjunto de actos, de distinta naturaleza y carente de confines determinados, idóneos para lograr, como resultado, una atribución desinteresada a favor de un beneficiario; se trataría de actos de distinta naturaleza, toda vez que hay casos en los que se da un empobrecimiento y otros en que no (por ejemplo, en los legados); además, hay casos en los que puede concurrir un espíritu de liberalidad y otros en los que no (por ejemplo, en las liberalidades impuestas por los usos y hechas, incluso, a regañadientes)¹²¹.

En Italia, Iacovino, Tavassi y Cassandro entienden que la noción de liberalidad expresa y contiene la idea de libertad, espontaneidad y ausencia de cualquier tipo de coacción. El acto de liberalidad es esencialmente calificado por el *animus donandi* que, con la atribución gratuita, concurre a formar la causa de la liberalidad (sería el espíritu de liberalidad, entonces, lo que distingue a la liberalidad de todos los demás actos a título gratuito, que tienen en común con éste el dato objetivo de la ausencia de contraprestación)¹²².

Como adelantamos, en Francia, Beignier y Torricelli - Chrifi, a partir de la definición de liberalidad que proporciona el artículo 893 del *Code*, entienden que es un acto jurídico voluntario que se compone de un elemento material o criterio objetivo, económico, y de un elemento intencional o criterio intencional, subjetivo¹²³. Malaurie y Brenner agregan que está sujeta a un formalismo¹²⁴.

El elemento material o criterio objetivo corresponde al empobrecimiento del disponente y al enriquecimiento del beneficiario, esto significa que el disponente se despoja de un bien o de un

¹¹⁶ Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, 2 vols., Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2013, t. II, cfr. p. 653.

¹¹⁷ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 654.

¹¹⁸ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 654.

¹¹⁹ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 655.

¹²⁰ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 655.

¹²¹ Rogel Vide, Carlos, *Las Liberalidades de Uso*, Editorial Reus, Madrid, 2011, cfr. pp. 15 – 16.

¹²² Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 102 (traducción libre).

¹²³ Beignier ; Torricelli - Chrifi, op. cit., cfr. p. 39 (traducción libre).

¹²⁴ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 185 (traducción libre).

derecho a beneficio del gratificado, sin recibir de él una contraprestación; mientras que el elemento intencional o criterio subjetivo corresponde a la intención liberal. La actual redacción del artículo 893 del *Code*, después de la reforma de 23 de junio de 2006, prescinde de un criterio formal^{125 - 126}.

Esta forma en que el *Code* ha recogido una noción unitaria de liberalidad, permite dar luz a un derecho común de los actos de alienación a título gratuito¹²⁷.

En Chile, entendemos que es perfectamente aplicable la noción de liberalidad que nos proporciona Alejandro Guzmán, por lo que la liberalidad sería una especie de gratuidad, toda vez que entiende que no tiene cabida una contraprestación, pero exige una atribución patrimonial, de manera que ciertos actos gratuitos, como el comodato o el depósito quedarían excluidos de esta noción. En efecto, si bien en el comodato o en el depósito solo se beneficia una parte – el comodatario o el depositante – no pueden ser considerados como liberalidades, porque no existe una atribución patrimonial; así, el beneficio del comodatario consiste en poder usar de una cosa ajena sin tener que realizar una contraprestación o desembolso, pero no hay una atribución patrimonial por cuanto su patrimonio no se incrementa en virtud de este contrato, toda vez que – dado que se trata de un título de mera tenencia – reconoce dominio ajeno y contrae la obligación de restituir; algo similar ocurre con el depositante, cuyo beneficio consiste en que el depositario cuidará de una cosa que pertenece a aquél sin tener que realizar una contraprestación, pero no hay atribución patrimonial, por cuanto el patrimonio del depositante no se verá incrementado. Como se examinará a continuación, esta noción de liberalidad es perfectamente aplicable a nuestro Código Civil y compatible con sus disposiciones.

4.2 Disposiciones del Código Civil que hacen referencia a la liberalidad.

Tal como se hizo en el acápite precedente, al formular la referencia a la gratuidad, en este punto interesa revisar las disposiciones de nuestro Código Civil que aluden a la liberalidad, no solo para demostrar que son compatibles con la noción de liberalidad que se propone en el presente trabajo, sino también para extraer argumentos que permiten demostrar la hipótesis del mismo.

4.2.1 Artículo 1.467 del Código Civil.

Esta disposición, al referirse al tema de la causa, establece, en su inciso primero, que “*la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente*”.

Como sabemos, esta disposición reglamenta la causa. También es sabido que, en nuestro país, la doctrina ha discutido qué es lo que requiere de causa (la obligación o el acto jurídico) y qué noción de causa fue la que recogió nuestro Código Civil.

En efecto, autores como Alessandri y Somarriva sostienen que la causa es un requisito o presupuesto del acto jurídico¹²⁸.

¹²⁵ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 251 – 252 (traducción libre).

¹²⁶ Antes de la reforma del año 2006, el artículo 893 del *Code* establecía que una persona podía disponer a título gratuito, solo bajo las formas de la donación o del testamento, por lo que se consideraba que la forma era importante a la hora de configurar una liberalidad. Dicha reforma incorporó un inciso 1° a esta disposición, agregando una definición de liberalidad. La actual redacción del *Code* prescinde de esta exigencia de forma, lo que ha permitido deslindar las figuras de la liberalidad y de la donación, de manera que habrá liberalidades que no se sujeten a la forma de la donación, como ocurre, por ejemplo, con la donación indirecta.

¹²⁷ Nicod, Marc, « De la Libéralité selon le Code Civil », op. cit., cfr. p. 712 (traducción libre).

¹²⁸ Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, 2 vols., Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 8ª ed., t. II, 2015, cfr. p. 291.

Otros, como Víctor Vial, plantean una teoría dualista de la causa, señalando que el Código Civil consagró implícitamente la causa del acto o contrato, que es el motivo que induce a su celebración, y la causa de la obligación, aplicando a ésta los postulados de la teoría clásica¹²⁹.

Finalmente, hay autores como José Rivera, señalan que el Código Civil habría adoptado una teoría unitaria de la causa, en la que la causa es un requisito del contrato y de la obligación; en este sentido, la causa permite tutelar el interés individual de las partes, apareciendo con una faceta objetiva en la fase de la obligación y que se traduce en el requisito de la realidad de la causa, y también permite tutelar el interés de la sociedad, que se manifiesta en el requisito de la licitud de la causa y que se traduce en la causa subjetiva que el ordenamiento jurídico exige a cada contrato¹³⁰.

Sin perjuicio de dicha discusión, que excede el propósito de la presente investigación, la expresión en comento ha servido para justificar que don Andrés Bello habría consagrado la noción de causa empleada por la teoría clásica¹³¹.

Con todo, se puede constatar en la doctrina nacional que, si bien se alude a la noción de liberalidad al examinar el tema de la causa, no se sugiere una definición de liberalidad, se tiende a confundir la noción de liberalidad con la de intención liberal o se hacen ambas cosas (no se da una definición de liberalidad y, además, esta noción se confunde con la de intención liberal). En efecto, al explicar la teoría clásica de la causa, hay autores que se limitan a señalar que en los contratos gratuitos la causa se encuentra en la liberalidad que una de las partes desea hacer a la otra¹³² o en la simple liberalidad¹³³; otros explican que la liberalidad es la razón o propósito dominante que ha llevado al autor del acto gratuito a consentir en él¹³⁴, que la causa es el deseo de beneficiar a otro¹³⁵, la intención liberal o el espíritu de beneficencia¹³⁶, el interés de beneficiar a su contraparte¹³⁷, la intención liberal o el propósito de hacer una liberalidad¹³⁸, el espíritu, pensamiento o propósito de hacer una liberalidad¹³⁹, el solo ánimo de hacer la liberalidad¹⁴⁰, equiparando la noción de liberalidad a la de intención liberal o *animus donandi*; mientras que otros sostienen que la causa se encuentra en la pura liberalidad, la intención o el propósito de hacer una liberalidad¹⁴¹.

4.2.2 Artículo 1.653 CC.

Esta disposición, ubicada a propósito de la remisión, señala que “*La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de*

¹²⁹ Vial del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 2004, cfr. pp. 204 – 205.

¹³⁰ Rivera Restrepo, José, *La Causa en el Derecho Chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2012, cfr. p. 168.

¹³¹ Domínguez Águila, *Teoría General del Negocio Jurídico*, op. cit., cfr. p. 280.

¹³² Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 600. En un sentido similar, Ducci se limita a señalar que en los contratos gratuitos la causa es la liberalidad. Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 2010, cfr. p. 308.

¹³³ Barcia Lehmann, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Del Acto Jurídico, op. cit., cfr. p. 95.

¹³⁴ Rivera Restrepo, op. cit., cfr. p. 52.

¹³⁵ Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil*. Parte General y Acto Jurídico, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, t., I, cfr. p. 424.

¹³⁶ Alessandri et al., *Tratado de Derecho Civil*. Partes Preliminar y General, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 287.

¹³⁷ Figueroa Yáñez, *Curso de Derecho Civil*. Teoría de los Actos Jurídicos, op. cit., cfr. p. 174.

¹³⁸ Vial Del Río, op. cit., cfr. p. 194.

¹³⁹ Pescio Vargas, op. cit., cfr. p. 132. Agrega que se trata del propósito de procurar al donatario una ventaja gratuita, con lo cual pareciera ser que solo está aludiendo al contrato de donación entre vivos, excluyendo todo caso de liberalidad no donatoria.

¹⁴⁰ Domínguez Águila, *Teoría General del Negocio Jurídico*, op. cit., cfr. p. 270.

¹⁴¹ Court Murasso, *Curso de Derecho Civil*. Teoría General del Acto Jurídico, op. cit., cfr. p. 69.

insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita”.

Meza Barros entiende que la remisión es “la renuncia gratuita que hace el acreedor en favor del deudor del derecho de exigir el pago de su crédito”^{142 - 143}. Esto tiene relevancia, por cuanto si la naturaleza jurídica de la remisión es una renuncia, resulta claro que no es un caso de donación, sino que de una liberalidad no donatoria¹⁴⁴.

Por su parte, René Ramos Pazos plantea que se trata de una convención que consiste en el perdón que de la deuda le hace el acreedor a su deudor. Entiende que no se trata de un acto de renuncia, pues ésta es unilateral, mientras que la remisión necesita de la voluntad del deudor¹⁴⁵.

A nuestro juicio, esta disposición no dice que la remisión que procede de mera liberalidad sea una donación irrevocable, sino que lo que está señalando es que tal remisión se sujeta a las reglas del contrato de donación entre vivos, y es correcto que así sea, pues la remisión que procede de mera liberalidad no es una donación irrevocable, pues no hay un desplazamiento patrimonial, por lo que era necesario que el legislador expresamente hiciera aplicables las reglas de la donación entre vivos a esta clase de remisión de deudas.

4.3 La noción de liberalidad y sus requisitos en el Código Civil chileno, y la contribución del derecho extranjero.

Conforme se ha examinado, el Código Civil chileno no contiene una definición de liberalidad ni señala cuáles son sus requisitos. Solo encontramos dos disposiciones que contemplan dicha expresión, pero nada más indican.

La doctrina nacional no ha analizado con profundidad esta noción. Merino propone una definición de liberalidad, señalando que se trata de toda acción que se realiza en forma consciente destinada a beneficiar económicamente a un tercero¹⁴⁶. Por su parte, José Miguel Lecaros sostiene que la liberalidad, entendida como el motivo de la donación, es el ánimo bondadoso, generoso o desinteresado de beneficiar a una persona¹⁴⁷. Sin embargo, ninguno de los dos explica cómo se construye esa noción de liberalidad; solamente Merino sostiene que dicha noción comprende dos elementos: un provecho o enriquecimiento del gratificado y la intención liberal del exponente¹⁴⁸.

Como consecuencia de lo anterior, para configurar la noción de liberalidad, se examinará, por una parte, lo que señala el Diccionario de la Real Academia Española, conforme lo autoriza el artículo 19 del Código Civil y lo que ha sostenido la doctrina francesa, pues, como sabemos, el artículo 1.467

¹⁴² Meza Barros, *Manual de Derecho Civil*. De las Fuentes de las Obligaciones, op. cit., T. I, cfr. p. 211.

¹⁴³ Resulta extraño que Hernán Troncoso también defina a la remisión como una renuncia, pero que, acto seguido, señale que se trata de una convención, pues la renuncia, conforme veremos, es un acto jurídico unilateral. Troncoso Larronde, Hernán, *De las Obligaciones*, Thomson Reuters, Santiago, 7ª ed., 2011, cfr. p. 291. En un sentido similar, Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Obligaciones, op. cit., cfr. p. 437; Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1988, cfr. p. 441. Abeliuk reconoce que se trata de una renuncia, pero la califica de particular: requiere del consentimiento del deudor beneficiario. Abeliuk Manasevich, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 1.371.

¹⁴⁴ Vid. infra. 5.5.

¹⁴⁵ Ramos Pazos, René, *De las Obligaciones*, Legal Publishing, Santiago, 3ª ed., 2008, cfr. pp. 430 – 432.

¹⁴⁶ Merino Scheihing, Francisco, *Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil*. Donaciones entre Vivos (Arts. 1386 – 1436), Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1968, cfr. p. 7.

¹⁴⁷ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 46.

¹⁴⁸ Merino Scheihing, op. cit., cfr. p. 7.

del Código Civil chileno, una de las disposiciones que contempla la expresión “liberalidad”, ha tomado dicha expresión a partir de la doctrina francesa¹⁴⁹.

A partir de lo anterior, conforme hemos ido desarrollando, para estar frente a un acto de liberalidad en nuestro país, es necesario estar frente a un acto gratuito, que sea un acto de alienación y que exista la intención liberal.

4.3.1 Acto gratuito.

Como ya lo hemos adelantado, la liberalidad es una especie de acto gratuito y, por lo mismo, exige de una ausencia de contraprestación. La persona que realiza un acto de liberalidad no lo hace porque vaya a recibir algo a cambio.

4.3.2 Acto de alienación o de disposición.

En Francia, Beignier y Torricelli – Chrifi señalan que, para estar frente a un acto de liberalidad, se necesita de un empobrecimiento y de un enriquecimiento, es decir, se requiere del empobrecimiento del disponente y de un enriquecimiento correlativo del beneficiario, que resulta de la transferencia de derechos patrimoniales¹⁵⁰.

Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española señala, en su tercera acepción, que liberalidad es la disposición de bienes a favor de alguien sin ninguna prestación suya¹⁵¹, de lo que se desprende claramente que, para estar frente a una liberalidad, se necesita de un acto de alienación.

En consecuencia, a partir de lo expresado, resulta claro que para estar frente a un acto de liberalidad es necesaria la existencia de un empobrecimiento y de un enriquecimiento patrimoniales, esto es, que, por una parte, exista un patrimonio que disminuye y, por otra, un patrimonio que aumenta, es decir, que se trate de un acto de disposición, aunque no exista una relación causal entre tales enriquecimiento y empobrecimiento.

4.3.3 Intención liberal, ánimo de liberalidad o *animus donandi*.

En Francia, Terré, Lequette y Gaudemet plantean que, sin cuestionar su necesidad, el criterio subjetivo suscita dificultades en cuanto a la definición de su contenido. A veces se adhiere a una concepción abstracta de la intención liberal, aquélla que consiste en la consciencia y la voluntad de no recibir una contraprestación y, entonces, de empobrecerse a beneficio de otro, cualesquiera que

¹⁴⁹ En este sentido, Rivera sostiene que Bello habría tomado esta expresión de Delvincourt. Rivera Restrepo, op. cit., cfr. p. 147. Vial entiende que el artículo 1.467 del Código Civil, al señalar que la pura liberalidad es causa suficiente, transcribe textualmente el pensamiento de Pothier en lo relativo a la causa en los contratos gratuitos. Vial Del Río, op. cit., cfr. p. 202. Figueroa, refiriéndose a la misma disposición, sostiene que el Código sigue exactamente los postulados de la teoría de la causa final que, como sabemos, encuentra su origen en Francia. Figueroa Yáñez, op. cit., cfr. p. 176. Domínguez afirma que, en esta parte, Bello siguió a Domat y Pothier. Domínguez Águila, *Teoría General del Negocio Jurídico*, op. cit., cfr. p. 280; opinión que es compartida por Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 294, y en un sentido similar, Ruz sostiene que nuestro Código Civil habría adoptado la noción de causa final, creada por la doctrina clásica o francesa. Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Parte General y Acto Jurídico*, op. cit., cfr. pp. 430 – 431. Incluso Ducci, quien defiende que el Código Civil chileno recogió la noción de causa ocasional, reconoce que “la pura liberalidad a que se refiere el inciso segundo del artículo 1467 (sic), aunque coincide con una adaptación de la escuela clásica, constituye precisamente la consignación de una intención o motivo”. Ducci Claro, op. cit., cfr. p. 311.

¹⁵⁰ Beignier, Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 40 (traducción libre).

¹⁵¹ Disponible en <https://dle.rae.es/?id=NELBika> [Fecha consulta: 21 de julio de 2019]

sean los motivos particulares que hayan podido inspirar la liberalidad (altruismo, animosidad, ostentación, etc.), lo que no resulta en ninguna confusión de la intención liberal del consentimiento, y frecuentemente sucede que el recurso a esta noción abstracta es suficiente, por ejemplo, cuando se trata de distinguir una venta lesiva de una liberalidad. A veces se da una tendencia en esforzarse en sondear más la psicología y uno retiene una concepción afectiva de la intención liberal. Es necesario que no solo el disponente haya estado consciente de que él se ha empobrecido, sino incluso que él haya actuado con un pensamiento altruista, exento de todo motivo egoísta. Es probable que un análisis de tal naturaleza restrinja sensiblemente la noción de liberalidad, en la medida en la que sea raro que los motivos que posea un hombre al despojarse sean totalmente desinteresados¹⁵².

Beignier y Torricelli – Chrifi explican que la Corte de Casación francesa la ha definido como la conciencia y la voluntad de empobrecerse, agregando que los motivos que hayan conducido al disponente a consentir una liberalidad no son tomados en cuenta¹⁵³. Agregan que, antes de la reforma de 2016, en toda liberalidad su causa residía en la intención liberal, la cual constituía la causa objetiva de la liberalidad y es la que permitía al juez controlar la existencia de la causa, la cual no debía confundirse con los motivos, que constituían la causa subjetiva de la liberalidad, y que permitía al juez controlar la licitud de la causa¹⁵⁴.

Por su parte, Malaurie y Brenner sostienen que, para exista una liberalidad, es necesario que el traspaso de valores de un patrimonio a otro haya sido querido y buscado por el disponente. Esto es lo que clásicamente se ha llamado *animus donandi*. Pese a que esta noción ha sido refutada e incluso negada por algunos autores como un elemento característico de la liberalidad, sea porque el elemento material sería suficiente, sea porque la intención liberal se confundiría con el consentimiento (voluntad de donar). Con todo, a juicio de ellos, esta noción es indispensable: además de su elemento material, es la intención liberal lo que caracteriza a una liberalidad; a mayor abundamiento – de conformidad con las reglas generales – debe ser probada y no puede ser deducida del desequilibrio del acto, aunque a menudo se deduce del acto mismo¹⁵⁵.

A partir de lo anterior, cabe preguntarse si, en nuestro país, es necesaria esta intención liberal o *animus donandi*.

Alejandro Guzmán responde negativamente a esta interrogante. En su concepto, por una parte, tal exigencia no resulta de la ley¹⁵⁶ y, por otra, no se trata sino de la voluntad típica que debe haber en toda donación¹⁵⁷.

En un sentido similar, Del Solar y Muñoz plantean que el *animus donandi* no es un requisito especial ni distintivo del contrato de donación, sino que se trata del simple consentimiento independiente de los motivos psicológicos que tuvo el disponente, configurado por la intención de incrementar el patrimonio del beneficiario, sin recibir contraprestación alguna¹⁵⁸.

Otros autores sostienen que el *animus donandi* o intención liberal, corresponde a la causa en el contrato de donación entre vivos. A partir del artículo 1.467 del Código Civil chileno, que expresa que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, se desprende que la causa es el mero espíritu

¹⁵² Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 255 – 256 (traducción libre).

¹⁵³ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. pp. 40 – 41 (traducción libre). Además dan como ejemplo de esto último que, si una persona consiente una liberalidad a un tercero con la finalidad principal de abogar por el desheredamiento de un heredero vaciando el patrimonio del donatario, ello no excluye la intención liberal y que, incluso si se puede argumentar que no existe la intención de beneficiar al tercero lo que motiva la operación, sino la voluntad de privar al heredero de sus derechos sobre el bien objeto de la liberalidad.

¹⁵⁴ Ídem, cfr. p. 59 (traducción libre).

¹⁵⁵ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. pp. 216 – 218 (traducción libre).

¹⁵⁶ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, op. cit., cfr. p. 89.

¹⁵⁷ Ídem, cfr. p. 91

¹⁵⁸ Del Solar Duarte, Nicolás; Muñoz Cid, Manuel, *Donación entre Vivos y por Causa de Muerte*. Instituciones Jurídicas Vinculadas a la Donación Revocable, Editorial Metropolitana, Santiago, 2012, cfr. p. 33.

de liberalidad, esto es, el mero deseo de hacer el bien o de beneficiar a otro, independiente de los motivos que lleva a hacer esa liberalidad¹⁵⁹.

Otros entienden que, precisamente a partir del artículo 1.467 del Código Civil aplicado al contrato de donación entre vivos, la causa a la que se alude es a los motivos determinantes que llevan a contratar¹⁶⁰. En un sentido similar, Lecaros sostiene que la beneficencia a que alude el artículo 1.467 del Código Civil es la generosidad, que es el motivo de la liberalidad¹⁶¹.

Para determinar si el *animus donandi* constituye o no una exigencia de la donación en el ordenamiento jurídico chileno, es importante primero precisar qué se va a entender por tal. A nuestro juicio, el *animus donandi* corresponde a la intención de incrementar el patrimonio de otra persona sin recibir contraprestación alguna, es decir, se trata de la voluntad de enriquecer a otra persona, sabiendo que no se recibirá nada a cambio.

Entendido de tal manera el *animus donandi*, todo indica que, efectivamente, se trata de un requisito de la donación entre vivos en el Código Civil chileno. Si bien podría entenderse que forma parte del consentimiento, necesario para que este acto jurídico nazca a al vida del derecho, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.453 y 1.467 del referido cuerpo legal, es posible sostener que el legislador nacional no lo consideró como un elemento del consentimiento, sino que como la causa de los actos jurídicos gratuitos y, por tanto, de la donación entre vivos; en efecto, si partimos de la base que el *animus donandi* corresponde al propósito de cumplir una prestación sin recibir una contraprestación, debiera entenderse que no hay *animus donandi* cuando falta ese propósito, esto es, cuando la persona que hace una prestación espera recibir una contraprestación. Desde una perspectiva teórica, pareciera ser que ello se traduce en una falta de consentimiento, toda vez que las voluntades de ambas partes no llegan a unirse y coincidir respecto de la convención que pretenden celebrar; sin embargo, si se examina la reglamentación legal de este tipo de error en el Código Civil chileno, se advertirá esta situación no ha sido considerada por el legislador nacional como un problema del consentimiento, específicamente, un caso de error; en efecto, el artículo 1.453 solo contempla dos situaciones: el error en la especie o clase de acto jurídico y el error en la identidad de la cosa específica que es objeto del acto jurídico, de manera que el error en el *animus donandi*, esto es, si solo una parte tenía la convicción de que iba a cumplirse una prestación sin recibir una contraprestación y la otra carecía de tal convicción, no se está frente a alguna de las hipótesis de error impedimento del artículo 1.453 de nuestro Código Civil, sino que este caso se encuentra considerado en el artículo 1.467 de dicho cuerpo legal, ya esta disposición considera que la pura liberalidad o beneficencia, o sea, el *animus donandi*, es causa suficiente, de manera que si falta el *animus donandi*, lo que en realidad está faltando es la causa de la donación y, en general, en los actos jurídicos gratuitos. En otras palabras, si se celebra una convención en la que una de las partes sabe que debe realizar una prestación y espera recibir una contraprestación, mientras que la otra sabe que va a recibir una prestación y entiende que no debe hacer una contraprestación, está faltando el *animus donandi* que, para el legislador nacional es un caso de falta de causa (artículo 1.467 del Código Civil chileno) y no de error impedimento, al no estar considerado entre las hipótesis que contempla el artículo 1.453 del mismo cuerpo legal.

Lo anterior se advierte con mayor fuerza si se considera que estamos en el ámbito de las liberalidades no donatorias, expresión que, conforme se examinará, comprende una serie de actos jurídicos distintos, que, si bien se trata de actos de liberalidad, no responden a la figura de la donación entre vivos. A mayor abundamiento, conforme se examinará en el próximo capítulo, uno de los principales casos de liberalidad no donatoria corresponde a la estipulación a favor de otro, la cual ha sido defendida como una figura autónoma, de manera que no resulta posible reconducir el tema de la ausencia del *animus donandi* a la ausencia de consentimiento fundada en el error impedimento del

¹⁵⁹ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. pp. 817 – 818.

¹⁶⁰ Somarriva Undurraga, *Derecho Sucesorio*, op. cit., T. II, p. 702.

¹⁶¹ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 46.

artículo 1.453 del Código Civil chileno, esto es, el error en cuanto a la especie de acto o contrato, pues el acto o contrato es uno: la estipulación a favor de otro, pero puede ser onerosa o gratuita y, en caso de ser gratuita, será necesaria la concurrencia del *animus donandi*. En consecuencia, si no concurre tal *animus*, habrá un problema de causa, pero no de error en la especie de acto o contrato.

Cabe agregar que, para evitar confusiones, resulta preferible utilizar la expresión “intención liberal” en vez de *animus donandi*, toda vez que esta última da a entender que estamos frente a un ánimo de donar, lo que, de conformidad con la hipótesis planteada en este trabajo, correspondería a una expresión más restringida que la de intención liberal. En efecto, si bien el *animus donandi* ha sido entendido de la forma señalada, esto es, como la intención de enriquecer a una persona sabiendo que no se recibirá nada a cambio, noción que se ha extraído de las reglas que el legislador ha establecido para las donaciones entre vivos, dicha definición resulta aplicable a toda liberalidad, no solamente a la donación entre vivos, pues en toda liberalidad existe esa intención de enriquecer a otro, es decir, la noción de *animus donandi* se puede extrapolar a toda liberalidad. Por lo mismo, resulta más adecuado utilizar la expresión “intención liberal” en vez de *animus donandi*, toda vez que dicha intención o ánimo está presente en toda forma de liberalidad y no solo en la donación irrevocable¹⁶².

4.4 La donación entre vivos como una forma de liberalidad.

A continuación, se examinará la donación entre vivos como una forma de liberalidad¹⁶³, la cual se caracteriza por cuanto el enriquecimiento patrimonial que experimenta una parte y el

¹⁶² Sin perjuicio de lo señalado, en lo sucesivo se respetará la nomenclatura utilizada por los autores, de manera que, si alguno de ellos emplea la expresión *animus donandi*, ella será utilizada también, pero debiendo ser entendida en la forma acá descrita.

¹⁶³ Este análisis no comprenderá la situación en el sistema del *Common Law*, atendidas las importantes diferencias que existen en la forma de entender la donación en este, frente a lo que ocurre en el derecho continental. En efecto, a promesa gratuita liberal, en cuanto priva de contraprestación, carece de *consideration* y, por tanto, si no reviste la forma del acto sellado, o al menos la forma escrita que algunos Estados americanos, donde a tal forma se le reconoce el mismo valor que el *deed*, ella es ineficaz y no es vinculante. Gianola, op. cit., cfr. p. 112 (traducción libre). La definición tradicional de la *consideration* se concentra en el requerimiento de ‘algo de valor’ que debe darse y, consecuentemente, se establece que la *consideration* es, o algún detrimento para la persona a quien se hace la promesa (*promisee*), al cual ésta puede dar algún valor, o algún beneficio para quien hace la promesa (*promisor*), en el sentido que ésta puede recibir un valor. Usualmente este detrimento y beneficio solo son la misma cosa vista desde diferentes puntos de vista. Es irrelevante si el vendedor ha hecho un buen negocio y, por lo mismo, si obtuvo algún beneficio del cumplimiento del contrato. Lo que importa al Derecho es la *consideration* para una promesa, no la *consideration* para un contrato. Treitel, Guenter, *The Law Of Contract*, Sweet & Maxwell, London, 10th ed., 1999, cfr. p. 64 (traducción libre). Como señalamos, la *consideration* no es necesaria para la validez de una promesa en un *deed*. La fuerza vinculante de tal promesa no depende en absoluto del contrato. Luego, puede producir efecto, aunque la persona en cuyo favor fue hecha no lo sepa. Para producir efecto como un *deed*, un instrumento debe dejar en claro en su lectura que se tiene la intención que sea un *deed* y debe ser válidamente ejecutado como tal. En el *Common Law*, la ejecución de un instrumento como un *deed* debe serlo bajo sello, pero en muchos casos el requerimiento del sellado ha sido abolido por la legislación. El sellado ya no se necesita en el caso de un instrumento ejecutado como *deed* por un individuo. Para ser válidamente ejecutado como *deed*, tal instrumento debe ser firmado por el individuo que lo hace. El instrumento además debe ser presenciado (por un testigo, si es firmado por quien lo redacta, y por dos si es firmado a su petición) y enviado. El sellado tampoco es necesario para la ejecución de un *deed* por una sociedad anónima bajo la Ley de Sociedades: un documento firmado por un director y secretario, o por dos directores, de tal sociedad, en que se expresa que será ejecutado por la compañía, tiene el mismo efecto como si fuese ejecutado bajo el sello común de la sociedad; e (incluso si la sociedad no tiene sello común) un documento ejecutado por la compañía que deja en claro con su lectura que se tiene la intención de ser un *deed* tiene efecto si es enviado como un *deed*. Reglas similares se aplican a las caridades incorporadas bajo la Ley

empobrecimiento patrimonial que experimenta la otra, vienen dados por un desplazamiento patrimonial, de manera que aquello en lo que se enriquece el donatario (lo donado) corresponde exactamente a aquello en lo que se empobrece el donante.

4.4.1 La donación entre vivos en el derecho romano.

Interesa examinar la donación en el derecho romano, por cuanto, si bien Bello no lo siguió en esta parte, aquél sí tuvo influencia en el derecho francés, conforme se examinará, y Bello sí tuvo a la vista el *Code* a la hora de redactar la reglamentación de este contrato en el Código Civil chileno, conforme se verá más adelante¹⁶⁴.

Conforme explica Alejandro Guzmán, en el derecho romano clásico, la donación o *donatio*, no es un acto jurídico típico, sino que corresponde a una causa que puede ser operada mediante cualquier acto de atribución patrimonial, el cual siempre es típico; en consecuencia, se debe distinguir entre causa donatoria y el acto que la opera, el cual debe haber sido celebrado *donandi causa*¹⁶⁵. Es por ello que la expresión *donationes* era utilizada para designar distintos negocios jurídicos, cada uno con una configuración, denominación y efectos específicos propios, cuando dichos actos eran ejecutados por un sujeto con la única finalidad de producir, a través de ellos, una atribución patrimonial, sin contraprestación, a favor de otro sujeto y producía, además, los efectos propios del acto jurídico celebrado¹⁶⁶.

Debido a lo anterior, la palabra donación puede ser usada de tres maneras distintas: en sentido estricto, como causa; en sentido lato, como acto operativo de dicha causa, y en sentido latísimo, como operación compuesta por la causa y el acto operativo¹⁶⁷.

A partir de lo señalado, la donación, en sentido estricto, puede definirse como “aquella causa gratuita por la que alguno (el donante) realiza a favor de otro (el donatario) el traspaso definitivo de derechos patrimoniales por la pura y simple intención de beneficiar”¹⁶⁸.

La donación como causa surge del acuerdo entre un donante y un donatario de operar gratuita y lucrativamente una atribución patrimonial no debida, que consiste en la transferencia de una cosa o de una obligación preexistente; en la constitución de un derecho real o personal, o en la extinción de una obligación. De ahí que, en esta época, el concepto de donación entre vivos se confunde con el de liberalidad, toda vez que los demás tipos de liberalidad se configuran añadiendo algo a la noción primaria; en consecuencia, toda liberalidad que no contenga ese añadido, debe entenderse que se trata de una donación entre vivos¹⁶⁹.

La noción de donación se construye a partir de dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El primero se refiere a la *causa donationis*, esto es, atribución patrimonial gratuita que se traduce en el enriquecimiento del donatario con la correspondiente disminución patrimonial que experimenta el

de Caridades de 1993. Los requerimientos del *Common Law* de sellado y enviado continúan aplicándose a la ejecución de *deeds* por las sociedades que no han sido excluidas por las disposiciones estatutarias del tipo que aquí se describen. Treitel, op. cit., cfr. p. 145 (traducción libre).

¹⁶⁴ Vid. infra. 4.4.2.

¹⁶⁵ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 657.

¹⁶⁶ Volterra, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (trad. Jesús Daza Martínez), Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, cfr. p. 801.

¹⁶⁷ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 658. En el mismo sentido, D’Ors, op. cit., cfr. pp. 393 – 394.

¹⁶⁸ Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, cfr. p. 541.

¹⁶⁹ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 658.

donante, sin que exista una contraprestación¹⁷⁰. El segundo se refiere al *animus donandi* que se identifica con la voluntad del donante en orden a hacer, a través del cumplimiento del acto ejecutado por él, una atribución patrimonial gratuita al donatario; este ánimo se caracteriza por la espontaneidad con la que se forma la voluntad de hacer la donación, la que se deduce del hecho que el donante hace la atribución patrimonial sin estar obligado, en modo alguno, a hacerla¹⁷¹. Se ha agregado que, dado que la donación es solo el fundamento de una adquisición patrimonial gratuita, precisa, además, de un acto jurídico idóneo para el traspaso de un derecho¹⁷².

Conforme a lo señalado, la donación es una convención, por lo que se requiere que ambas partes consientan; de ahí que, si existiese alguna divergencia entre las partes respecto al contenido de lo que acuerda, no se forma la causa y no se perfecciona la donación¹⁷³. Por otro lado, este acuerdo se rige por las reglas generales en materia de perfeccionamiento de las convenciones, de manera que es consensual y las voluntades coincidentes pueden manifestarse de cualquiera forma. Finalmente, el acuerdo perfeccionado – por sí solo – no produce efecto alguno, por lo que el donante no está obligado a cumplir la atribución acordada ni da acción al beneficiario para exigirla¹⁷⁴; por esa razón se ha señalado que la donación necesita de un acto operativo que produzca la atribución patrimonial; se trata de actos típicos como la *mancipatio*, la *in iure cessio*, la *traditio*, la *procuratio in rem*, la *stipulatio*, la *acceptilatio* y el *pactum de non petendo*, y la *inaedificatio*, *plantatio* o *satio*¹⁷⁵.

Bonfante plantea que, según la naturaleza del acto patrimonial, la donación puede ser real, obligatoria o liberatoria. La donación real se caracteriza por cuanto el donante quiere constituir un derecho sobre una cosa, por ejemplo, atribuir su propiedad¹⁷⁶; la donación obligatoria o promesa de dar se caracteriza por cuanto el donante busca constituir un crédito a favor del donatario¹⁷⁷ y, finalmente, la donación liberatoria tiene por finalidad liberar de una deuda al donatario^{178 - 179}. Agrega que cada una de ellas requiere las formas establecidas por la naturaleza del derecho que se quiere transmitir¹⁸⁰.

Una nota importante de la donación en sentido estricto es que se trata de una causa. En consecuencia, ella misma carece de causa y solo puede tener motivos, los cuales son, por regla general, irrelevantes para el ordenamiento jurídico, aunque algunos pueden ser tipificados y adquieren importancia. A partir de ello, es posible sostener que si la atribución patrimonial solo tiene motivos,

¹⁷⁰ Volterra agrega que “la correlación del negocio jurídico con el que se pretende realizar la donación con otro negocio jurídico que lleve consigo una disminución patrimonial para el donatario, quita al primero el carácter de donación”. Volterra, op. cit., cfr. p. 802.

¹⁷¹ Ídem, cfr. pp. 802 – 803.

¹⁷² Topasio Ferreti, Aldo, *Derecho Romano*. Fundamentos para la Docencia, Editora Latínoclásica, Valparaíso, 1992, cfr. p. 490.

¹⁷³ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 659.

¹⁷⁴ Ídem, cfr. pp. 659 – 660.

¹⁷⁵ Ídem, cfr. pp. 662 – 663.

¹⁷⁶ En este sentido, para Topasio implica un inmediato traspaso del derecho. Topasio Ferreti, op. cit., cfr. p. 491; mientras que para Iglesias importa el traspaso de la propiedad o la constitución de un derecho real. Iglesias, Juan, *Derecho Romano*. Instituciones de Derecho Privado, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958, cfr. p. 638.

¹⁷⁷ Por lo mismo, para Topasio, crea un derecho de crédito, esto es, de pedir la cosa prometida al donante, por parte del donatario. *Ibidem*. En el mismo sentido, Iglesias, op. cit., cfr. p. 638.

¹⁷⁸ Para Topasio, en este caso, el acreedor renuncia a pedir el pago de una deuda, esto es, la remite. *Ibidem*. En un sentido similar, Iglesias sostiene que consiste en la remisión de una deuda o gravamen que afectaba al beneficiario. *Ibidem*.

¹⁷⁹ Este antecedente tiene relevancia para la presente investigación, pues, conforme se examinará, en nuestro sistema la remisión no es propiamente un tipo de donación, razón por la cual el legislador tuvo que señalar expresamente que se le aplicaban las reglas de ésta.

¹⁸⁰ Bonfante, op. cit., cfr. pp. 541 – 542.

entonces es una donación; en cambio, si tiene una finalidad, no es donación o no es completamente donación¹⁸¹.

Sin perjuicio de lo señalado, ya en el umbral del período clásico la donación comienza a perfilarse como negocio jurídico autónomo, a través de la *Lex Cincia* (204 A.C.), la cual estableció limitaciones en su monto¹⁸². Como consecuencia de ello, fue necesario determinar si un acto concreto había sido realizado o no *donationis causa*¹⁸³.

No obstante lo anterior, la donación continuó siendo considerada como causa, esto es, como fundamento justificativo de la adquisición. Así considerada, se diferencia de otros actos de liberalidad, por ejemplo, importa una disminución del propio patrimonio y el enriquecimiento irrevocable del donatario, de manera que no es donación el despojo patrimonial correspondiente a un deber, tampoco lo es el precario, que obliga a restituir la cosa tan pronto lo decida el concedente; ni el comodato y el mandato, que importan liberalidad, pero que constituyen figuras contractuales típicas¹⁸⁴.

En la época post clásica se exige la *insinuatio*, esto es, dejar constancia de la donación ante un funcionario público y se entiende que toda donación queda comprendida dentro de la clase de reales e insertas en la categoría de pacto legítimo¹⁸⁵.

Cabe tener presente que no se examinará la donación mortis causa, por cuanto, si bien es una forma de liberalidad, toda vez que existe una atribución patrimonial¹⁸⁶, no es una donación conforme a la interpretación que aquí se propone, ya que no se advierte la existencia de un desplazamiento patrimonial, toda vez que su eficacia está supeditada a la muerte del donante y tal condición la ubica dentro de la esfera de las disposiciones testamentarias; a mayor abundamiento, atendida la gradual desformalización del legado, en la época post clásica las donaciones por causa de muerte fueron asimilándose al legado, por lo que, finalmente, ambas instituciones fueron identificadas¹⁸⁷.

4.4.2 La donación entre vivos en el Código Civil francés.

Resulta de interés el examen del contrato de donación entre vivos en el Código Civil francés, para los efectos de probar la hipótesis, pues de conformidad con el artículo 893 original del *Code*¹⁸⁸, las únicas clases de liberalidades admitidas por el legislador francés eran el contrato de donación entre vivos y el testamento, de manera que toda liberalidad debía reconducirse a cualquiera de estas formas. Es por esta razón que en Francia se configura la noción de “donación indirecta” como un tipo de donación, pues no cabía reconocer una forma de liberalidad entre vivos distinta del contrato de

¹⁸¹ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 660.

¹⁸² Topasio Ferreti, op. cit., cfr. p. 491.

¹⁸³ Iglesias, Juan, op. cit., cfr. p. 638.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

¹⁸⁵ Topasio Ferreti, op. cit., cfr. p. 491.

¹⁸⁶ Alejandro Guzmán explica que la donación por causa de muerte “es una atribución patrimonial, gratuita, lucrativa y no debida, es decir, una liberalidad, para cuya celebración el donante tiene un motivo especial y tipificado: la consideración de su propia muerte anterior (o al menos coetánea) a la del donatario, de modo que la atribución adquiera su perfección definitiva al sobrevenir efectivamente dicha muerte, y que no se perfeccione si sobrevive al donatario, lo cual no significa que se pueda revocar arbitrariamente mientras pende la muerte del donante”. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. pp. 843 – 844.

¹⁸⁷ Topasio Ferreti, op. cit., cfr. p. 491. En el mismo sentido, Alejandro Guzmán agrega que las donaciones por causa de muerte se asemejan a los legados, a tal punto que vienen a ser una suerte de legados anticipados; de ahí que de manera paulatina se les fue aplicando el régimen de éstos. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 848.

¹⁸⁸ Art. 893 *Code Civil français originel* « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre – vifs ou par testament, dans les formes ci – après établies ».

donación irrevocable. Bello tuvo a la vista el Código Civil francés cuando reglamentó la donación entre vivos; así resulta de examinar el lugar donde aparece regulado el contrato de donación entre vivos en el Código Civil chileno, esto es, junto con la sucesión por causa de muerte, tal como lo hizo el legislador francés¹⁸⁹ y, por lo tanto, tuvo a la vista dicho artículo 893 original del *Code*. Sin embargo, el legislador chileno no contempló una disposición similar, por lo que – al reconocer otras formas de liberalidades distintas del contrato de donación entre vivos – no se hace necesario reconducirlas al referido contrato.

El artículo 894 del *Code* señala que “*la donación entre vivos es un acto por el cual el donante se despoja actualmente e irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta*”.

Como puede apreciarse, aunque existen diferencias con la establecida por Bello, esta definición presenta varias similitudes con la del Código Civil chileno, pues, en ambos casos, se habla de un acto, se exige la irrevocabilidad y la aceptación del donatario.

La donación, en el sistema francés, presenta las siguientes características:

4.4.2.1 Es un contrato.

Como explica Marc Nicod, se trata de una liberalidad contractual, es decir, supone un acuerdo de voluntades; por tanto, recae sobre bienes presentes, en el sentido que solo puede tener por objeto los derechos de los que el donante es actualmente titular y, además, es irrevocable, en el sentido que el donante no tiene derecho a recuperar lo que ha donado¹⁹⁰.

El carácter contractual de la donación en el Derecho francés se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 932 del *Code*, al señalar, en su inciso primero, que “*la donación entre vivos no obligará al donante, y no producirá ningún efecto, sino desde el día en que sea aceptada en términos expresos*”.

La aceptación del donatario es solemne, pues debe ser auténtica y formulada en términos expresos, pudiendo hacerse en acto separado¹⁹¹.

Terré, Lequette y Gaudemet agregan que se trata de un contrato unilateral que no crea obligaciones para el donatario, a menos que tenga cargas¹⁹².

Cabe tener presente que, de conformidad con el sistema de adquisición del dominio francés, los efectos de la donación entre vivos son inmediatos: el donante se despoja actualmente de la cosa donada, es decir, pierde su propiedad desde que la donación se perfecciona con la aceptación del donatario, sin que sea necesaria la tradición de la cosa donada¹⁹³.

4.4.2.2 Es un contrato solemne.

El artículo 931 del mismo cuerpo legal exige que la donación sea celebrada ante notario, dejándose una minuta de ella¹⁹⁴, prohibiendo, por tanto, la donación celebrada por acto privado¹⁹⁵.

¹⁸⁹ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 8.

¹⁹⁰ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires : Les Donations”, op. cit., cfr. pp. 807 – 808 (traducción libre).

¹⁹¹ Art. 932 *Code civil français* « *La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.*

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ».

¹⁹² Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 447 (traducción libre).

¹⁹³ *Ibidem* (traducción libre).

¹⁹⁴ Art. 931 *Code civil français* « *Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaire, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ».*

¹⁹⁵ Nicod, Marc, “Les Libéralités Ordinaires...”, op. cit., cfr. p. 812 (traducción libre).

Terré, Lequette y Gaudemet explican que existen tres razones que justifican la solemnidad del contrato de donación entre vivos: la primera corresponde al deseo de proteger al donante contra los actos abusivos que lo privan de un bien sin una contrapartida; el legislador estima necesario que la voluntad del donante sea particularmente libre, por lo que el autor de la liberalidad es invitado a reflexionar acerca de la desventaja que ella implica. La segunda razón apunta a proteger el patrimonio familiar; así, la exigencia de un acto notarial permite llamar la atención del donante acerca de la incidencia familiar de su acto y facilita la prueba para los efectos de la reducción de las liberalidades o incluso desde la perspectiva de una revocación de la donación. La tercera busca proteger al donatario, pues la exigencia de la forma notarial permite controlar la memoria de la actividad liberal asegurando, de esta manera, la irrevocabilidad especial de la donación¹⁹⁶.

Si la donación no respeta la forma notarial, está sancionada con la nulidad absoluta. Sin embargo, después de la muerte del donante, sus herederos están autorizados a confirmar la donación no notariada¹⁹⁷.

Con todo, como notan Beignier y Torricelli - Chrifi, la jurisprudencia ha reconocido tres casos de excepción al formalismo notarial: la donación manual, la donación indirecta y la donación disfrazada^{198 - 199}. A juicio de Jubault, se trata de casos especiales de donaciones y, por tanto, salvo en lo que se refiere a la forma, en lo demás se les aplica el régimen común del contrato de donación: reducción en caso de sobrepasar la parte de libre disposición²⁰⁰.

Jubault señala que la donación manual es la forma original de la donación²⁰¹ y corresponde a un contrato real, en el que la cosa donada (necesariamente un bien corporal mueble²⁰²) se entrega de la mano del donante a la mano del donatario²⁰³. Ella precisa una tradición real del objeto donado; la donación debe ser hecha durante la vida del donante (ya que se trata de un despojo actual) y debe

¹⁹⁶ Terré ; Lequette ; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 475 (traducción libre).

¹⁹⁷ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 85 (traducción libre).

¹⁹⁸ Ídem, cfr. p. 86 (traducción libre). En el mismo sentido, Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 448 (traducción libre).

¹⁹⁹ Terré, Lequette y Gaudemet señalan que existen diversas razones que pueden llevar a los particulares a utilizar estos casos de excepción: el deseo de disimular a la familia un acto que les puede producir perjuicio, especialmente en caso de atentado contra la legítima, o para eludir una prohibición de disponer o de recibir a título gratuito, cuidarse de no tener que soportar el costo de un acto, especialmente porque, en ocasiones, los derechos de transferencia se perciben como más elevados cuando son a título gratuito. Agregan que también existirían razones tributarias para eludir la forma notarial de la donación. Por otro lado, sostienen que existe un argumento de texto que justifica estas excepciones: el artículo 931 del *Code* señala que la forma notarial se exige a todos los actos que porten una donación entre vivos. A contrario sensu, uno puede estar tentado a decir que si no hay un acto que porte (instrumento) una donación entre vivos, el acto notarial no es exigible; éste sería el caso en el que falte un acto (como ocurre con los dones manuales), o en que el acto no sea a título gratuito (como ocurre con la donación disfrazada y la donación indirecta). Sin embargo, reconocen que no es un buen argumento, pues conduce a restar importancia a la exigencia de la solemnidad y a dar una eficacia excesiva a los artificios de los particulares, así como también esta lógica permite admitir que la sola calificación de oneroso dada por las partes a su acto permitiría eludir la exigencia legal, desafiando la regla según la cual lo que hacen las partes prevalece por sobre lo que ellas dicen. Ídem, cfr. pp. 486 – 487 (traducción libre). Agreguemos que, en nuestro país, se ha señalado que las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son.

²⁰⁰ Jubault, Christian, *Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*. Montchrestien, Paris, 2005, cfr. p. 470 (traducción libre).

²⁰¹ Ídem, cfr. p. 472 (traducción libre).

²⁰² Con todo, se ha admitido la donación manual de cosas incorpóreas, cuando se han materializado en un instrumento. Beignier; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 87 (traducción libre). En lo que Terré, Lequette y Gaudemet denominan “cuasi donación manual”. Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 495 (traducción libre).

²⁰³ Beignier ; Torricelli - Chrifi, op. cit., cfr. p. 86 (traducción libre).

tratarse de un despojo irrevocable con intención liberal. En consecuencia, una donación ficta o simbólica en principio, no es suficiente para satisfacer la exigencia de “disposición real”, como sería el caso, por ejemplo, de la factura de compra a nombre del donatario o la tarjeta gris a su nombre²⁰⁴.

Por su parte, Sériaux aclara que la donación manual corresponde a una época donde prima una mentalidad casi animista, que los juristas modernos, imbuidos de racionalismo, perdieron un poco de vista. En efecto, un solo y mismo acto de entrega material de una cosa importa simultáneamente su disposición jurídica; este acto toma el nombre de tradición. Por el acto de entrega, el donante realiza su voluntad de despojarse actual e irrevocablemente a beneficio del donatario, por lo que forma y fondo van indisolublemente a la par. Como ha señalado la Corte de Casación francesa²⁰⁵, la donación manual solo existe por la donación que hace el donante de la cosa donada, efectuada bajo ciertas condiciones que aseguren la disposición de ella y asegure la irrevocabilidad de la donación²⁰⁶.

Cabe tener presente que la donación manual existe por la tradición y que esta tradición real no correspondería a la ejecución de un acto de donación nula en la forma²⁰⁷.

Malaurie y Brenner explican que la tradición que impone la donación manual es una solemnidad que sustituye a aquella prevista en la actualidad en el artículo 931 del Code²⁰⁸. Como consecuencia de lo anterior, se exige que haya un desasimiento efectivo, por lo que una simple promesa, aunque sea escrita, no puede vincular a quien la haya hecho²⁰⁹.

La donación disfrazada se funda en una simulación. Las partes deciden disimular la donación bajo la apariencia de un acto a título oneroso. Por tanto, precisa de dos actos: un acto oculto o secreto, que es la donación, y un acto a título oneroso, que solo es el acto aparente. La donación corresponde a la voluntad real de las partes (el negocio de fondo), pero bajo la forma de un acto a título oneroso. Ellas han sido consideradas por la jurisprudencia francesa como válidas²¹⁰, aunque no respeten las formas exigidas por el artículo 931 CC: en efecto, en realidad no son donaciones, por lo que el acto

²⁰⁴ Beignier, Bernard, *Libéralités et Successions*, Montchrestien Lextenso Éditions, Paris, 2012, cfr. p. 68. En el mismo sentido, Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 487 (traducción libre).

²⁰⁵ Fallo de la Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, de 11 de julio de 1960. En este caso, se había comprado un vehículo para otra persona, a cuyo nombre estaba el padrón y la factura de compra, pero el dinero había sido proporcionado por un tercero. Cuando este tercero falleció, quien figuraba como titular del vehículo demandó de reivindicación al marido de la persona que había proporcionado el dinero, en cuyo poder se encontraba el vehículo. La Corte de Apelaciones de Rouen sostuvo que, dado que el dinero había sido proporcionado por un tercero, estábamos en presencia de una donación; pero si era así, se trataba de una donación manual que necesitaba de la tradición para su perfeccionamiento, de manera que, al no haberse producido la tradición, no había donación y, por lo tanto, los reivindicantes no eran dueños del vehículo, por lo que procedió a acoger el recurso de casación (traducción libre).

²⁰⁶ Sériaux, Alain, *Les Successions. Les Libéralités*, Ellipses, Paris, 2ª édition, 2018, cfr. pp. 85 – 86 (traducción libre).

²⁰⁷ Jubault, op. cit., cfr. p. 473 (traducción libre).

²⁰⁸ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 246. Agregan estos autores que la validez de la donación manual descansa sobre dos fundamentos: la tradición y la convención. De una parte, la tradición, que es una solemnidad que asegura la eficacia de la convención; de otra parte, la convención, que legitima la posesión en cuanto le da una causa. En otros términos, aquello que asegura la eficacia de la donación manual es la tradición; aquello que le hace producir efectos es la tradición. Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 247 (traducción libre).

²⁰⁹ Maury, Jean, *Successions et Libéralités*, Lexis Nexis, Paris, 9ª édition, 2016, cfr. p. 163 (traducción libre).

²¹⁰ Como explica Maury, para los tribunales franceses estas donaciones son válidas por aplicación de la teoría de la simulación, consagrada en el artículo 1.321 del Code, a propósito de las contraescrituras: entre los contratantes solo cuenta la intención real; en cuanto a los terceros, ellos tienen derecho a invocar la inoponibilidad a su respecto del acto escondido, cuando les sea revelado; pero también pueden establecer, al contrario, la existencia de la simulación; pero esta demostración resultará solo en restablecer la verdadera calificación del acto como liberalidad. Ídem, cfr. pp. 164 – 165 (traducción libre).

puede no respetar dicho artículo²¹¹. Sin embargo, deben satisfacer las condiciones de fondo de toda donación (despojo actual e irrevocable, e intención liberal) y las condiciones de forma requeridas para la constitución de actos bajo cuya apariencia se disfrazan²¹². A mayor abundamiento, la simulación en principio es válida, a menos que sea hecha con un propósito fraudulento, caso en el cual es anulable²¹³.

Cabe tener presente que Terré, Laquette y Gaudemet han reconocido que la donación se puede disfrazar bajo la forma de cualquier otro contrato, como una transacción o una sociedad, dependiendo de la imaginación de las partes. Sin embargo, las formas más frecuentes han sido el disfraz de la donación bajo la forma de una compraventa, de un pago o de una compra para otro²¹⁴, o de un reconocimiento de deuda²¹⁵.

Es por lo anterior que la donación indirecta no puede ser considerada como un tipo de donación disfrazada, ya que, si bien importa un medio de desviación, no es exactamente un disfraz. La donación indirecta se basa en un acto distinto de una donación, en la que la ejecución normal y sincera realmente opera una liberalidad, pero por vía de consecuencia²¹⁶.

En Francia se ha reconocido la validez de las donaciones disfrazadas, fundándose en que el artículo 931 del *Code* declara nulos los actos que importen donación y que no sean otorgados ante notario y resulta que, en este caso, en el fondo estamos frente a un acto a título oneroso, por lo que no se trata de un acto que importe donación; por otro lado, se ha sostenido que el artículo 1.099 inciso 2º del *Code* declara nula la donación disfrazada si su beneficiario es un incapaz, por lo que, a contrario sensu, ella debe ser válida en los demás casos; a mayor abundamiento, el artículo 918 del *Code* prevé la reducción de ciertas donaciones disfrazadas hechas a un sucesor, lo que implica que ellas son válidas; además, se han invocado los principios generales: la regla general es que la simulación sea válida, a menos que sea fraudulenta²¹⁷; finalmente, se ha señalado que la simulación puede obedecer a diversas razones, algunas admirables, como no querer escandalizar a otros o no despertar celos, y otras menos, como en el caso de fraude; sin embargo, en el ámbito jurídico y político, en el que la libertad es el principio y la buena fe se presume, no se permite suponer a priori que los autores de un acto quieran, a sabiendas, hacerlo en detrimento de otro; a menos que se hayan organizado por un ánimo de fraude²¹⁸.

Dada la validez de la donación disfrazada, se ha señalado que, en cuanto a su forma, debe sujetarse a las reglas del acto aparente; en cambio, tratándose de los requisitos de fondo, debe sujetarse a las reglas aplicables a las donaciones; como consecuencia de esto, son susceptibles de reducción en caso de afectar las legítimas²¹⁹.

La donación indirecta será tratada más adelante, al examinar las liberalidades no donatorias²²⁰.

²¹¹ Esta idea es complementada por Jubault, quien sostiene que – si bien en cuanto a la forma no es exigible que se sujeten a las reglas de la donación (artículo 931 del *Code*), sí deben sujetarse a la forma del acto aparente. Jubault, op. cit., cfr. p. 475 (traducción libre).

²¹² Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 89 (traducción libre).

²¹³ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 503 (traducción libre).

²¹⁴ En la compra para otro, el dinero es dado a una persona a fin que ella compre un inmueble sin decir el verdadero origen del precio pagado. Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 255 (traducción libre). Estos autores reconocen que, según otros, no se trataría de una donación disfrazada, sino de una donación manual de dinero o de una donación indirecta del inmueble.

²¹⁵ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 504 – 508 (traducción libre).

²¹⁶ Jubault, op. cit., cfr. p. 478 (traducción libre).

²¹⁷ Malaure ; Brenner, op. cit., cfr. pp. 255 – 256 (traducción libre).

²¹⁸ Sériaux, op. cit., cfr. p. 90 (traducción libre).

²¹⁹ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. pp. 256 – 258 (traducción libre).

²²⁰ Vid. infra. Cap. II.

4.4.2.3 Exige un despojo actual e irrevocable.

La donación exige que el donante se separe definitivamente del bien donado, el cual pasa a integrar el patrimonio del donatario²²¹.

A partir de lo dispuesto en el artículo 943 del *Code*²²², la donación entre vivos que comprenda bienes futuros del donante será nula.

Además, se exige que ese despojo sea irrevocable. Beignier y Torricelli – Chrifi plantean que la irrevocabilidad exigida en la donación es una irrevocabilidad especial²²³; la razón para llegar a esta conclusión, radica en que la donación es un contrato y, como todo contrato, no puede ser dejado sin efecto por la voluntad unilateral de cualquiera de las partes; en consecuencia, la irrevocabilidad exigida en la donación se refiere a que el donante no se puede reservar, en el acto de donación, la posibilidad de recuperar el bien objeto de la donación, ni siquiera con el consentimiento del donatario^{224 - 225}. Con todo, el legislador francés reconoce tres excepciones a la irrevocabilidad: la inajecución de las cargas, la ingratitud y la sobreviniencia de hijos²²⁶.

4.4.2.4 Es incompatible con la existencia de una contingencia incierta.

Se agrega que la donación entre vivos es incompatible con la existencia de un alea²²⁷, idea que puede ser aplicada en Chile, toda vez que la noción de alea está envuelta en los contratos aleatorios, los cuales, por expresa disposición del artículo 1.441 CC, forman parte de los contratos onerosos.

4.4.2.5 El carácter de la donación remuneratoria.

Según Malaurie y Brenner, la donación remuneratoria puede darse en dos casos: el primero se presenta cuando el servicio es remunerado normalmente, pero su beneficiario agrega espontáneamente un suplemento; el segundo se da cuando el servicio es prestado gratuitamente y su beneficiario estima en conciencia que debe remunerar²²⁸.

Para Marc Nicod, no sería un caso de liberalidad la denominada donación remuneratoria, debiendo ser considerada como un caso de un acto de disposición a título oneroso. La razón se

²²¹ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 72 (traducción libre).

²²² Art. 943 *Code civil français* « La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur, si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard ».

²²³ Terré, Lequette y Gaudement hablan de irrevocabilidad reforzada. Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 448 (traducción libre).

²²⁴ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. pp. 72 – 73 (traducción libre).

²²⁵ En este sentido, Terré, Lequette y Gaudement explican que, en la generalidad de los contratos, la irrevocabilidad no es absoluta, pues cualquiera de las partes se puede reservar, inicialmente, en el contrato, el derecho de ponerle fin por su sola voluntad; también está permitido estipular una cláusula de retractación, una condición simplemente potestativa e incluso una condición meramente potestativa del acreedor. Ellas quedarían excluidas de la donación. Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 449 – 450 (traducción libre).

²²⁶ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 76 (traducción libre).

²²⁷ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires...” , op. cit., cfr. p. 807 (traducción libre). Como consecuencia de lo anterior, Nicod explica que la Corte de Casación de su país ha entendido que el contrato de seguro de vida no puede ser considerado como una liberalidad, ya que lleva envuelta un alea, desde que sus efectos dependan de la duración de la vida humana. Ésta idea contrasta con la forma como tradicionalmente se ha entendido en nuestro país el contrato de seguro de vida, esto es, como un caso de estipulación a favor de otro, el cual, conforme se examinará en esta investigación, puede ser considerado como un caso de liberalidad no donatoria.

²²⁸ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 222 (traducción libre).

encuentra en que, en las circunstancias en que se celebra una donación remuneratoria, el disponente no se mueve por una intención liberal, sino por el deseo de conferir una contraprestación²²⁹.

En cambio, para Beignier y Torricelli – Chrifi su calificación como acto oneroso o gratuito depende de ciertos factores. Como la donación remuneratoria recompensa un servicio prestado, hay de parte del donante una suerte de deber de conciencia que no es incompatible con la intención liberal. Para comprobar si se está en presencia de una verdadera liberalidad, que es avaluable en dinero, hay que comparar su valor con el valor de los servicios prestados. Así: si la remuneración equivale al servicio, es un acto a título oneroso, hipótesis en la cual el servicio se ha dado graciosamente, se está frente a una remuneración por deber de conciencia; en cambio, si la remuneración excede al valor del servicio prestado, se está frente a una liberalidad, hipótesis de remuneración normal del servicio, pero se ha dado un suplemento²³⁰.

No obstante lo anterior, estas donaciones se rigen por algunas de las reglas de las disposiciones a título gratuito, como la revocabilidad en caso de sobreviniencia de hijos (art. 960 del *Code*²³¹)²³².

4.4.3 La donación entre vivos en el Código Civil italiano.

Interesa examinar la situación del contrato de donación entre vivos por cuanto el sistema italiano tuvo a la vista, como una de sus fuentes, el derecho romano²³³, el cual, como se sabe, tuvo una gran influencia en el Código Civil francés y en el Código Civil chileno, y por cuanto el codificador italiano de 1942 tuvo a la vista el *Code* en esta materia, haciendo las correcciones y modificaciones necesarias, frente a las deficiencias constatadas en el *Codice* de 1865, por ejemplo, el hecho que el antiguo *Codice* definiera a la donación como un acto, mientras que el actual señala que se trata de un contrato²³⁴, tal como lo hace el Código Civil chileno. Finalmente, se considera relevante el examen de la situación en Italia, toda vez que – conforme se verá – la doctrina italiana ha analizado algunos aspectos que se han discutido en Chile, como la exigencia del *animus donandi* y, para lo que interesa en la presente investigación, el tema de las liberalidades no donatorias, llamadas en ese país donaciones indirectas²³⁵.

²²⁹ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires...”, op. cit., cfr. p. 807 (traducción libre). Además, se pregunta si la existencia de una gran desproporción entre el valor del servicio prestado y el valor del bien donado puede ser considerada como un caso de donación. A su juicio, en esta hipótesis, el exceso – que no es más que una descalificación del conjunto de la operación en donación pura y simple – debe ser aislado y tratado como una liberalidad.

²³⁰ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., p. 42 (traducción libre).

²³¹ Art. 960 *Code* “*Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier*”.

²³² Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 222 (traducción libre).

²³³ Biondi, Biondo, *Le Donazioni*, Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1961, cfr. pp. 4 – 5 (traducción libre).

²³⁴ Biondi, op. cit., cfr. pp. 6 – 7 (traducción libre).

²³⁵ Vid. infra. 5.2.

4.4.3.1 Definición.

El artículo 769 del *Codice* define a la donación como “*el contrato en el cual, por espíritu de liberalidad, una parte enriquece a la otra, disponiendo a favor de ésta un derecho suyo o asumiendo él una obligación*”.

Messineo la define diciendo que es un contrato (unilateral, pues solo surge una prestación para una de las partes), en virtud del cual una de las partes (llamada donante), por espíritu de liberalidad y, por tanto, espontáneamente, procura a la otra parte (llamada donatario), un enriquecimiento o ventaja patrimonial, la cual puede consistir en la transferencia de un derecho que le pertenece, en la constitución de un derecho, o en la renuncia de un derecho a favor de ella, o bien, asumiendo, respecto de ella, una obligación, que puede ser de dar, hacer o no hacer²³⁶.

En un sentido similar, Trabucchi sostiene que es un contrato especial, típico, mediante el cual se transmiten derechos a título liberal²³⁷.

4.4.3.2 Caracteres.

A partir de la definición legal es posible extraer algunos elementos que configuran la noción de donación entre vivos.

a. Es un contrato.

La disposición legal define a la donación como un contrato, superando el problema que el antiguo Código Civil italiano de 1865 creó al definir la donación como un acto²³⁸. Con todo, Messineo sostiene que el carácter contractual de la donación entre vivos sería solo una regla general, pues reconoce, además, una donación que es acto jurídico unilateral (donación obnupcial²³⁹, ya que se perfecciona sin necesidad de aceptación, por efecto de la sola declaración del donante y en el

²³⁶ Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial* (traducción de Santiago Sentis Melendo), 8 vols., Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1955, T. V, cfr. p. 5.

²³⁷ Trabucchi, Alberto, *Istituzioni de Diritto Civile*. Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milano, 48° ed., 2017, cfr. p. 657 (traducción libre).

²³⁸ Messineo, op. cit., cfr. p. 6. Torrente sostiene que la definición del artículo 1.050 del *Codice* de 1865 derivaba del artículo 894 del *Code* y se debió a un error del primer Cónsul, que cambió la noción de contrato, negocio bi o plurilateral, con aquella de contrato bilateral. Torrente, Andrea, *La Donazione*, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* (diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo), Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, Vol. XXII, 1956, cfr. p. 141 (traducción libre).

²³⁹ Art. 785 *Codice Civile* “*La donazione fatta in riguardo di un determinato futuro matrimonio, sia dagli sposi tra loro, sia da altri a favore di uno o di entrambi gli sposi o dei figli nascituri da questi, si perfeziona senza bisogno che sia accettata, ma non produce effetto finché non segua il matrimonio.*”

L'annullamento del matrimonio importa la nullità della donazione. Restano tuttavia salvi i diritti acquistati dai terzi di buona fede tra il giorno del matrimonio e il passaggio in giudicato della sentenza che dichiara la nullità del matrimonio. Il coniuge di buona fede non è tenuto a restituire i frutti percepiti anteriormente alla domanda di annullamento del matrimonio.

La donazione in favore di figli nascituri rimane efficace per i figli rispetto ai quali si verificano gli effetti del matrimonio putativo”.

momento en que ésta llega a conocimiento del donatario²⁴⁰), y casos de donación acontractual, como la renuncia a un derecho real sobre cosa ajena^{241 - 242}.

En el código vigente ya no se requiere la donación actual e irrevocable, ni la espontaneidad, absorbida en el concepto mismo de liberalidad, que implica necesariamente la ausencia de coacción jurídica²⁴³.

Siendo la donación un contrato, el legislador postula la idea del encuentro de dos declaraciones de voluntad, para lo cual resultan aplicables las reglas generales que regulan la formación del contrato²⁴⁴.

Con todo, Biondi aclara que la donación en el ordenamiento positivo italiano no presenta un solo tipo ni un solo esquema. En efecto, si bien el artículo 769 del *Codice* entrega una definición de lo que es la donación, el artículo 809²⁴⁵ del mismo cuerpo legal hace aplicables las reglas de la donación a otras figuras jurídicas. Se trata, por tanto, de actos diversos del contrato de donación, con diversa estructura, diversa forma y diversos efectos, pero sustancialmente son donaciones y se sujetan a la disciplina de la misma en los términos del citado artículo 809. Por tanto, para tales actos vale la definición de donación enunciada en el artículo 769; si a esa definición se sustituye la palabra “contrato” por la palabra “acto”, obtendremos una definición comprensiva tanto del contrato de donación, como de los otros actos de liberalidad que, si bien siempre son donaciones, no son contractuales²⁴⁶. Sin perjuicio de la explicación que propone Biondi, también es posible sostener que, en rigor, se trata de figuras que no son donaciones, sino liberalidades no donatorias, y por tal razón fue necesario que el legislador dijera expresamente que a tales figuras se les aplica las reglas de la donación entre vivos.

b. Precisa de un elemento subjetivo.

Se trata del enriquecimiento del donatario, esto es, procurar un aumento de valor o beneficio en el patrimonio de él. Se trataría de un requisito esencial, a diferencia de lo que ocurre con el enriquecimiento de la persona llamada a suceder *mortis causa*²⁴⁷. Trabucchi precisa que este espíritu de liberalidad debe estar presente en autor del acto y consiste en el intento de realizar una atribución patrimonial que no corresponde a un interés económico²⁴⁸.

²⁴⁰ Messineo, op. cit., cfr. p. 29.

²⁴¹ Messineo, op. cit., cfr. p. 6.

²⁴² Esta idea de la existencia de formas donativas no contractuales no es compartida por Trabucchi, para quien las donaciones no contractuales forman parte de la noción de donación indirecta. Trabucchi, op. cit., cfr. p. 658 (traducción libre).

²⁴³ Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 21 (traducción libre).

²⁴⁴ Torrente, op. cit., cfr. p. 142 (traducción libre).

²⁴⁵ Art. 809 *Codice* “Le liberalità, anche si risultano da atti diversi da quelli previsti dall’art. 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d’ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

Questa disposizione non si applica alle liberalità previste dal secondo comma dell’art. 770 e a quelle che a norma dell’art 742 non sono soggette a collazione”.

²⁴⁶ Biondi, op. cit., cfr. p. 88 (traducción libre).

²⁴⁷ Messineo, op. cit., cfr. p. 6.

²⁴⁸ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 658 (traducción libre).

c. Enriquecimiento y empobrecimiento correlativo

Se exige que ese enriquecimiento del donatario tenga como correlato el empobrecimiento del donante. Si el enriquecimiento de una persona es causado por la actividad de otro, pero con cargo al patrimonio de un tercero, no habrá donación, sino – a lo sumo – contrato en daño de tercero²⁴⁹. A partir de esto, Trabucchi distingue entre la donación con efecto real, con el cual se transfiere o se constituye el derecho sobre un bien; de la donación liberatoria, con la cual se renuncia a un derecho, como un usufructo, una servidumbre, un crédito; y de la donación promisorias, con la cual se asume una obligación frente al donatario²⁵⁰.

Iacovino, Tavassi y Cassandro advierten que surge una dificultad cuando se trata de precisar qué ha de entenderse por enriquecimiento. En efecto, sostienen que el artículo 769 del *Codice* no puede referirse al enriquecimiento objetivo del donatario, pues a tal interpretación obsta el artículo 793 inciso 2º del mismo cuerpo legal²⁵¹, el cual establece que el cumplimiento del modo puede absorber todo el valor de la cosa donada. De ahí que el enriquecimiento entendido en un sentido jurídico nunca es configurable, dado que no subsiste la precedencia cronológica de la adquisición del derecho respecto al nacimiento de la obligación modal; de hecho, perfeccionada la donación modal, el donatario se obliga simultáneamente a realizar la prestación objeto del modo. En consecuencia, el término enriquecimiento debe interpretarse desde una perspectiva diferente, sobre la base de la cual debe suponerse que el artículo 769 del *Codice* no requiere un efectivo incremento patrimonial del donatario, sino que más bien subsiste la convicción de las partes, al momento de la conclusión del contrato, que la donación determinará el resultado²⁵².

d. Espíritu de liberalidad.

Es lo que tradicionalmente se ha llamado *animus donandi*, el cual denota, no solo la gratuidad, entendida como ausencia de compensación, sino que también la razón de la ventaja patrimonial o enriquecimiento (como elemento subjetivo), esto es que la ventaja se procura para beneficiar al destinatario de ella. Desde otra perspectiva, se puede considerar al espíritu de liberalidad como ausencia de constricción, es decir, para que la donación pueda ser considerada como tal, es necesario que sea espontánea, esto es, sin que el sujeto sea constreñido a ella por una obligación preexistente que él quiera cumplir; lo que permite – a su turno – distinguir la donación del cumplimiento de una obligación natural²⁵³.

Para Iacovino, Tavassi y Cassandro, el espíritu de liberalidad debe identificarse en el intento común del donante y del donatario de establecer una regulación de intereses que comporta una atribución sin contraprestación a la labor del donatario: el resultado que intenta perseguir el donante a través de la donación debe ser conocido y compartido por el donatario²⁵⁴.

Cabe tener presente que no se debe confundir la causa de la donación con el motivo de ella. La causa es un dato objetivo y constante que consiste en enriquecer al donatario para beneficiarlo, sin

²⁴⁹ Messineo, op. cit., cfr. p. 6.

²⁵⁰ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 666 (traducción libre).

²⁵¹ Art. 793 *Codice Civile* “La donazione può essere gravata da un onere.

Il donatario è tenuto all'adempimento dell'onere entro i limiti del valore della cosa donata.

Per l'adempimento dell'onere può agire, oltre il donante, qualsiasi interessato, anche durante la vita del donante stesso.

La risoluzione per inadempimento dell'onere, se preveduta nell'atto di donazione, può essere domandata dal donante o dai suoi eredi”.

²⁵² Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. pp. 23 – 24 (traducción libre).

²⁵³ Messineo, op. cit., cfr. p. 6.

²⁵⁴ Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 26 (traducción libre).

compensación, mientras que el motivo es variable y consiste en el móvil particular que induce al donante a la donación. De esta manera, puede haber varios motivos que concurren al mismo tiempo en la donación, mientras que la causa es siempre una sola. Además, se ha señalado que al *animus* del donante debe corresponder el respectivo *animus* del donatario, en orden a recibir a título de donación. De esta manera, puede identificarse la causa de la donación o *causa donandi* en el enriquecimiento que el donante procura al donatario, sin recibir compensación, para beneficiarlo, y que este último acepta a igual título²⁵⁵.

e. Irrevocabilidad.

La disposición no dice expresamente que la donación deba ser irrevocable y éste es un tema discutido en la doctrina italiana²⁵⁶.

Por una parte, Biondi plantea que no es admisible una propuesta irrevocable de donación. A su juicio, este problema no se presentaba bajo el imperio del *Codice* de 1865, toda vez que, si la donación por definición era irrevocable, el intento de revocarla resultaba ocioso. Sin embargo, el problema se presenta en el *Codice* vigente. En efecto, sostiene que, de una parte, no se considera como ocioso el carácter irrevocable de la donación perfecta y, de otra, en el inciso 3º del artículo 782 del *Codice*²⁵⁷ se sanciona el principio general de la plena revocabilidad de la declaración, que faltaba en el *Codice* de 1865. Además, la configuración legislativa de la donación como un contrato hace surgir la pregunta de si a la declaración del donante le resulta aplicable el artículo 1.329 del *Codice*²⁵⁸ que en general, para los contratos, permite al proponente comprometerse a mantener firme la propuesta dentro de un cierto tiempo²⁵⁹.

La opinión mayoritaria, por el contrario, entiende que la donación es irrevocable²⁶⁰, entendiéndose que la referencia se hace a la revocación que depende del arbitrio del donante, pues hay casos en los que la ley autoriza la revocación de la donación. Este requisito encuentra su fundamento en el principio de la fuerza obligatoria del contrato y, por lo mismo, no puede ser reducida a la nada mediante la voluntad unilateral del donante (deudor)^{261 - 262}.

A partir de lo dispuesto en el artículo 769 del Código Civil italiano ya citado, se distingue entre la donación en sentido técnico y como negocio concreto, de la donación en sentido genérico, entendida como la causa general de adquisición y, respectivamente, de constitución o transferencia

²⁵⁵ Messineo, op. cit., cfr. p. 8. En el mismo sentido, Trabucchi entiende que el *animus donandi* constituye la causa común de los negocios liberales y que no debe confundirse con los motivos individuales que lo determinan. Los motivos pueden ser variados y diversos, pero el *animus* característico en definitiva es siempre igual. Trabucchi, op. cit., cfr. p. 659 (traducción libre).

²⁵⁶ Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 36 (traducción libre).

²⁵⁷ Art. 782 comma 3 Codice Civile italiano "Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione".

²⁵⁸ Art. 1.329 comma 1 Codice Civile italiano "Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto".

²⁵⁹ Biondi, op. cit., cfr. p. 485 (traducción libre).

²⁶⁰ Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 36 (traducción libre).

²⁶¹ Messineo, op. cit., cfr. p. 7.

²⁶² En el mismo sentido, Torrente plantea que, si en términos generales la propuesta de celebrar un contrato es revocable y ello no excluye que el proponente pueda imprimir una eficacia diversa a su declaración, pudiendo obligarse a mantener firme su oferta por un determinado lapso, con la consecuencia que la eventual revocación no produzca efecto, conforme lo establece el artículo 1.329 del *Codice*, sin que exista razón alguna para excluir a la donación de esta figura. Torrente, op. cit., cfr. pp. 448 - 449 (traducción libre).

de derechos a título gratuito, la cual es común a distintos negocios jurídicos diversos de la donación²⁶³
- 264 -

f. Obra personalísima del donante.

La donación debe ser una obra personalísima del donante: no se concibe que un acto en el que se realiza un espíritu de liberalidad pueda provenir de persona diversa de aquella sobre cuyo patrimonio incide el acto, ni que la elección del donatario no provenga de ella; de ahí que no tiene cabida la representación²⁶⁵.

g. El medio técnico puede ser diverso.

El medio técnico con el cual puede realizarse la donación puede ser muy diverso, pero siempre consiste en la atribución de un derecho. Puede consistir en transferir el dominio al donatario o constituir a favor de él un derecho real, sin que exista una compensación (donación real, sea traslativa o constitutiva); en la renuncia o abandono de un derecho a favor del donatario (donación liberatoria); o bien, que el donante se constituya en deudor de una prestación (donación obligatoria)²⁶⁶.

h. Es un contrato solemne.

Cabe tener presente que, en el derecho italiano, la donación es un negocio solemne: debe hacerse por acto público, so pena de nulidad y en presencia de testigos. El acto público es un requisito cualquiera que sea el objeto de la donación (cosa mueble o inmueble). Cuando no se contiene en el mismo acto, la forma pública es requerida tanto para la oferta como para la aceptación. Para los bienes muebles, el acto o la nota que lo acompaña debe contener también la indicación específica del objeto donado y de su valor²⁶⁷.

Con todo, tal como ocurre en Francia, se reconoce como excepción a la donación solemne la figura de la donación manual, en la cual el requisito de la forma es sustituido por la transmisión de la posesión. Conforme al artículo 783 del *Codice*²⁶⁸, se requiere de una cosa mueble; que sea de valor módico, valor que debe ser proporcional a la costumbre, incluso en lo que respecta a la adecuación de las condiciones económicas del donante; que se haya hecho la efectiva tradición de la posesión al donatario (este requisito de la realidad – contrato real – representa un residuo del principio tradicional: “donar y retener no vale”), habiendo reconocido la Corte de Casación que puede hacerse a través de

²⁶³ Messineo, op. cit., cfr. p. 8.

²⁶⁴ Esta distinción no la formula Trabucchi, quien prefiere sostener que el contrato de donación no agota el ámbito de la figura de la liberalidad, pues, junto al contrato típico de donación, es posible identificar otros medios con los cuales puede actuar el espíritu de liberalidad, cada uno con su propia disciplina, pero con la nota común de la liberalidad. Y señala como caso de otra categoría de donativo que se excluye expresamente del ámbito de la donación a las liberalidades de uso que son generalmente efectuadas con ocasión de servicios prestados de conformidad a los usos o a la costumbre social; se trata siempre de actos a título gratuito, no obligatorios, como propinas, regalos hechos por proveedores en ocasiones festivas, gratificaciones al personal. Trabucchi, op. cit., cfr. pp. 657 – 660 (traducción libre).

²⁶⁵ Messineo, op. cit., cfr. p. 8.

²⁶⁶ Messineo, op. cit., cfr. pp. 8 – 9.

²⁶⁷ Trabucchi, op. cit. cfr. pp. 667 – 668 (traducción libre).

²⁶⁸ Art. 783 inc. 1º *Codice* “La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purchè vi sia stata la tradizione”.

una tradición *brevi manu* si el objeto ya lo detentaba el donatario. Son casos de donaciones manuales los donativos hechos con ocasión de cumpleaños, estrenos, limosnas de caridad o beneficencia, etc.²⁶⁹.

Según Torrente, en la donación manual la tradición asume la misma función que el acto público, permitiendo al donante reflexionar sobre la atribución liberal²⁷⁰. Esta opinión no es compartida por Biondi, para quien, en la donación manual, el valor modesto del bien donado no impone una seria evaluación del alcance de la atribución, por lo que la tradición confiere certeza a la donación, a falta del acto público²⁷¹.

En el caso de la donación manual, cuando donante y donatario están presentes, el donante declara al donatario su voluntad de transmitir la cosa a título de donación y el recibimiento de la cosa entregada significa su aceptación de la donación²⁷².

4.4.4 La donación entre vivos en el Código Civil español.

Interesa examinar lo que ocurre en el Código Civil español, pues también ha recibido la influencia del derecho romano²⁷³, el cual, como es sabido, era conocido de Bello y del Código de Napoleón²⁷⁴. Por otro lado, y como consecuencia de lo anterior, la doctrina española, tal como lo ha hecho la doctrina italiana, ha analizado algunas cuestiones que también están presentes en el ordenamiento chileno, como es la exigencia del *animus donandi*²⁷⁵. Además, cabe agregar que en España – conforme se examinará – se ha discutido el problema de la naturaleza jurídica de la donación entre vivos, en términos similares, aunque con mayor desarrollo, a lo que ha ocurrido en Chile. Finalmente, se considera relevante el examen de la situación en España, toda vez que – conforme se señalará – la doctrina española ha estudiado, para lo que interesa en la presente investigación, el tema de las liberalidades no donatorias, llamadas en ese país donaciones indirectas²⁷⁶.

El artículo 618 del Código Civil español dispone que “*La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta*”.

Por su parte, el artículo 619 del mismo cuerpo legal establece que “*Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado*”.

4.4.4.1 Naturaleza jurídica de la donación entre vivos en el Código Civil español.

Pese a que el legislador español ha definido a la donación como un acto, la doctrina española ha discutido cuál es su naturaleza jurídica.

²⁶⁹ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 668 (traducción libre).

²⁷⁰ Torrente, op. cit., cfr. p. 146 (traducción libre).

²⁷¹ Biondi, op. cit., cfr. p. 876 (traducción libre).

²⁷² Torrente, op. cit., cfr. p. 149 (traducción libre).

²⁷³ Egusquiza Balmaseda, M^a de los Ángeles, “Perfección de la Donación: Acto, Negocio Dispositivo o Contrato”, en M^a de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (Directoras), *Tratado de las Liberalidades*, Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 293 – 324, cfr. pp. 293 – 296.

²⁷⁴ Egusquiza Balmaseda, op. cit., cfr. p. 295.

²⁷⁵ Torres Lana, José Ángel, “Causa e Intención Liberal en el Actual Régimen Contractual”, en M^a de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (Directoras), *Tratado de las Liberalidades*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 103 – 129.

²⁷⁶ Ortega Pardo, Gregorio – José, “Donaciones Indirectas”. En *Anuario de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Fascículo 3, 1949, pp. 918 – 980.

a. Opinión que sostiene que la donación entre vivos tiene una naturaleza contractual.

Como explica Egusquiza, no obstante el aparente claro tenor de la disposición legal citada, no resulta tan claro que la donación sea un “acto”, pues, a partir de la misma disposición y de los artículos 623²⁷⁷ y 629²⁷⁸ del mismo cuerpo legal, se extrae la necesaria aceptación del donatario, por lo que podría entenderse que se trata de un contrato²⁷⁹.

Por otro lado, también se ha argumentado a favor de la naturaleza contractual de la donación entre vivos a partir de ciertas disposiciones del Código Civil español. Así, se ha recurrido al artículo 621 del referido cuerpo legal, pues esta disposición hace aplicables para la donación entre vivos, de manera supletoria, las disposiciones relativas a los contratos y obligaciones, en consecuencia, debe tratarse de un contrato para que resulten aplicables las reglas generales de éstos en defecto de reglas particulares; al artículo 624 que, al tratar de la capacidad para donar, establece que pueden hacer donaciones quienes pueden contratar, lo que se explicaría por la naturaleza contractual de la donación entre vivos, y al artículo 1.274, pues, al hablar de la causa en los contratos, establece que la causa en los contratos de pura beneficencia, la causa está dada por la mera liberalidad del bienhechor, expresiones que necesariamente deben estar haciendo referencia a la donación entre vivos²⁸⁰.

Esta forma de comprender la donación implica que de ella nace una obligación para el donante y, correlativamente, un derecho personal para el donatario. Consecuentemente, para que opere la atribución patrimonial se necesita de otro acto jurídico, cual es la tradición que hace el donante al donatario de la cosa donada²⁸¹.

b. Opinión que sostiene que la donación entre vivos tiene una naturaleza de acto atributivo directo del derecho donado.

En este orden de ideas Díez – Picazo sostiene que, para el Código Civil español, conforme se desprende de su artículo 609, la donación entre vivos es considerada como un modo de adquirir independiente, de manera que basta el perfeccionamiento del negocio denominado donación para que se transfiera la propiedad de las cosas donadas del donante al donatario²⁸².

A juicio de Rubio, en el Código Civil español la donación es un acto lucrativo de atribución de cosas y derechos, esto es, un acto que, *per se*, produce el desplazamiento de lo donado, atribuyendo la titularidad al donatario²⁸³, agregando que la aceptación de éste constituye un acto jurídico autónomo e independiente, aunque accesorio a la donación, que sería el acto jurídico principal²⁸⁴. Esta forma de razonar encuentra fundamento en la ubicación que ocupa la donación entre vivos en el Código Civil

²⁷⁷ Artículo 623 Código Civil español “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario”.

²⁷⁸ Artículo 629 Código Civil español “La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”.

²⁷⁹ Egusquiza Balmaseda, op. cit., cfr. p. 295.

²⁸⁰ Albaladejo García, Manuel, “Artículo 618”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1986, disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/254112> [Fecha consulta 17 de mayo de 2021].

²⁸¹ Arjona Guajardo – Fajardo, José Luis, “¿Traslativa u Obligatoria? El Problema de la Operatividad del Negocio de Donación en el Código Civil Español”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Nº 772, marzo 2019, cfr. p. 572.

²⁸² Díez – Picazo, Luis, “La Tradición y los Acuerdos Traslativos en el Derecho Español”. En *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Fascículo 3, 1966, cfr. p. 563.

²⁸³ Rubio Torrano, Enrique, “Los Artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra Explicación”. En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 543, 1981, pp. 350 – 374, cfr. p. 366 – 367.

²⁸⁴ Ídem, cfr. p. 370.

español que, siguiendo el modelo francés, aparece en el Título II del Libro III, a propósito de los diferentes modos de adquirir la propiedad.

Esguiza, siguiendo esta forma de entender la donación, plantea que el artículo 629 del Código Civil español tiene por finalidad marcar el efecto real inmediato que supone la atribución de lo donado al donatario, es decir, refleja el efecto real del acto de donación dispositivo y el conjunto complementario de relaciones jurídicas que lo acompañan para su efectivo desarrollo; se trata, por tanto de un negocio jurídico dispositivo *per se*²⁸⁵.

c. Opinión que sostiene que la donación entre vivos tiene una doble naturaleza jurídica.

Conforme explica Arjona, en el Código Civil español es posible concebir que la donación tiene dos tipos de eficacia: traslativa y obligacional. Si bien, a su juicio, el legislador español tuvo en cuenta el modelo de donación traslativa, ello no es obstáculo para reconocer la viabilidad de la donación obligacional, toda vez que, en virtud de la autonomía privada, no existe óbice alguno para que las partes puedan configurar una donación de eficacia obligatoria o donación contrato²⁸⁶.

4.4.2 Características de la donación entre vivos en el Código Civil español.

A partir de la reglamentación que establece el Código Civil español, es posible sostener que la donación, en el referido cuerpo legal, presenta las siguientes características:

4.4.2.1 Es un acto de liberalidad.

Se entiende por tales los que, por ánimo liberal o *animus donandi*, generan un enriquecimiento en otro²⁸⁷. De ahí que el artículo 1.274 del Código Civil español establece que la causa en los contratos de pura beneficencia es la mera liberalidad del bienhechor.

4.4.2.2 Es un acto de disposición gratuito.

Por una parte, es un acto de disposición por cuanto hay un empobrecimiento del donante y, correlativamente, un enriquecimiento del donatario; además, dicho empobrecimiento debe ser efectivo, es decir, debe haber una pérdida real de un elemento que existía en el patrimonio, no pudiendo haber donación cuando se deja de percibir una posible ganancia²⁸⁸.

Por otra parte, es un acto gratuito, pues se realiza sin recibir ninguna contraprestación a cambio²⁸⁹.

²⁸⁵ Egusquiza Balmaseda, op. cit., cfr. p. 307.

²⁸⁶ Arjona Guajardo – Fajardo, op. cit., cfr. pp. 597 – 598.

²⁸⁷ De Pablo et al., op. cit., cfr. p. 563.

²⁸⁸ Ídem, cfr. p. 564.

²⁸⁹ *Ibidem*.

4.4.2.3 Exige la concurrencia del *animus donandi*.

Se ha entendido por *animus donandi* la intención de beneficiar^{290 - 291}, no debiendo confundirse con los motivos personales que llevan a una persona a favorecer a otra²⁹².

Esta intención de favorecer debe existir en el momento en que se perfecciona la donación²⁹³.

4.4.2.4 Requiere de la aceptación del donatario.

A partir de lo dispuesto en los artículos 618²⁹⁴, 623²⁹⁵, 625²⁹⁶, 626²⁹⁷, 627²⁹⁸, 629²⁹⁹, 630³⁰⁰ y 631³⁰¹ del Código Civil español, es posible sostener que el donatario debe estar de acuerdo en aceptar el carácter gratuito de la donación³⁰².

Egusquiza agrega que esta aceptación es exigible tanto por quienes sostienen que la donación es un acto, como para quienes sostienen que se trata de un contrato. Los primeros señalan que se requiere de la aceptación del donatario, pues se trata de una declaración de voluntad necesaria para que la atribución del donante surta efectos en el patrimonio del donatario³⁰³, toda vez que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad; en este caso, la aceptación sería un acto jurídico autónomo, independiente y accesorio de la donación³⁰⁴. Los segundos afirman que el consentimiento del donatario es indispensable, pues, al ser un contrato – y por ende un acto jurídico bilateral – se requiere que las voluntades de ambas partes confluyan a la formación del consentimiento necesario en todo contrato³⁰⁵.

²⁹⁰ *Ibidem*.

²⁹¹ Con todo, se reconoce la dificultad para configurar este ánimo de liberalidad como un elemento distinto de la voluntad de donar, esto es, del consentimiento necesario para que exista la donación. *Ibidem*. Por nuestra parte, nos remitimos a lo examinado supra 4.3.3.

²⁹² *Ídem*, cfr. p. 563.

²⁹³ *Ídem*, cfr. p. 565.

²⁹⁴ Art. 618 Código Civil español: “La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”.

²⁹⁵ Art. 623 Código Civil español: “La donación se perfecciona desde que el donante conoce la aceptación del donatario”.

²⁹⁶ Art. 625 Código Civil español: “Podrán aceptar donaciones todos los que no estén especialmente incapacitados por la ley para ello”.

²⁹⁷ Art. 626 Código Civil español: “Las personas que no pueden contratar no podrán aceptar donaciones condicionales u onerosas sin la intervención de sus legítimos representantes”.

²⁹⁸ Art. 627 Código Civil español: “Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían si se hubiera verificado ya su nacimiento”.

²⁹⁹ Artículo 629 Código Civil español “La donación no obliga al donante, ni produce efecto, sino desde la aceptación”.

³⁰⁰ Art. 630 Código Civil español: “El donatario debe, so pena de nulidad, aceptar la donación por sí o por medio de persona autorizada con poder especial para el caso, o con poder general y bastante”.

³⁰¹ Art. 631 Código Civil español: “Las personas que acepten una donación en representación de otras que no puedan hacerlo por sí, estarán obligadas a procurar la notificación y anotación de que habla el artículo 633”.

³⁰² De Pablo et al., op. cit., cfr. p. 566.

³⁰³ Egusquiza Balmaseda, , op. cit., cfr. p. 303.

³⁰⁴ *Ibidem*.

³⁰⁵ *Ídem*, cfr. p. 304.

4.4.5 La donación entre vivos en el Código Civil y Comercial de la Nación argentino.

Resulta de interés revisar lo que ha ocurrido con el contrato de donación entre vivos en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina, toda vez que se trata de un cuerpo normativo contemporáneo, del año 2015 y, por lo mismo, es dable esperar que, en la configuración de su reglamentación, se haya recogido las diversas opiniones doctrinarias en torno a este contrato y se haya estructurado de manera coherente y completa.

Lo primero que llama la atención es que el Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina reglamenta la donación a propósito de los contratos (Capítulo 22, artículos 1.542 y siguientes). Cabe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 1.543³⁰⁶, las reglas legales aplicables al contrato de donación entre vivos se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito y no solo a los contratos gratuitos³⁰⁷, es decir, es posible sostener que se trata del estatuto común de los actos jurídicos gratuitos, pues sus reglas son aplicables a todos ellos, cuando no exista una regla legal expresa que establezca algo distinto. También resulta de interés tener presente que el artículo 1.546 del mismo Código³⁰⁸ termina con la distinción entre donación entre vivos y donación por causa de muerte.

A partir de lo dispuesto en el artículo 1.542 del Código Civil y Comercial³⁰⁹, se entiende que se trata de un contrato, toda vez que se exige expresamente la aceptación del donatario y, además, se advierte su naturaleza obligacional, pues el donante solo se obliga a transferir una cosa al donatario y enfatiza su carácter gratuito, esto es, sin contraprestación³¹⁰. De esta manera, se distingue con claridad la donación de las atribuciones gratuitas efectuadas por testamento, toda vez que la donación produce efectos de inmediato, siendo inadmisibles que los mismos se subordinen a la muerte del donante, conforme lo expresa el artículo 1.546 del mismo cuerpo legal, mientras que el testamento solo puede producir sus efectos a partir del fallecimiento del testador, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2.466 del referido Código³¹¹. A mayor abundamiento, al ser un contrato, la donación solo puede ser revocada en virtud de las causas expresamente previstas por la ley, mientras que el testamento puede ser revocado a voluntad del testador³¹².

Sin perjuicio de su naturaleza contractual, el artículo 1.554 del Código Civil y Comercial³¹³ reconoce la figura de la donación manual, la cual se perfecciona por la sola entrega de la cosa o del título al donatario, de manera que, si falta la tradición, la donación no existirá como tal³¹⁴. Gagliardo entiende que, a partir de esta disposición, el Código Civil y Comercial ha consagrado dos formas de donación de bienes muebles: una, que se define por el sustrato material del contrato y que se concretan mediante forma escrita, y la segunda – la donación manual – que se define por su concreción y

³⁰⁶ Art. 1.543 CC y C de la Nación argentino “Aplicación subsidiaria. Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos jurídicos a título gratuito”.

³⁰⁷ Moggia Catalina, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Miguel De Lorenzo; Pablo Lorenzetti, coordinadores), Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, T. VII, 2015, cfr. p. 679.

³⁰⁸ Art. 1.546 CC y C de la Nación argentino “Donación bajo condición. Están prohibidas las donaciones hechas bajo condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante”.

³⁰⁹ Art. 1.542 CC y C de la Nación argentino “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta lo acepta”.

³¹⁰ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 675.

³¹¹ Art. 2.466 CC y C de la Nación argentino “Ley que rige la validez del testamento. El contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga según la ley vigente al momento de la muerte del testador”.

³¹² Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 676.

³¹³ Art. 1.554 CC y C de la Nación argentino “Donación manual. Las donaciones de cosas muebles no registrables y de títulos al portador deben hacerse por la tradición del objeto donado”.

³¹⁴ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 706.

perfeccionamiento mediante la tradición material³¹⁵. Moggia plantea que el texto legal pareciera que ha optado por dar a la donación una nueva exigencia formal, pero que puede llegar a confundirse con un contrato real, lo que no se condice con la supresión de la referida categoría en el nuevo Código³¹⁶. Sin perjuicio de ello, como ya lo hemos señalado, cuesta visualizar a la donación manual como un contrato real, pues, con la entrega de la cosa donada, no nace obligación alguna.

Cabe tener presente que el texto del artículo 1.542 del Código Civil y Comercial no hace referencia al *animus donandi*. La explicación se encuentra en que dicho *animus* había sido entendido como la ausencia de constricción para donar, que emergía de la exigencia que la donación debía surgir de la libre voluntad del donante, por lo que no era admisible la promesa de donación; en consecuencia, bajo el texto actual la regla general viene dada por la admisibilidad de la promesa de donación, siendo excepcionalmente inadmisibles solo en los casos en que se ha impuesto al contrato una forma determinada bajo pena de nulidad que, en el caso de la donación, solo alcanza a las que se refieran a inmuebles, muebles registrables o prestaciones periódicas o vitalicias³¹⁷. Con todo, Gagliardo sostiene que, aunque la disposición no haga referencia al *animus donandi*, éste está presente en toda donación, ya que resulta un consentimiento contractual referido a la figura de la donación: un consenso sobre la causa³¹⁸; en efecto, entiende que el *animus donandi* es la causa de la donación, donde prevalece la gratuidad³¹⁹.

El Código Civil y Comercial se ha preocupado también de definir los actos mixtos, en su artículo 1.544³²⁰. Esta disposición establece una distinción entre la forma y el contenido: la forma se rige por las reglas de la donación entre vivos, mientras que – tratándose del contenido – se toma en consideración la naturaleza aparente del acto aplicado, de manera que a la parte gratuita se aplican las reglas de la donación, mientras que para la parte onerosa se aplican las reglas del contrato aparente³²¹. Como consecuencia de ello, en materia de capacidad, deberá tenerse en cuenta las reglas de los artículos 1.548³²² y 1.549³²³ del referido cuerpo legal, sin que tenga importancia la cuantía de la parte onerosa; en cambio, si interesa dicha cuantía, pues, en función de ella, el donante está obligado al saneamiento de la evicción y de los vicios ocultos (artículos 1.033³²⁴ y 1.034³²⁵ del CC y C de la

³¹⁵ Gagliardo, Mariano, *Sociedades de Familia y Cuestiones Patrimoniales*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 3ª ed., 2018, cfr. p. 808.

³¹⁶ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 707.

³¹⁷ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 677.

³¹⁸ Gagliardo, Mariano, op. cit., cfr. p. 733.

³¹⁹ Ídem, cfr. p. 740.

³²⁰ Art. 1.544 CC y C de la Nación argentino “Actos mixtos. Los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, se rigen en cuanto a su forma por las disposiciones de este Capítulo; en cuanto a su contenido, por ésta en la parte gratuita y por las correspondientes a la naturaleza aparente del acto en la parte onerosa”.

³²¹ Moggia Catalina, op. cit., cfr. pp. 680 – 681.

³²² Art. 1.548 CC y C de la Nación argentino “Capacidad para donar. Pueden donar solamente las personas que tienen plena capacidad de disponer de sus bienes. Las personas menores emancipadas pueden hacerlo con la limitación del inciso b) del artículo 28”.

³²³ Art. 1.549 CC y C de la Nación argentino “Capacidad para aceptar donaciones. Para aceptar donaciones se requiere ser capaz. Si la donación es a una persona incapaz, la aceptación debe ser hecha por su representante legal; si la donación del tercero o del representante es con cargo, se requiere autorización judicial”.

³²⁴ Art. 1.033 CC y C de la Nación argentino “Sujetos responsables. Están obligados al saneamiento:

a. el transmitente de bienes a título oneroso;

b. quien ha dividido bienes con otros;

c. sus respectivos antecesores, si han efectuado la correspondiente transferencia a título oneroso”.

³²⁵ Art. 1.034 CC y C de la Nación argentino “Garantías comprendidas en la obligación de saneamiento. El obligado al saneamiento garantiza por evicción y por vicios ocultos conforme a lo dispuesto en esta Sección, sin perjuicio de las normas especiales”.

Nación) y, por otro lado, en la misma medida no procederá la colación ni la acción de reducción³²⁶. A juicio de Gagliardo, la redacción del artículo 1.544 del CC y C de la Nación, en los actos mixtos no tiene cabida la vigencia de la teoría de la absorción normativa, es decir, para la interpretación del acto jurídico no rige la teoría de la preponderancia, lo que resulta criticable, pues con ella los actos mixtos perderían autonomía, toda vez que deben ser reconducidos a un determinado acto típico, ya sea por la individualización del acto preponderante, o bien por la aplicación de la analogía, en cuanto a la consideración del acto con el que presente mayor semejanza y, además, porque al adoptar la teoría de la combinación, ésta resulta ser insuficiente cuando no es posible dividir el acto, al ser celebrado por las partes como una unidad³²⁷.

La nueva reglamentación de la donación en el Código Civil y Comercial permite extraer las siguientes características de este contrato:

4.4.5.1 Es consensual.

El Código exige la existencia de un acuerdo de voluntades de ambas partes, una que se obliga a transferir una cosa y la otra que la acepta expresa o tácitamente³²⁸. A mayor abundamiento el artículo 1.015 del mismo Código³²⁹ consagra como regla general la libertad de forma, de manera que solo excepcionalmente se ha impuesto una determinada, como ocurre con la donación de inmuebles, de muebles registrables o de prestaciones periódicas o vitalicias³³⁰.

4.4.5.2 Es unilateral.

Solo resulta obligado el donante a transferir la cosa donada al donatario, quien no contrae obligación alguna³³¹.

Sin perjuicio de lo señalado, Gagliardo sostiene que, a veces, puede presentar caracteres de bilateralidad, por ejemplo, si el donatario debe cumplir una carga o gravamen, incluido en la donación, a favor del donante^{332 - 333}.

4.4.5.3 Es gratuito.

Según el artículo 967 del mismo Código, los contratos a título gratuito son aquellos que aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, con independencia de toda prestación a su cargo³³⁴. En este caso, la ventaja sería para el donatario, quien no estaría obligado a realizar prestación alguna.

³²⁶ Moggia Catalina, op. cit., cfr. pp. 681 – 682.

³²⁷ Gagliardo, Mariano, op. cit., cfr. p. 741.

³²⁸ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 677.

³²⁹ Art. 1.015 CC y C “Libertad de formas. Solo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada”.

³³⁰ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 678.

³³¹ Ídem, cfr. p. 677.

³³² Gagliardo, Mariano, op. cit., cfr. p. 746.

³³³ Sin perjuicio de lo señalado, el propio Gagliardo reconoce que hay autores que han señalado que, en este caso, en rigor, se estaría frente a una donación sujeta a condición, de manera que seguiría siendo un contrato unilateral. Ibidem.

³³⁴ Moggia Catalina, op. cit., cfr. pp. 677 – 678.

Con todo, apunta Gagliardo, es posible incorporar a la donación elementos de tipo oneroso, ya sean objetivos o subjetivos, como ocurre, por ejemplo, en la donación de carácter modal o en la donación remuneratoria³³⁵.

4.4.5.4. Es nominado.

El artículo 970 del mismo cuerpo legal establece que son nominados los contratos que han sido regulados especialmente por la ley, como ocurre con la donación³³⁶.

4.4.5.5. Es principal.

Como explica Gagliardo, subsiste por sí mismo, sin necesidad de un vínculo jurídico que le sirva de base o sustento³³⁷.

4.4.6 La donación entre vivos en el Código Civil chileno.

Nuestro Código Civil reconoce dos tipos de donaciones: entre vivos y por causa de muerte³³⁸.

El artículo 1.386 del Código Civil chileno define a la donación entre vivos señalando 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”*.

Por su parte, José Miguel Lecaros la define como *“un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a transferir gratuitamente a otra una cosa o derecho entre vivos”*³³⁹; mientras que Alejandro Guzmán la ha definido como *“la atribución convencional dispositiva entre vivos, no debida, gratuita y lucrativa de una cosa corporal o incorporeal o de un valor, que disminuyendo el patrimonio del donante aumenta el del donatario”*³⁴⁰.

³³⁵ Gagliardo, Mariano, op. cit., cfr. pp. 745 – 746.

³³⁶ Moggia Catalina, op. cit., cfr. p. 678.

³³⁷ Gagliardo, Mariano, op. cit., cfr. p. 746.

³³⁸ Si bien para Somarriva se trata de *“un acto jurídico unilateral por el cual una persona da o promete dar a otra una cosa o un derecho para después de su muerte, conservando la facultad de revocarlo mientras viva”*. Somarriva Undurraga, op., vol. et ed. cit. cfr. pp. 328 – 329, Rodríguez critica esta definición, por cuanto la donación revocable no transfiere el dominio ni es una promesa de dar la cosa donada; por otra parte, no da cuenta de su carácter solemne, razón por la cual las define señalando que *“son actos testamentarios relacionados con uno o más asignatarios a título universal o singular, llamados a producir plenos efectos a la muerte del causante y pudiendo generar efectos secundarios en el tiempo intermedio (entre su otorgamiento y la muerte del donante)”*. Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 207. A mayor abundamiento, según Somarriva, las solemnidades de estas donaciones son distintas, según la forma como se hagan, toda vez que el artículo 1.137 del Código Civil chileno establece que pueden hacerse de dos formas. La primera, es que se hagan conforme a las solemnidades del testamento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.139 de nuestro Código Civil, lo que encuentra su justificación en que se trata de disposiciones de última voluntad del testador. La segunda, es que se hagan conforme a las solemnidades de las donaciones entre vivos, pero reservándose el donante la facultad de revocar la donación en el instrumento respectivo. Agrega que esta distinción tiene importancia por cuanto la forma en que se confirma la donación es distinta; en efecto, si la donación revocable se otorga conforme a las solemnidades del testamento, se confirma, ipso jure, por el solo fallecimiento del donante; en cambio, si se otorgó conforme a las solemnidades de la donación, la confirmación debiera hacerse en el testamento del donante. Somarriva Undurraga, op., vol. et ed. cit. cfr. pp. 329 – 330. En cualquiera de estos casos, no hay un desplazamiento patrimonial ni convencionalidad, por lo que claramente pueden distinguirse del contrato de donación entre vivos.

³³⁹ Lecaros Sánchez, op. cit., pp. 13 – 14.

³⁴⁰ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., pp. 35 – 36.

La definición legal no ha estado exenta de críticas. En primer lugar, se ha señalado que el legislador ha empleado – erróneamente – la expresión “acto”, la cual daría a entender que la donación irrevocable sería un acto jurídico unilateral³⁴¹.

En consecuencia, pese a que la definición legal señala que es un “acto”, la doctrina tradicional ha sostenido que, en realidad, se trata de un contrato, pues necesita, para nacer a la vida del derecho, del concurso de voluntades de donante y donatario³⁴² y, por lo tanto, se trata de un acto jurídico bilateral³⁴³; además, es fuente de derechos personales y obligaciones³⁴⁴. Se ha fundamentado el carácter contractual de la donación irrevocable en la propia definición del artículo 1.386, el cual exige la voluntad (aceptación) del donatario, y el artículo 1.416 inc. 2º de nuestro Código Civil, el cual hace aplicables, supletoriamente, las reglas generales de los contratos³⁴⁵.

La doctrina tradicional ha explicado que este “error” del legislador nacional encontraría su explicación en tratarse de una copia del artículo 894 del Código Civil francés³⁴⁶. Empero, se ha justificado que el legislador haya empleado la expresión “acto”, señalándose que no siempre las donaciones entre vivos son contratos, sino que también hay ciertos actos jurídicos que, sin ser contratos, son convenciones que constituyen donación por expreso mandato legal, como la remisión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o censo (artículo 1.395); el pago, a sabiendas, de lo que no se debe (artículo 1.397); la remisión gratuita de una deuda (artículo 1.397); la remisión de las obligaciones del fiador cuando el deudor principal está en insolvencia (artículo 1.397); la remisión de una prenda o hipoteca estando insolvente el deudor (artículo 1.397)³⁴⁷, en el pago de lo no debido a sabiendas que no se debe, en cuyo caso no hay acuerdo de voluntades entre el que paga y el deudor, etc.³⁴⁸.

Por otro lado, se agrega que esta crítica no tiene mayor trascendencia, toda vez que los contratos son actos jurídicos, al igual que todos los demás actos jurídicos, solo que de carácter bilateral³⁴⁹.

Además, se ha sostenido que también justifica el empleo de la expresión “acto” la forma como se manifiesta la voluntad del donante, que es diferente a la manera como se forma el consentimiento en los demás contratos. En efecto, se afirma que en toda convención se distingue la determinación de la voluntad del que contrata de la manifestación de la misma: si bien en todo contrato la formación del consentimiento opera del mismo modo, esto es, por la intervención de las partes y por su mutua aceptación, la deliberación de la voluntad opera de un modo diferente; en los demás contratos, la voluntad de uno ejerce influencia en las deliberaciones del otro, de manera que las voluntades de los contratantes ejercen una influencia recíproca, por lo que cada una decide a partir del impulso recibido de la otra; en cambio, en la donación, la voluntad del donante no se resuelve a

³⁴¹ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 13. En el mismo sentido, Somarriva Undurraga, op., vol et ed. cits., cfr. p. 691.

³⁴² Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. et ed. cits., cfr. p. 205.

³⁴³ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 13.

³⁴⁴ Somarriva Undurraga, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 691.

³⁴⁵ Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. et ed. cits., cfr. p. 205.

³⁴⁶ En el sistema francés se justifica definir de esta manera al contrato de donación irrevocable, toda vez que – como es sabido – el sistema francés de adquisición del dominio solo precisa del título, por lo que la donación, al ser suficiente título, produce por sí misma el efecto traslativo. Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, op. cit., cfr. p. 99.

³⁴⁷ Merino Sheihing, op. cit., cfr. p. 11.

³⁴⁸ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. p. 804.

³⁴⁹ *Ibidem*.

favor de un tercero en vista de una compensación, sino por el solo impulso de su benevolencia, sin influjos de ninguna otra persona³⁵⁰.

A mayor abundamiento, se aclara que, en nuestro sistema, coexisten dos clases de donaciones: la donación irrevocable o entre vivos, que es un acto jurídico bilateral, y la donación revocable o mortis causa, que es un acto jurídico unilateral³⁵¹.

Una segunda crítica que se formula a la definición legal de donación entre vivos, es que la gratuidad no sería un elemento esencial de la donación³⁵², toda vez que es posible concebir donaciones como contratos a título oneroso, como ocurre con las donaciones con gravámenes pecuniarios³⁵³.

Esta crítica ha sido rebatida señalándose que la donación siempre es esencialmente gratuita. Lo que ocurre en las donaciones con gravámenes pecuniarios – llamadas donaciones con carga – es que estamos frente a lo que se conoce como *negotium mixtum cum donatione*, que sería un tipo de acto mixto. En éste, bajo la apariencia externa de un solo acto jurídico, se celebran dos o más, de manera que existe donación propiamente tal solo en la medida en que el valor del objeto donado excede el valor de los gravámenes que se imponen al donatario; pero, en la parte en que el objeto donado no excede al valor de los gravámenes, no hay donación, sino un contrato diferente, que puede ser una compraventa o una permutación³⁵⁴.

Una tercera crítica que se formula a esta definición que nos entrega el Código Civil plantea existiría una contradicción entre esta definición, contenida en el artículo 1.386, por una parte, y los artículos 1.407, 1.408 y 1.409 por otra, ya que el primero daría a entender que solo las cosas singulares pueden ser objeto de donación, mientras que los tres últimos consagran y reglamentan donaciones a título universal³⁵⁵.

Esta crítica ha sido rebatida señalándose que siempre la donación recae sobre una parte de los bienes del donante, incluso en las donaciones a título universal, pues – en todo caso – se excluyen los bienes futuros del donante y los bienes que no hayan sido señalados en el inventario que debe confeccionarse al efecto³⁵⁶.

En cuarto lugar, se ha criticado que el legislador haya señalado que por la donación “se transfiere”, siendo que, la donación, en sí, no es la atribución patrimonial, sino que es “el origen de la obligación de realizar la atribución patrimonial”³⁵⁷; en otras palabras, dado que la donación es un título translaticio de dominio y no tradición, su efecto es generar una obligación para el donante, cual es realizar la atribución patrimonial³⁵⁸. Esta crítica encuentra su fundamento en los artículos 675 y 703 del Código Civil chileno, toda vez que ambas disposiciones califican a la donación irrevocable como un título translaticio de dominio³⁵⁹. A mayor abundamiento, la definición del artículo 1.386 de nuestro Código Civil daría a entender que se trata de un modo de adquirir³⁶⁰, siendo que no aparece como tal en el artículo 588 del mismo código³⁶¹. Incluso más, el artículo 1.417 del mismo cuerpo legal solo faculta al donatario para exigir la entrega de las cosas donadas, lo que estaría demostrando que la donación solo crea un crédito o derecho personal³⁶². Gonzalo Ruz, reconociendo la justicia de

³⁵⁰ Merino Sheihing, op. cit., cfr. pp. 11 y 12.

³⁵¹ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. p. 805.

³⁵² Del Solar, Muñoz, op. cit., cfr. p. 21.

³⁵³ Merino Sheihing, op. cit., cfr. p. 9.

³⁵⁴ Merino Sheihing, op. cit., cfr. pp. 12 – 13.

³⁵⁵ Ídem, cfr. p. 9.

³⁵⁶ Ídem, cfr. pp. 11 – 12.

³⁵⁷ Ídem, p. 13.

³⁵⁸ Ídem, cfr. p. 13.

³⁵⁹ Ídem, cfr. p. 22.

³⁶⁰ Ídem, cfr. p. 9.

³⁶¹ Ídem, op. cit., cfr. p. 24.

³⁶² Ídem., cfr. p. 23.

esta crítica, señala que de la definición legal se desprende claramente que la expresión “transfiere” que ella emplea, se toma en el sentido de entrega translaticia³⁶³.

En un sentido diverso, Alejandro Guzmán señala que esta crítica no resulta completamente fundada, toda vez que, en nuestro Código Civil, es posible distinguir dos clases de donación diferentes: la donación de estructura real y la donación de estructura obligacional o contrato de donación³⁶⁴.

La donación de estructura real encuentra su origen en el derecho romano, que Alejandro Guzmán denomina “donaciones reales”, y que se presentan en la transferencia de una *res mancipi* por medio de una *mancipatio* o *in iure cessio*, o bien de una *res nece mancipi* a través de una *in iure cessio* o *traditio*, y siempre que el respectivo acto se celebre *donationis causa* o *donandi causa*. Su efecto es la adquisición del dominio por el donatario si el donante era dueño; si no lo era, el donatario podía llegar a adquirirlo por *usucapio*, sirviendo la donación como título^{365 - 366}. A partir de lo anterior, es posible sostener que, en general, habrá donación real cuando exista una convención donatoria no obligacional, pero que sirva de causa, seguida de un acto de transferencia³⁶⁷. Esta donación de estructura real se encontraría recogida en los artículos 1.386, 1.398, 1.400, 1.403, 1.407, 1.422, 1.423, 1.432 N° 1, y 1.786 y 1787 de nuestro Código Civil³⁶⁸. Esta forma de entender la donación la haría semejante al mutuo, que también necesita tradición y necesita de una convención consensual previa que – sirviendo de título a la tradición – no genera obligaciones^{369 - 370}.

Por otro lado, la donación de estructura obligacional, también encuentra su origen en el Derecho romano y más precisamente, en la *stipulatio donandi causa* del periodo clásico. De la *stipulatio* se destaca su carácter abstracto, esto es, que si bien, necesariamente ha de tener una causa, no es necesario expresarla, es decir, puede o no expresarse en la estipulación misma, y la causa de esa estipulación que actuó en forma abstracta pudo ser una donación. Fue en el derecho justiniano que se creó una figura de donación obligacional, “consistente en el acuerdo consensual de dar y recibir una cosa en donación, que obliga al donante a su tradición, y concede al donatario una acción *in personam* para exigirla”; este acto donatorio incluye en sí mismo la causa donatoria y se presenta como la operación de esta causa. En el Derecho moderno puede definirse el contrato de donación

³⁶³ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Sucesiones y Liberalidades, op. cit., cfr. p. 805.

³⁶⁴ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. pp. 97 – 127.

³⁶⁵ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. p. 97.

³⁶⁶ Alejandro Guzmán advierte que tanto la *mancipatio* como la *in iure cessio* eran negocios abstractos, en el sentido que la causa no aparece expresada, y que la causa donatoria – configurada como convención puramente consensual – no creaba obligaciones unilaterales ni bilaterales (al menos en el derecho clásico), sino que actuaba solamente como causa. Como consecuencia de lo anterior, se explica que pudiera existir una donación real, toda vez que es posible distinguir entre el momento causal (la convención, que no crea derechos y obligaciones) y el real (desplazamiento patrimonial, que no necesita invocar la convención, ya que ésta solo sirve de causa), pero solo con este último perfecciona la operación. Agrega que, en el caso de la *traditio*, éste no era un acto abstracto, ya que – consistiendo fundamentalmente en una entrega, la cual tiene un carácter neutro – solo el examen de su causa permitía determinar sus efectos (dominicales, posesorios o detentatorios); de esta manera, debía invocarse su causa, pero no era necesario mencionarla al hacer la entrega y, en ese sentido, se podía abstraer, entendido de esta forma, lo señalado para la *mancipatio* y la *in iure cessio* resulta aplicable también a la *traditio*. A mayor abundamiento, dado que la convención donatoria no producía efectos obligacionales, no era posible sostener que hubiese donación perfecta mientras no tuviese lugar la *traditio*. Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. pp. 97 – 98.

³⁶⁷ Ídem, cfr. pp. 98 – 99.

³⁶⁸ Ídem, cfr. pp. 107 – 109.

³⁶⁹ Ídem, cfr. pp. 111.

³⁷⁰ En nuestro concepto, esta forma de razonar resulta correcta, pues es fácil advertir que el legislador reconoció expresamente este tipo de donaciones de estructura real en el artículo 1.188 del Código Civil, al referirse a los dones manuales o donación manual. Vid. Supra 4.4.2.2.

como una convención ya sea causada, en orden a dar algo que se expresa “ser en donación”, o bien abstracta, en orden a dar algo que las partes tienen acordado previamente, aunque sea a título de donación sin que lo expresen³⁷¹.

A juicio de Alejandro Guzmán, si bien el Código Civil chileno habría aceptado la donación de estructura real, ésta solo sería una regla general, puesto que también es posible encontrar supuestos de donación de estructura obligacional en los artículos 1.402, 1.417, 1.422, 1.787 y 2.278 de nuestro Código Civil³⁷².

Si bien la forma de razonar de Guzmán tiene fundamento en el texto de nuestro Código Civil, resulta difícil concebir a la donación real, al menos como un contrato y equipararla al mutuo, toda vez que éste – en cuanto contrato – hace nacer una obligación de restituir; en cambio, la donación de estructura real no daría origen a obligación alguna, por lo que esta clase de donación se identificaría con la tradición. Con todo, debemos reconocer que el tema no resulta tan simple de resolver, pues nuestro Código reconoció expresamente la figura del don manual en el artículo 1.188 inciso 2º de nuestro Código Civil y, como ya hemos examinado, la figura del don manual en ordenamientos extranjeros se concibe como un contrato real, aunque no genere ninguna obligación o, si se quiere, la obligación se genera y se extingue en el mismo momento, pues la entrega perfeccionaría el contrato y extinguiría la obligación que nace de él³⁷³.

No es del caso entrar en este análisis, pues excede de los objetivos del presente trabajo. A mayor abundamiento, cualquiera sea la opción que se siga (donación solo con estructura obligacional o donación, además, con estructura real), ello no afectará las conclusiones de esta investigación.

4.4.7 Razones que justifican sostener que la donación entre vivos es una forma de liberalidad.

En España, José Torres³⁷⁴ sostiene que existe una relación de género a especie entre las expresiones liberalidad y donación irrevocable, esto es, que la donación irrevocable solo sería una especie de liberalidad. La diferencia radicaría, a su juicio, en que la expresión “liberalidad” comprende actos presididos por la intención liberal, pero en los que no hay *animus donandi*^{375 - 376}.

³⁷¹ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. pp. 101 – 103.

³⁷² Ídem, cfr. pp. 115 – 122.

³⁷³ En este sentido, debemos reconocer que después de la reforma francesa del año 2016, la figura del don manual resulta más congruente, toda vez que dicha reforma modificó la definición de contrato del artículo 1.101 del *Code* establecía que “*el contrato es una convención por la cual una o más personas se obligan, frente a otra u otras, a dar, hacer o no hacer alguna cosa*”, es decir, tal como ocurre con el artículo 1.438 del Código Civil chileno, el énfasis estaba puesto en el efecto de generar obligaciones; en cambio, después de la reforma en comento, el actual artículo 1.101 del *Code* establece que “*el contrato es un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, destinado a crear, modificar, transmitir o extinguir obligaciones*”, por lo que el don manual cabría dentro de esta definición de contrato, al ser una convención destinada a crear y extinguir obligaciones de manera simultánea.

³⁷⁴ Torres Lana, op. cit., cfr. p. 125.

³⁷⁵ Para Torres, el *animus donandi* corresponde a la intención liberal debidamente expresada bajo la forma prescrita por la ley para la validez del contrato de donación irrevocable, de manera que, aunque exista la intención liberal, si no está expresada en la forma exigida para la validez del contrato de donación entre vivos, no hay *animus donandi*. Ídem, cfr. p. 123.

³⁷⁶ La noción de “*animus donandi*” no es pacífica en la doctrina. En Francia, Malaurie y Brenner plantean que hay quienes aceptan la existencia del *animus donandi* y quienes la niegan; dentro de los primeros, existen dos formas de concebirlo: una abstracta, que es la voluntad de beneficiar a otro, un pensamiento puramente altruista; y una afectiva, que corresponde al motivo determinante; mientras que los segundos entienden que se trata de un elemento del consentimiento, o bien que el carácter gratuito de un acto se determina exclusivamente por un elemento objetivo: la existencia o ausencia de una contraprestación o de un sacrificio consentido. Malaurie; Brenner, op. cit., pp. 182 – 183 (traducción libre). Para Lecaros es el acuerdo sobre la gratuidad, es decir, el

Por su parte, Carlos Rogel entiende que, dentro de las liberalidades inter vivos, la más importante es la del contrato de donación, que se diferencia de otros contratos gratuitos en los que no hay atribución patrimonial y, por lo mismo, no hay empobrecimiento³⁷⁷.

En nuestro país Alejandro Guzmán ha señalado que la donación irrevocable es solo una especie de liberalidad, toda vez que exige, además de los requisitos comunes a toda liberalidad, la necesidad de que sea convencional, dispositiva, entre vivos, que se refiera a una cosa corporal o incorporeal, o a un valor, que disminuya el patrimonio del donante y aumente el del donatario³⁷⁸.

En el mismo sentido se ha pronunciado José Miguel Lecaros, para quien, entre las expresiones “liberalidad” y “donación irrevocable”, hay una relación de género a especie. La liberalidad sería toda acción realizada en forma consciente, destinada a beneficiar económicamente a una persona; mientras que la donación irrevocable – que sería una especie de liberalidad – se caracteriza por la irrevocabilidad y el empobrecimiento del donante vinculado al enriquecimiento del donatario³⁷⁹.

Esta forma de razonar encuentra su sustento en diversas disposiciones de nuestro Código Civil. Así, el artículo 1.398 CC establece que no hay donación si, habiendo por una parte disminución de su patrimonio, no hay aumento patrimonial para la otra parte, de lo que podemos desprender que para el legislador el desplazamiento patrimonial es lo que configura al contrato de donación. En efecto, esta disposición es clave para entender que – en concepto del legislador nacional – es de la esencia de la donación que exista una correlación entre el incremento que experimenta el patrimonio del donatario y la disminución que experimenta el patrimonio del donante. Como consecuencia de lo anterior, cada vez que nos encontremos frente a la disminución de un patrimonio que no implique, simultáneamente, un aumento en el patrimonio de otro sujeto, no habrá donación.

En el mismo sentido, el artículo 1.399 del Código Civil chileno establece que no hay donación en dejar de interrumpir la prescripción. El propietario que no interrumpe la usucapión no hace una donación de la cosa poseída por un tercero al poseedor de ésta, así como el acreedor que no interrumpe la prescripción extintiva a su deudor no le dona el crédito. No puede haber donación, por cuanto falta el desplazamiento patrimonial³⁸⁰. En efecto, si bien al no interrumpir la prescripción se produce como consecuencia que el poseedor de la cosa llegará a adquirirla por prescripción adquisitiva, lo que, en definitiva, implica que el dominio se extinguió en el patrimonio del antiguo propietario y nació en el

consentimiento de estar acordándose una donación. Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 48; en cambio, para Del Solar y Muñoz corresponde a la intención de incrementar el patrimonio del donatario sin recibir compensación alguna por tal hecho. Del Solar Duarte; Muñoz Cid, op. cit., cfr. p. 33; en el mismo sentido, Gianola, op. cit., cfr. p. 3. En un sentido diferente, Alejandro Guzmán niega la existencia de un ánimo especial como requisito de la donación, entendido como una intención especial en orden a donar, sino que – sostiene – se trata solo de la voluntad típica que debe haber en el contrato de donación, similar a la que debe haber en todo acto jurídico típico. Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. pp. 89 – 91.

³⁷⁷ Rogel Vide, op. cit., cfr. pp. 16 – 17.

³⁷⁸ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. pp. 35 – 36.

³⁷⁹ Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 7.

³⁸⁰ Alejandro Guzmán tiene una idea diferente: tratándose de la prescripción adquisitiva, señala que hay que distinguir entre el dueño que no interrumpe la prescripción, conociendo tal proceso y unilateralmente decide no interrumpir, del caso en que el dueño pacta gratuitamente con el prescribiente que no interrumpirá la prescripción. En el primer caso, a su juicio, no hay donación, porque falta la convencionalidad; mientras que en el segundo sí habría donación, solo que el artículo 1.399 CC estaría diciendo que en el solo hecho de no interrumpir la prescripción no hay donación, pero sí lo habría en este caso en que se agregan otros elementos (que se trate de un acuerdo y que el pacto sea gratuito). Tratándose de la prescripción extintiva, procede distinguir las mismas hipótesis: si se trata de una deliberación unilateral del acreedor no hay donación, porque falta la convencionalidad; si se trata de un acuerdo gratuito, habría donación, pues estaríamos frente a una remisión de deuda, la cual – a su juicio – es donación, por aplicación de los artículos 1.653 y 1.397 CC. Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos*. Conceptos y Tipos, op. cit., cfr. pp. 86 – 88.

patrimonio del poseedor que pasa a ser el nuevo dueño, no hay donación, conforme lo señala el artículo 1.399 de nuestro Código Civil, por cuanto falta el desplazamiento patrimonial, toda vez que no hay un acto traslativo. De la misma manera, si el acreedor no interrumpe la prescripción, su acción para exigir el cumplimiento de la obligación se extinguirá y, consecuentemente, no podrá cobrar su crédito, no hay donación, toda vez que no se ha producido la transferencia de ese derecho personal al patrimonio de su deudor, por lo que resulta claro que este caso tampoco puede ser considerado como una donación entre vivos.

5. Las liberalidades no donatorias

5.1 Nomenclatura.

En la doctrina extranjera, esta figura ha sido conocida con diversos nombres: donación indirecta³⁸¹, donación atípica³⁸², liberalidad atípica³⁸³ y liberalidades anómalas³⁸⁴.

La expresión “donación indirecta” habría tenido su origen en el Código Civil francés, cuyo artículo 843³⁸⁵, a propósito de la colación, obligaba a comprender todo lo que el heredero había recibido durante la vida del causante por donación *directa o indirectamente*. A partir de ahí, se distinguió entre la liberalidad que se realiza recta vía, a través del contrato de donación, de la liberalidad que se realiza de manera indirecta, esto es, cuando se emplea otro negocio jurídico, como la renuncia; tiene lugar un simple hecho material, como la siembra en suelo ajeno, u otros contratos típicos, sean gratuitos u onerosos³⁸⁶.

En este sentido, Planiol plantea que esta expresión – utilizada por el mismo *Code*, en los artículos 843 y 1.099³⁸⁷ – toma un sentido estrecho, aunque habitual. Se trata de una donación que no se esconde, pero que se incluye dentro de otro acto jurídico o forma la condición de otro acto. Su característica indirecta se manifiesta por la necesidad de otro acto jurídico y por el hecho que solo existe en función de éste. La característica indirecta es objetiva en la donación por inclusión; puede ser subjetiva en la carga a título gratuito. Pero, cuando observamos las donaciones indirectas, apuntamos exclusivamente a las donaciones indirectas por inclusión. Además, la inclusión se puede presentar en un doble aspecto: inclusión dentro de un acto neutro, es decir, en un acto que no indica su naturaleza y que bien puede ser a título oneroso o gratuito; inclusión dentro de un título oneroso, por ejemplo, una compraventa³⁸⁸.

³⁸¹ Planiol, Marcel; Ripert, Georges, *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Paris, T. V, 1933, p. 421 (traducción libre). Nicod, Marc, *Le Formalisme en Droit des Libéralités*, Imprimerie La Mouette, Toulouse, 2001, cfr. p. 152 (traducción libre); Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., p. 90 (traducción libre). Gagliardo, op. cit., cfr. p. 813.

³⁸² Tomé, op. cit., p. 227.

³⁸³ Gamarra; Venturini; De Cores; Gamarra, op. cit., cfr. p. 208.

³⁸⁴ Rivero, Mabel, “Liberalidades y Donaciones” en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. [S.l.], n. 3, enero 2016, pp. 155 – 174, cfr. p. 160. Disponible en:

<https://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/842>. [Fecha de acceso: 03 agosto. 2018]

³⁸⁵ *Art. 843 Code Civil original* « *Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une succession, doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre-vifs, directement ou indirectement : il ne peut retenir les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins que les dons et legs ne lui aient été faits expressément par préciput et hors part ou avec dispense du rapport* ».

³⁸⁶ Gamarra; Venturini; De Cores; Gamarra, op. cit., cfr. p. 209.

³⁸⁷ *Art. 1.099 alinéa 1 Code Civil original* « *Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur permis par les dispositions ci-dessus* ».

³⁸⁸ Planiol; Ripert, op. cit., pp. 421 y 422 (traducción libre).

Por su parte, Marc Nicod³⁸⁹ plantea que la expresión “donación indirecta” es ambigua, pues puede ser entendida en un sentido más o menos extenso. Cabe tener presente que, en Francia, las donaciones directas o “recta vía”, deben celebrarse ante notario; de ahí que el referido autor plantea que las donaciones que no se celebran ante notario no deben traer la intención liberal que anime a sus autores. A diferencia de las donaciones ostensibles, se recurre a ellas, en consecuencia, en los procesos de simulación, por vías indirectas.

En el mismo sentido, Terré, Lequette y Gaudemet sostienen que lo único que tienen en común los distintos casos de donaciones indirectas es su carácter residual: comprende toda donación dispensada de forma por la jurisprudencia, y que son distintas de los dones manuales y las donaciones disfrazadas; en otras palabras, las donaciones indirectas serían, entre las donaciones no solemnes, todas aquéllas que no se encuentran dentro de la calificación de donación manual, ni de la calificación de donación disfrazada³⁹⁰.

Con todo, cabe tener presente que en Francia se habla de “donación indirecta” como un tipo de donación, debido a que el artículo 893 del *Code*, luego de definir – en su inciso 1º – qué se entiende por liberalidad, su inciso 2º agrega que la liberalidad solo puede adoptar dos formas: la donación entre vivos y el testamento. En consecuencia, como estas liberalidades necesariamente debían encuadrarse en alguna de estas dos categorías, la doctrina y la jurisprudencia francesas entendieron que lo lógico era considerarlas dentro de las donaciones, para lo cual, como examinamos, distinguen entre donaciones notariadas y donaciones no notariadas y, dentro de estas últimas, encontramos a la donación manual, a la donación disfrazada y a la donación indirecta.

Sin embargo, estimamos que este sistema no resulta aplicable en Chile, toda vez que, por una parte, en nuestro Código Civil no existe una disposición similar al artículo 893 del *Code* que nos permita afirmar que las liberalidades solo pueden adoptar dos formas y, por otro, por la definición precisa que establece el artículo 1.386 de nuestro Código Civil, respecto de lo que es la donación, lo que nos permite afirmar que toda aquella figura que no quede comprendida en dicha definición no puede ser considerada como donación, aunque sea un tipo de liberalidad.

En Uruguay, Gamarra, Venturini, De Cores y Gamarra han señalado que la expresión “liberalidad atípica” sería más precisa que la de “donación indirecta”; toda vez que no corresponde hablar de una “donación”, ya que se trata de una figura distinta del contrato de donación entre vivos, por lo que es preferible llamarla “liberalidad”, en el sentido que no se obtiene provecho del acto, existiendo la voluntad de una persona de beneficiar a otra³⁹¹, y es atípica, en el sentido que es distinta de la donación típica³⁹² o contrato de donación entre vivos.

Con todo, entendemos que las expresiones “liberalidad atípica” puede llevar a confusión, toda vez que da a entender – con el término “atípico” – que se trata de figuras que carecen de reglamentación legal, siendo que, en realidad, muchas veces se trata de figuras que tienen consagración legal y, por lo mismo, no pueden ser calificadas de atípicas.

Por la misma razón la expresión “donación atípica” tampoco sería precisa, sin perjuicio de que pudiera llevar a confusión, toda vez que la donación es un contrato típico y, por lo mismo, la expresión “donación atípica” implicaría confundir donación con liberalidad, siendo que – conforme ya se ha examinado – se trata de nociones distintas.

³⁸⁹ Nicod, *Le Formalisme en Droit des Libéralités*, op. cit., p. 148 (traducción libre).

³⁹⁰ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., p. 511 (traducción libre). En el mismo sentido se pronuncia Jubault, al sostener que la donación indirecta se reconoce por defecto: no es una donación ostensible, porque no respeta las formas del artículo 931 del *Code*; no es una donación manual, ni es una donación disfrazada, de manera que toda donación que corresponda a esta descripción es una donación indirecta. Jubault, op. cit., cfr. p. 478 (traducción libre).

³⁹¹ Rivero, op. cit., cfr. p. 159.

³⁹² Gamarra; Venturini; De Cores; Gamarra, op. cit., cfr. p. 208.

Tampoco nos resulta aceptable la expresión “liberalidades anómalas”, toda vez que, en cuanto liberalidades, nada tienen de anómalo, ya que cumplen con todos los requisitos propios de las liberalidades; lo único que justifica este nombre es que, de ser consideradas como donaciones, sí resultarían ser anómalas, pues presentan rasgos que las distinguen de la figura a que alude el artículo 1.386 de nuestro Código Civil. Sin embargo, como hemos examinado, no son donaciones, por lo que no resulta adecuado calificarlas de “anómalas”.

De ahí que se ha preferido, para los efectos de este trabajo, el empleo de las expresiones “liberalidades no donativas” o “liberalidades no donatorias”, con lo cual se da a entender, con toda precisión, que se trata de figuras que forman parte del conjunto denominado “liberalidades”, pero que no son, sin embargo, donaciones irrevocables, en el sentido que les da el artículo 1.386 de nuestro Código Civil.

5.2 La noción de liberalidad no donatoria.

En Francia, Marc Nicod sostiene que “la donación indirecta es aquella que, sin simulación, resulta de un acto jurídico lícito que no tenga, por su propia naturaleza, un carácter gratuito”³⁹³. Una noción semejante maneja Lefebvre, para quien la donación indirecta es una convención que, sin simulación, reviste accesoriamente el carácter de una liberalidad; ella reposa sobre un acto en el que la intención liberal ni se expresa ni se disimula; en consecuencia, puede provenir de un contrato a título oneroso o, más frecuentemente, de un acto neutro³⁹⁴.

Por su parte, Grimaldi sostiene que la donación indirecta es una donación realizada por un acto en el que la sola apariencia no permite decir si se trata de un acto a título oneroso o a título gratuito³⁹⁵.

Malaurie y Brenner explican que la donación indirecta es una verdadera donación, por lo que ella supone una intención liberal, una ausencia de contraprestación y el despojo del donante; solo que ella no se otorga ante notario³⁹⁶.

Explicando esta noción, Beignier y Torricelli – Chrifi sostienen que la donación indirecta se caracteriza por un acto que no revela ni revelará su naturaleza de donación. Se diferencia de la donación disfrazada, porque la donación indirecta no precisa de simulación: no existe un acto simulado ni un acto aparente; solo existe un acto, distinto del acto de donación y que a menudo será neutro. Se trata del acto jurídico vector que implica el despojo irrevocable y necesario, como ocurre con la suscripción de un contrato de seguro de vida, ciertos actos de renuncia, el otorgamiento de una caución si quien cauciona renuncia a ejercer una acción de reembolso en contra del deudor, e incluso una venta a precio módico; en general, puede tratarse de cualquier contrato sinalagmático tan pronto como esté desequilibrado, sujeto, evidentemente, a probar la intención liberal³⁹⁷.

³⁹³ Nicod, *Le Formalisme en Droit des Libéralités*, op. cit., cfr. p. 153 (traducción libre). Con posterioridad señaló que « on peut définir la donation indirecte comme celle qui se réalise, sans simulation (ce en quoi elle se démarque de la donation déguisée), au moyen d'un acte juridique (ce qui la sépare du don manuel) autre qu'une libéralité (sur cette nécessité d'un acte vecteur) ». Agrega que « l'acte support, qui confère à la donation son caractère indirect, est sincère; il remplit effectivement la fonction translatif qui lui est normalement impartie. Simplement, son économie est bouleversée par l'intrusion de l'intention libérale ». Nicod, Marc, “Les Libéralités Ordinaires...”, op. cit., cfr. p. 824.

³⁹⁴ Lefebvre, Francis, *Successions et Libéralités*. Régime Juridique et Fiscal, Éditions Francis Lefebvre, Levallois, 2^e édition, 2014, cfr. p. 277 (traducción libre).

³⁹⁵ Grimaldi, Michel, *Droit Civil. Libéralités Partages D'Ascendants*, Litec, Paris, 2000, cfr. p. 248 (traducción libre).

³⁹⁶ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 258 (traducción libre).

³⁹⁷ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. pp. 90 – 91 (traducción libre).

En un sentido similar, Sériaux plantea que se trata de liberalidades moldeadas en actos jurídicos que no revelan la intención liberal de su autor, pero que tampoco buscan disimularla; en realidad, se trata de actos que no revelan, por sí mismos, ninguna intención, en un sentido o en otro, porque se trata de actos abstractos, que no muestran su causa³⁹⁸.

En la práctica, esos actos corresponden a la realidad de su título (no hay una falsa apariencia), pero el resultado puede llevar a un “efecto liberal” (de ahí la pregunta esencial ya planteada de la calificación del fondo del acto). Por lo tanto, si una persona que cauciona a un individuo adquiere su deuda, pero se abstiene, luego, de reclamarle cualquier reembolso y la conserva, uno tiene el derecho de preguntarse si no está animado, respecto de ella, de una intención liberal³⁹⁹.

Se ha sostenido que se trata de una categoría heterogénea, ya que comprende tanto actos a título oneroso (desequilibrados), como actos neutros. Se trata de una donación que resulta de otro acto que no se revela como donación: en que no es una donación ostensible; no opera por engaño o mentira; no es una donación disfrazada; no existe sino en función del acto que la soporta; no es una donación manual⁴⁰⁰.

Se agrega que la donación indirecta se sujeta a las condiciones de fondo de toda donación: la intención liberal y el despojo irrevocable. La clave para calificarla de donación es la intención liberal. Las condiciones de forma son aquellas requeridas para el acto que sirve de vector a la donación⁴⁰¹.

Por su parte, Terré, Lequette y Gaudemet la definen señalando que es una donación realizada por medio de un acto que, a primera vista, no se sabe si es a título gratuito u oneroso. Si la donación es indirecta, es porque el acto concluido da cuenta de otra operación distinta de una donación. De esta manera, la donación indirecta se diferencia de las otras donaciones: a diferencia de la donación ostensible, la donación indirecta no se presenta como un título gratuito; a diferencia del don manual, solo existe en razón del acto que la sostiene; a diferencia de la donación disfrazada, la donación indirecta no se verifica por medio de una simulación: no hay un acto aparente contradicho por un acto real⁴⁰².

Consecuente con lo anterior, el acto que sirve de soporte a la donación indirecta puede ser un acto a título oneroso, que comprenda, sin embargo, una ventaja para una de las partes o para un tercero; también puede ser un acto neutro, es decir, un acto que sirve, según el caso, a la realización de una operación onerosa o de una operación gratuita. La diversidad de hipótesis vistas muestra el carácter heterogéneo de la categoría. Este carácter incluso se acentúa por el hecho que los tribunales franceses, a su juicio, a veces, con respecto al pago o a la compra para otro, o incluso en contratos bilaterales concluidos a precio vil, ha retenido una concepción extensiva de la donación disfrazada, lo que ha contribuido a oscurecer la distinción entre donaciones indirectas y donaciones disfrazadas. Agregan que se ha propuesto recientemente una redefinición de la noción de donación indirecta, la cual se caracterizaría por el hecho que, a diferencia de las otras donaciones que presentan un carácter “directo”, en la medida en que se basan en un “flujo de riqueza entre el donante y el que se enriquece”, ella asumiría un carácter “indirecto” cuando el desequilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido, necesario para la existencia de una liberalidad, se realiza “por una modalidad que esquive toda transmisión de riqueza entre las partes”. En otros términos, la donación indirecta se caracterizaría por “la ausencia de flujo entre el donante y el donatario”. Seductor, este criterio comprende la mayoría de las hipótesis tradicionalmente consideradas dentro del vocablo de donación indirecta – pago por

³⁹⁸ Sériaux, op. cit., cfr. p. 89 (traducción libre).

³⁹⁹ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 91 (traducción libre).

⁴⁰⁰ Malaurie ; Brenner, op. cit., cfr. p. 259 (traducción libre).

⁴⁰¹ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 91 (traducción libre).

⁴⁰² Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 511 (traducción libre).

otro, reconocimiento de una deuda no causada, renuncia de un derecho – pero no de todas, como los contratos onerosos desequilibrados^{403 - 404}.

En un sentido distinto, Libhaber entiende que la donación indirecta, en el sistema francés, es una forma de donación, por lo que ello supone que existe un empobrecimiento para una parte y un enriquecimiento para la otra, todo ello acompañado de un ánimo liberal. Sin embargo, la diferencia entre la donación directa (incluyendo la donación manual y la donación disfrazada) es que en ésta existe un flujo de riqueza desde el patrimonio del donante al patrimonio del donatario; en cambio, en la donación indirecta, la forma de alcanzar ese enriquecimiento y empobrecimiento es a través de una vía distinta al flujo de riqueza desde un patrimonio a otro⁴⁰⁵.

Por su parte, en Italia, Messineo plantea que, lo que ocurre en las donaciones indirectas, es que estamos frente a actos o negocios que tienen una causa típicamente diversa y divergente del espíritu de liberalidad, esto es, una causa onerosa y un contenido diverso de la donación; por tanto, persiguen una finalidad distinta de la que es propia de la donación. Sin embargo, determinan, aunque sea indirectamente, también y ulteriormente un efecto (parcial o total) de liberalidad y de correspondiente empobrecimiento del patrimonio de quien da⁴⁰⁶.

En Uruguay se ha concebido, por algunos autores, como “aquella liberalidad realizada, no mediante el contrato típico de donación, sino mediante otro instrumento negocial portador de una finalidad típica diversa de la llamada ‘causa donandi’; y que además de producir el efecto directo que es propio, produce, como efecto indirecto, el enriquecimiento sin correspondiente, querido por espíritu liberal de una parte (beneficiante) a favor de la otra (beneficiaria)”⁴⁰⁷.

En este sentido, se ha agregado que un contrato gratuito, para que sea considerado como donación, debe estar revestido de un ropaje contractual, es decir, debe haber una conexión de voluntades del donante y del donatario, uno en dar y el otro en recibir. Además, en sí mismo, el negocio debe entrañar un enriquecimiento de una parte y el correlativo empobrecimiento de la otra, todo ello derivado del propósito de beneficiar al otro⁴⁰⁸.

A nuestro juicio, a partir de las diferentes nociones que se han dado de lo que son las liberalidades no donatorias y para los efectos de la presente investigación, entenderemos por liberalidad no donatoria todo acto gratuito, que produce un enriquecimiento en un beneficiario y un empobrecimiento en su autor, pero sin que exista el desplazamiento patrimonial correlativo que es propio de la donación entre vivos.

6. Conclusiones del Capítulo Primero

Conforme se ha podido examinar, es posible distinguir claramente las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos, siendo la primera la más amplia, la segunda una especie de gratuidad y la tercera una subespecie y, a su turno, una clase de liberalidad.

Lo determinante para estar frente a un acto gratuito es que se reciba un beneficio, cualquiera que éste sea, apreciable en dinero, pero sin necesidad de hacer un desembolso o contra prestación; de

⁴⁰³ Ídem, cfr. pp. 511 – 512 (traducción libre).

⁴⁰⁴ Esto será así, a menos que no los consideremos como liberalidad no donatoria, sino como negocio mixto, lo cual parece ser lo que corresponde en nuestro Código Civil, pues, conforme se examinará, a propósito de la donación remuneratoria, todo indica que el legislador nacional ha reconocido la figura de los negocios mixtos.

⁴⁰⁵ Libhaber, Rémy, « Pour une Redéfinition de la Donation Indirecte ». Defrénois, 20 décembre, 2000, n° AD2000DEF1409N1, pp. 1.409 – 1.426, cfr. p. 1.413 (traducción libre).

⁴⁰⁶ Messineo, op. cit., cfr. p. 23.

⁴⁰⁷ Gamarra; Venturini; De Cores; Gamarra, op. cit., cfr. p. 210.

⁴⁰⁸ Rivero, op. cit., cfr. p. 160.

ahí que dentro de la noción de acto gratuito podamos comprender aquellos en los que se obtiene un beneficio sin necesidad de hacer una contraprestación, aunque el beneficio que se reciba no sea un aumento o atribución patrimonial; esto es lo que ocurre con el comodato, el depósito, el mutuo sin interés, etc.

Como adelantamos, dentro de la noción de gratuidad se encuentra la noción de liberalidad. Ésta también precisa que una persona reciba un beneficio sin necesidad de hacer una contraprestación o desembolso; pero, en este caso, el beneficio que se recibe necesariamente debe consistir en un aumento o atribución patrimonial, es decir, quien recibe el beneficio debe ver incrementado su patrimonio. De esta manera, ciertos actos gratuitos no son liberalidades, toda vez que el beneficiario no ve incrementado su patrimonio, como ocurre con los ejemplos ya mencionados (depósito, comodato, mutuo sin interés).

Finalmente, la donación entre vivos es solo un tipo de liberalidad, ya que, en este caso, se exige que exista un desplazamiento patrimonial, esto es, que aquello en lo que aumenta el patrimonio del beneficiario sea lo mismo en lo que se empobrece el patrimonio de quien hace el desembolso. En efecto, en el contrato de donación entre vivos, el patrimonio del donante se ve disminuido por la cosa donada, que es, precisamente, en lo que se ve incrementado el patrimonio del donante. Esta noción de donación en el Código Civil chileno se extrae de su artículo 1.386, toda vez que esta disposición, al definir la donación entre vivos, exige que la cosa donada salga del patrimonio del donante e ingrese al patrimonio del donatario.

Como consecuencia de esta distinción, es posible advertir que existen casos de liberalidades distintas del contrato de donación entre vivos, que es lo que hemos denominado liberalidades no donatorias o liberalidades no donativas. En ellas encontramos actos gratuitos, pues una persona recibe un beneficio sin necesidad de hacer un desembolso; hay una atribución o incremento patrimonial, pero no existe un desplazamiento patrimonial.

Con estos antecedentes, en el próximo capítulo se enunciará cuáles son estas figuras, se hará un examen de aquellas que tienen mayor aplicación práctica y se justificará dogmáticamente su reconocimiento en el Código Civil chileno.

CAPÍTULO II: LAS LIBERALIDADES NO DONATORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO

1. Introducción al Capítulo Segundo

Como hemos desarrollado en el capítulo anterior, resulta claro que, en nuestro sistema, la noción de gratuidad se caracteriza por cuanto una persona obtiene un beneficio sin que exista una contraprestación. Cuando ese beneficio implica un enriquecimiento para una parte, a la par que la otra experimenta un empobrecimiento en su patrimonio, entendemos que estamos frente a una liberalidad y cuando esos enriquecimiento y empobrecimiento dan cuenta de un desplazamiento patrimonial, en el sentido que el empobrecimiento de una de las partes consiste en la salida de un bien o derecho de su patrimonio, que es el mismo bien o derecho que la contraparte incorpora en su patrimonio, estamos en presencia del contrato de donación entre vivos.

De esta manera, hemos podido advertir que el contrato de donación entre vivos es solo un tipo de liberalidad que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.386 de nuestro Código Civil, se caracteriza no solo por el empobrecimiento del donante y el enriquecimiento del donatario, sino porque existe un desplazamiento patrimonial, en el sentido que es necesario que un bien salga del patrimonio del donante y se incorpore al patrimonio del donatario.

Como consecuencia de lo anterior, hemos podido dar cuenta de que existen numerosos casos en los que también se da un empobrecimiento para el disponente y un enriquecimiento para el beneficiario, pero sin que exista un desplazamiento patrimonial en los términos escritos, como cuando una persona paga una deuda ajena sin ejercer su acción de reembolso, cuando una persona renuncia a un derecho o cuando una persona celebra un contrato a favor de una tercera. En todos estos casos existe un enriquecimiento para una parte y un empobrecimiento para otra, pero sin que exista una transferencia de un bien o de un derecho. Por ello hemos concluido en el capítulo anterior que estamos frente a casos de liberalidades no donatorias o no donativas, que son casos de liberalidades – y que por tanto implican que una parte experimenta un empobrecimiento patrimonial, mientras otra experimenta un enriquecimiento patrimonial –, pero sin que exista un desplazamiento patrimonial, en el sentido que un bien sale del patrimonio del disponente y se incorpora al patrimonio del beneficiario.

Habiendo aceptado la existencia de liberalidades no donatorias en nuestro Código Civil, el trabajo que corresponde hacer en este segundo capítulo es poner de manifiesto el fundamento jurídico de tales liberalidades e identificar los casos de liberalidades no donatorias. En cuanto al fundamento, a nuestro juicio, se encuentra en la existencia de un principio de la libre disposición de los bienes. Para tales efectos, vamos a esbozar la formulación de este principio; a continuación, vamos a examinar la forma cómo está consagrado en nuestro Código Civil; para, finalmente, examinar de qué manera este principio puede servir de fundamento al reconocimiento de las liberalidades no donatorias. Hecho lo anterior, se procederá a identificar los casos de liberalidades no donatorias, de los cuales se analizarán solamente dos: la estipulación a favor de otro y la renuncia de un derecho; esta selección se basa, no solo en la necesidad de acotar el objeto de esta investigación, toda vez que el examen de todos los casos de liberalidades no donatorias implicaría realizar un trabajo de amplísimas dimensiones, sino que también porque se trata de las figuras de mayor aplicación práctica, conforme se demostrará, lo que justifica que se centre la atención en ellas.

2. El fundamento de las liberalidades no donatorias en el Código Civil chileno

2.1. El principio de la libre disposición de los bienes.

Como sabemos, uno de los grandes principios que inspiran al Libro II de nuestro Código Civil es el de la libre circulación de los bienes. Este principio implica que eliminar las trabas que impidan la libre circulación de la propiedad, dado que el legislador se presenta como contrario a las propiedades inmovilizadas. Este principio comprende cuatro aspectos: la libertad para adquirir toda clase de bienes; la libertad para enajenarlos y disponer de ellos; la libertad para pedir la partición de los bienes comunes y la libertad para testar⁴⁰⁹. De esta manera, la libertad de disposición de los bienes se presenta como un subprincipio de la libre circulación de los bienes y encuentra su fundamento en él.

La libre disposición de los bienes parte de la facultad de disposición que tiene todo propietario. Como se sabe, la disposición puede ser material o jurídica⁴¹⁰; la primera se refiere a la afectación de la constitución física de la cosa que es objeto del dominio, mientras que la segunda implica que, aunque se mantiene la identidad y calidad física de la cosa que es objeto del dominio, se merma o extingue el derecho de propiedad del dueño⁴¹¹.

Dado que la libre disposición de los bienes es una manifestación del derecho de dominio, cabe tener presente que, en relación con este derecho, se ha generado una discusión doctrinaria. En efecto, por una parte, hay autores como Alessandri y Somarriva que sostienen que de la definición legal de la propiedad del artículo 582 del Código Civil, es posible advertir la existencia de limitaciones inmanentes a este derecho, que determinan su contenido normal^{412 - 413}. Mientras que, en

⁴⁰⁹ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. pp. 33 – 34.

⁴¹⁰ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 440.

⁴¹¹ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 117.

⁴¹² Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Hacklica, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 39. En un sentido similar, Ruz se refiere a “límites dentro de los cuales puede ejercerse el derecho de dominio y que son impuestos para determinar el real contenido del mismo”. Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Bienes*, Abeledo Perrot, Santiago, T. III, 2011, cfr. p. 75. Por su parte, José Luis Cea plantea que estas limitaciones “son intrínsecas al concepto de propiedad, de modo que es inconcebible imaginar o entender ese derecho sin las restricciones y deberes que legitiman su ejercicio por el dueño”. Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y Garantías*, Ediciones UC, Santiago, 3ª ed., 2012, t. II, cfr. p. 612; criterio que ha sido seguido por el Tribunal Constitucional, el cual ha sostenido que “la función social es un límite intrínseco de la propiedad”. Rol Nº 2.299 – 2012 (Considerando séptimo). Luego, siendo la función social un elemento que configura el contenido del derecho de propiedad, cuando el legislador concreta este rol social puede reducir algunas de las posibilidades de actuación individual del propietario, sin que se genere indemnización alguna, puesto que, teóricamente, no hay daño que deba ser indemnizado. Covarrubias Cuevas, Ignacio, “Hacia las Regulaciones Compensables al Derecho de Propiedad. Evaluación a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”. En *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Santiago, Nº 36, julio 2017, pp. 55 – 96, cfr. p. 59.

⁴¹³ Jessica Fuentes explica que los límites inmanentes o límites internos de los derechos fundamentales se refieren a su configuración, esto es, “consiste en concretar el contenido normativo previsto en el texto constitucional (definir lo que es el derecho fundamental), conforme a un límite interno dado por el propio texto constitucional, sea en las disposiciones sobre el mismo derecho fundamental, por su coexistencia con otros derechos fundamentales subyacentes en otras disposiciones constitucionales”, distinguiéndolos de los límites externos o limitaciones, que son las que fijan “el alcance o extensión del contenido normativo del derecho fundamental negando o impidiendo el amparo del derecho a ciertas hipótesis o ámbitos donde no se autoriza su proyección, en virtud de la potestad habilitante que ha otorgado el constituyente”. Esta distinción cobra importancia, pues, mientras el establecimiento de límites internos no precisa de una habilitación expresa, el

un sentido distinto, Gonzalo Montory explica que el derecho de propiedad carece de límites inmanentes o intrínsecos. La teoría de los límites inmanentes sostiene que debe excluirse *a priori* del ámbito protegido por un derecho fundamental, ciertos límites que lo restringen desde su interior, de manera que, cuando el legislador establece ciertas limitaciones al derecho de propiedad, no está declarando nada nuevo, sino que está regulando una situación preexistente en el Derecho. En consecuencia, a partir del texto constitucional chileno, no existe razón alguna que permita sostener que el derecho de propiedad tenga una atribución condicionada por límites inmanentes; al contrario, el estatuto general de la propiedad en la Constitución se basa en la libertad y autonomía en el uso y goce de los bienes, de ahí que las limitaciones y obligaciones que se imponen al propietario hayan de ser específicas y solo puedan establecerse expresamente por la ley⁴¹⁴. De esta manera, si se descarta la existencia de límites inmanentes, es posible advertir la existencia de limitaciones consagradas en el propio texto constitucional y que corresponden a la función social de la propiedad. La función social de la propiedad se traduce en que el dominio debe ejercerse considerando no solo los intereses particulares del propietario, sino que también los intereses de la sociedad toda⁴¹⁵. De esta manera, en principio, la función social aparece como el rechazo a una visión individualista de los derechos fundamentales, sosteniéndose incluso que la garantía y el ejercicio de los mismos se caracterizan por un entrecruzamiento de intereses públicos y privados. En efecto, la función social no puede ser interpretada de manera extrema, negando los espacios de desarrollo de la libertad individual propiciados por los derechos fundamentales, toda vez que las personas no somos titulares de dichos derechos exclusivamente por estar llamados a cumplir una función a favor de la sociedad⁴¹⁶.

En nuestro concepto, independiente de la posición que se adopte, esto es, de si el dominio presenta o no límites inmanentes, lo que interesa – para los efectos de la presente tesis – más que la procedencia u origen de estos límites, es su extensión o amplitud, de manera que, en tanto estos límites sean excepcionales y cercenen de manera marginal el derecho de propiedad, dejan un amplio campo a la libertad de disposición. En este sentido, Manuel Barría plantea que, dado que nuestro ordenamiento jurídico contempla un sistema basado en la propiedad individual, fuera de las restricciones provenientes de la ley o del derecho ajeno, una persona puede disponer libremente de los bienes que tenga en propiedad⁴¹⁷.

Cabe tener presente que, en nuestro país, hay autores que han sostenido que la libertad de disposición sería de orden público⁴¹⁸ y, por tanto, no podría ser alterada por la sola voluntad de los particulares, sino que solamente la podrían alterar en la medida en que la ley lo autorizara⁴¹⁹.

Si partimos de la base que la libre disposición es un principio general consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, deberemos entender que la regla general está dada por el hecho de que un propietario pueda disponer libremente de sus bienes, sea por acto entre vivos o mortis causa, de manera que las limitaciones a la disposición serán excepcionales y requerirá de un texto legal expreso que la consagra; en este sentido, la Corte de Santiago ha sostenido que la libre disposición de los bienes es un atributo esencial del dominio y que tal regla es de orden público, de manera que la

establecimiento de límites sí lo requiere. Fuentes Olmos, Jessica, *El Derecho de Propiedad*, Ediciones Der, Santiago, 2018, p. 321.

⁴¹⁴ Montory Barría, Gonzalo, *La Propiedad Constitucional*. Limitaciones, Privaciones, Contenido Esencial, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, cfr. pp. 55 – 56.

⁴¹⁵ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 326.

⁴¹⁶ Fuentes Olmos, op. cit., cfr. pp. 323 – 324.

⁴¹⁷ Barría Paredes, Manuel, *Asignaciones Forzosas y Libertad de Testar*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, cfr. p. 206.

⁴¹⁸ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 446.

⁴¹⁹ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cit., cfr., p. 61. En el mismo sentido, Troncoso Larronde, Hernán, *De los Bienes*, Thomson Reuters, Santiago, 2013, cfr. p. 27.

prohibición absoluta y perpetua de enajenar un bien raíz adolece de objeto ilícito y, por tanto, está sancionada con la nulidad absoluta⁴²⁰. Como toda regla excepcional, deberá interpretarse de manera estricta.

Como consecuencia de lo expuesto, es posible sostener que las liberalidades no donatorias encuentran su fundamento en este principio de libre disposición de los bienes, pues todo propietario está facultado para disponer de los bienes que integran su patrimonio de la forma que estime conveniente, recurriendo, para tales efectos, a todo tipo de acto jurídico, sea oneroso o gratuito, sea típico o atípico. De esta manera, la regla general viene dada porque todo titular del derecho de propiedad podrá disponer de él a través del acto jurídico que desee, no estando constreñido a hacerlo a título oneroso, sino que también podrá hacerlo por mera liberalidad y, en el caso de querer hacerlo a título gratuito, en virtud del principio de la autonomía privada⁴²¹, podrá hacerlo a través de una liberalidad no donatoria.

2.2. La consagración del principio de la libre disposición de los bienes en el ordenamiento jurídico civil chileno.

Ya que hemos configurado conceptualmente el principio de la libre disposición de los bienes, corresponde determinar de qué manera se encuentra consagrado en nuestro ordenamiento jurídico. Para estos efectos, examinaremos diversas disposiciones, tanto de nuestro Código Civil como de la Constitución Política de la República, en las cuales se puede estimar consagrado el principio que estamos examinando.

2.2.1. El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.

Esta disposición establece que *“La Constitución asegura a todas las personas: El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”*.

Si bien es posible distinguir dos planos distintos que puede tener la propiedad, uno objetivo, como régimen jurídico, y otro subjetivo, como derecho⁴²², la dogmática en torno a la garantía del derecho de propiedad, en nuestro país, se ha caracterizado por un predominio de la perspectiva subjetiva⁴²³, de manera que la propiedad se configura como un derecho subjetivo liberado de toda atadura y muy vinculado con la libertad personal⁴²⁴. De ahí que se ha señalado que este derecho otorga a su titular amplios poderes sobre una cosa y ha sido entendido como un derecho natural, por lo que desconocerlo implicaría desconocer la naturaleza humana del cual emana; como consecuencia de lo anterior, surge el deber del Estado de reconocerlo y respetarlo, para que, de esta manera, las demás personas también se encuentren en la necesidad jurídica de respetar el derecho del titular⁴²⁵.

El inciso segundo de este numeral agrega que *“Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven*

⁴²⁰ Repertorio, T. III, cfr. p. 40.

⁴²¹ Vid. *Infra*. 2.5.

⁴²² Cordero Quinzacara, Eduardo, “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”. En *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Valdivia, Vol. XIX, N° 1, julio 2006, pp. 125 – 148, cfr. p. 128.

⁴²³ Cordero Quinzacara, op. cit., cfr. p. 127. Agrega que, en su concepto, esta confusión se produjo fundamente por el sistema de control de constitucionalidad existente en el país. Cordero Quinzacara, op. cit., cfr. p. 134.

⁴²⁴ Ídem, cfr. p. 129. En el mismo sentido, Ángela Vivanco sostiene que “sin propiedad no existe libertad, toda vez que, en un régimen político donde aparece abolida, los individuos pasan a ser dependientes del Estado”. Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional*. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2006, cfr. p. 498.

⁴²⁵ Vivanco Martínez, op. cit., cfr. p. 498.

de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”. Como explica Daniel Peñailillo, la noción de función social de la propiedad apunta a que el dominio sea ejercido considerando los intereses de la sociedad y no solamente los intereses particulares del propietario. Su vigencia específica se ha dirigido especialmente al contenido del dominio, aunque también se ha aplicado a su titularidad, señalándose que debe cumplir un rol a favor de la comunidad, consistente en fomentar la propiedad colectiva⁴²⁶; de ahí que, para Cea “es el resultado de la correcta aplicación de una fórmula o ecuación jurídico – social, que permite conciliar el ejercicio del derecho de propiedad por su dueño, de un lado, con las necesidades del mantenimiento y el desarrollo de la comunidad, de otro”⁴²⁷. Corral señala que, dentro de esas limitaciones que se derivan de la función social, es posible mencionar las limitaciones derivadas de necesidades urbanísticas y de transporte; de la sanidad e higiene pública; del desarrollo de actividades agrícolas, ganaderas, forestales, mineras, de pesca y acuicultura; para el buen funcionamiento de los mercados, y para conservar el patrimonio ambiental y cultural⁴²⁸. Cabe agregar que el legislador solo puede limitar el ejercicio del derecho de propiedad, pero no el derecho mismo, pues, si se afecta el derecho en su esencia, estamos frente a una privación del mismo⁴²⁹.

Por su parte, el inciso tercero de este numeral, señala que “Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales”. En consecuencia, la privación de del derecho de propiedad constituye una situación de excepción, dado que vulnera directamente el derecho⁴³⁰, de manera que se trata de una privación del dominio para la cual es indispensable la indemnización, que debe ser previa y expresa⁴³¹. Para Ángela Vivanco se trata de un “procedimiento formal regulado constitucional y legalmente, en virtud del cual, y con autorización de la ley, una determinada autoridad ejecuta un acto por el que se dispone el traspaso de un bien de manos de su dueño a las del Estado – Fisco o de uno de sus organismos, previo pago de una indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado”⁴³².

2.2.2. El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.

Esta disposición establece que “La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

En general se ha sostenido que se trata de una garantía de los demás derechos consagrados en la Constitución, al impedir que ellos sean alterados en su esencia o que su ejercicio se tome ilusorio

⁴²⁶ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. pp. 326 – 327.

⁴²⁷ Cea Egaña, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 613.

⁴²⁸ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. pp. 131 – 136.

⁴²⁹ Vivanco Martínez, op. cit., cfr. p. 499.

⁴³⁰ Henríquez Viñas, Miriam; Núñez Leiva, José I., *Manual de Estudio de Derecho Constitucional*, Sociedad Editora Metropolitana Ltda., Santiago, 2007, cfr. p. 194.

⁴³¹ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 328.

⁴³² Vivanco Martínez, op. cit., cfr. pp. 500 – 501.

por actos u omisiones de la autoridad, al mismo tiempo que constituye una limitación al legislador, pues él, al regular una garantía constitucional, no puede afectar su esencia, esto es, no puede privarlo de un elemento que le sea consustancial o imponer exigencias que lo hagan irrealizable, limitación que se extiende al regulador reglamentario y a los órganos de la Administración del Estado⁴³³.

Esta disposición, en relación con el derecho de propiedad, complementa el numeral 24 del mismo artículo 19 de nuestra Carta Fundamental, al señalar que el referido derecho no puede ser afectado en su contenido esencial⁴³⁴.

De esta manera, surge el problema de determinar qué ha de entenderse por el contenido esencial del derecho de propiedad, con el propósito de determinar hasta dónde puede llegar el legislador cuando éste regule, complemente o limite las garantías constitucionales. En efecto, como señala Covarrubias, si bien el legislador puede establecer regulaciones que constriñan el ejercicio del derecho de propiedad en nombre de la función social, podría darse una situación inconstitucional si la referida regulación traspasa el umbral de la garantía general que resguarda el contenido esencial de los derechos fundamentales⁴³⁵, de manera que se torna ilusorio el ejercicio del respectivo derecho⁴³⁶.

Como explica Gonzalo Montory, a partir del texto constitucional surgen diversos problemas doctrinarios: en primer lugar, determinar cuál es el objeto de protección de esta garantía, el derecho objetivo mismo o el derecho subjetivo de cada titular; en segundo lugar, determinar cuál es la naturaleza de esa garantía⁴³⁷.

En relación con el primer problema, una primera teoría, de naturaleza objetiva, que sostiene que la garantía del contenido esencial está dirigida a proteger exclusivamente la norma objetiva que establece el correspondiente derecho fundamental, lo que, aplicado al derecho de propiedad, implicaría postular que la esencia garantizaría solamente la existencia del derecho de propiedad considerado como una categoría jurídica abstracta, sin que el legislador pueda derogarla, ni eliminar completamente la existencia de los bienes sobre los cuales pudiera recaer tal derecho^{438 - 439}. En un sentido diferente, aparece una segunda teoría, de naturaleza subjetiva, que establece que la garantía del contenido esencial se orienta a proteger la esfera individual de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo que, aplicado al derecho de propiedad, implica sostener que la referida garantía, por cierto, protege su sola existencia, pero que, además, protege a cada propietario individualmente considerado, tanto en la titularidad como en el ejercicio de su derecho; en consecuencia, procura asegurarle un cuerpo de facultades concretas que le permitan disponer, de forma plena, de los bienes que son objeto de su propiedad⁴⁴⁰. A juicio de Montory, ésta sería la concepción recogida en nuestro texto constitucional^{441 - 442}.

⁴³³ Ídem, cfr. p. 523.

⁴³⁴ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 333.

⁴³⁵ Covarrubias Cuevas, op. cit., cfr. p. 61.

⁴³⁶ Ídem, cfr. p. 63. A su juicio, cuando una restricción impacta de una manera significativa al derecho, estamos frente a un caso análogo a una privación total, por lo que debe aplicarse el procedimiento expropiatorio. Covarrubias Cuevas, op. cit., cfr. p. 67.

⁴³⁷ Montory Barriga, op. cit., cfr. pp. 139 – 140.

⁴³⁸ Ídem, cfr. p. 141.

⁴³⁹ En este sentido, Cordero precisa que la garantía del contenido esencial del derecho de propiedad se encuentra vinculada a la dimensión objetiva de este derecho y a la teoría de las garantías institucionales. Cordero, op. cit., cfr. p. 135.

⁴⁴⁰ Montory Barriga, op. cit., cfr. pp. 145 – 146.

⁴⁴¹ Ídem, cfr. pp. 147 – 148.

⁴⁴² Sin perjuicio de lo señalado, Eduardo Aldunate y Jessica Fuentes ofrecen una interesante perspectiva para resolver este problema, recurriendo a la teoría de garantías del instituto, la cual, a juicio de estos autores, sería perfectamente aplicable en Chile. Conforme a esta teoría, lo que protege nuestro texto constitucional es “el conjunto de relaciones jurídicas que constituyen lo que denominados la propiedad como instituto jurídico”, de

En relación con el segundo problema, Montory plantea que es posible identificar dos teorías que tratan de explicar la naturaleza del contenido esencial y su determinación. Por una parte, existe una teoría absoluta del contenido esencial, para la cual el contenido esencial de los derechos fundamentales constituye una frontera para la actividad limitadora de los derechos que puede efectuar el legislador, de manera que, si traspasa esa frontera, estaría afectando el núcleo indisponible de los derechos fundamentales⁴⁴³; en palabras de Viera, esta teoría sostiene que es “una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación de debate”⁴⁴⁴. Por el contrario, la teoría relativa postula que el contenido esencial de un derecho fundamental no está fijado de manera definitiva, sino que está dotado de unas dimensiones variables dependientes, en cada caso concreto, del resultado de una ponderación entre la limitación y el fin que se pretende alcanzar; en consecuencia, el contenido esencial sería aquella parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcional, lo que implica sostener que el legislador podría, en principio, intervenir en cualquier parte del contenido del derecho, con tal que esa intervención se encuentre justificada⁴⁴⁵; en concepto de Viera, esta teoría entiende que el contenido esencial es “aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”⁴⁴⁶. A juicio de Montory, nuestro texto constitucional se habría inclinado por la teoría absoluta⁴⁴⁷.

Ahora bien, ¿cómo se determina el contenido esencial del derecho de propiedad? Peñailillo nos señala que es posible identificar dos criterios que buscan determinar el contenido esencial de un derecho: el de la reconocibilidad y el de jurisprudencia de intereses⁴⁴⁸. De conformidad con el primero, el derecho de propiedad es reconocible si en él es posible identificar los atributos clásicos del dominio: uso, goce y disposición^{449 - 450}, mientras que, la segunda, plantea que el contenido esencial se refiere a la parte del contenido que resulta ser necesaria para que el derecho cumpla las finalidades e intereses de los cuales es instrumento y, por lo mismo, a los cuales debe servir⁴⁵¹. Por su parte, para Montory, el concepto de contenido esencial se refiere a los elementos mínimos que

manera tal que, “sin dicha regulación, el ‘derecho de propiedad’ no existe: sólo existen relaciones materiales de un individuo con su entorno físico. Es la existencia de un conjunto de reglas jurídicas articuladas las que permiten interpretar ciertas actuaciones en una determinada forma”. Aldunate Lizana, Eduardo; Fuentes Olmos, Jessica, “El Concepto de Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, XVIII, 1997, pp. 195 – 221, cfr. p. 217.

⁴⁴³ Montory Barriga, op. cit., cfr. p. 149.

⁴⁴⁴ Viera Álvarez, Christian, “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: la Libre Iniciativa Económica en España y Chile”. En *Revista de Ciencias Sociales*, Edeval, Valparaíso, N° 62, 2013, pp. 177 – 196, cfr. p. 180.

⁴⁴⁵ Montory Barriga, op. cit., cfr. p. 153.

⁴⁴⁶ Viera Álvarez, op. cit., cfr. p. 179.

⁴⁴⁷ Montory Barriga, op. cit., cfr. pp. 154 – 157.

⁴⁴⁸ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 345.

⁴⁴⁹ Aldunate señala que el contenido esencial del derecho de propiedad no solo comprende elementos de las facultades de uso, goce y disposición, sino también su carácter absoluto, su perpetuidad y su elasticidad. Aldunate Lizana, Eduardo, “Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad”. En *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Vol. 33, N° 2, 2006, cfr. p. 290. Agrega que, “mientras el respectivo derecho de dominio conserve en alguna medida, por mínima que sea, la conjunción de los atributos de disposición, de uso y de goce, podría ser reconocido como dominio”. Aldunate Lizana, op. cit., cfr. p. 292.

⁴⁵⁰ José Luis Cea agrega la facultad de administrar, que consiste en “conservar el bien de que se trate, de incrementarlo y aprovecharse de los beneficios que el bien genere, en fin, de evitar su destrucción o deterioro”. Cea Egaña, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 611.

⁴⁵¹ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 345.

hacen reconocible un derecho⁴⁵². En este contexto, la dominación constituiría, en su concepto, el contenido esencial del tipo abstracto del derecho de propiedad; la dominación se refiere a la relación de pertenencia, esto es, la sumisión o sujeción ‘permanente’ de un bien a la voluntad de su dueño, lo que se traduce – a su turno – en la posibilidad de gobernarlo o controlarlo; sin perjuicio de la graduación que pueda hacerse de dicho poder⁴⁵³. También formaría parte de la reconocibilidad el *usus ut dominus*, esto es, el uso a título de dueño que siempre autoriza un margen para el arbitrio, es superior al que confieren otros derechos de explotación de los bienes, es exclusivo, es directo y sin intermediarios, y comprende siempre la facultad de disposición jurídica y material de la cosa⁴⁵⁴. Por su parte, Jessica Fuentes considera que el contenido esencial del derecho de propiedad está constituido, no solo por las facultades inherentes al dominio, conforme se desprende del artículo 19 N° 24 del texto constitucional, sino que también por su carácter exclusivo, que es el que permite asegurar al titular del dominio el aprovechamiento pacífico de los bienes que son de su propiedad y sin la interferencia de perturbaciones de terceros; así como también el carácter pleno del ejercicio de las facultades por parte del titular del derecho de dominio. La razón de lo anterior radica en que, de no existir tales facultades y caracteres, habría una modificación tan profunda al derecho de propiedad, que daría origen a una figura jurídica completamente nueva, desconocida o irreconocible⁴⁵⁵.

Conforme al segundo, el derecho de propiedad sirve a la dignidad y libertad de la persona, al libre desarrollo de su personalidad, y al reconocimiento de las personas como sujetos de iniciativa y gestión económica, insertos en un proceso de economía de libre mercado⁴⁵⁶. De esta manera, la esencia de los derechos subjetivos estará constituida por un poder que el ordenamiento jurídico reconoce y garantiza a su titular, con la finalidad de que dentro de cierto ámbito de libertad y autodeterminación, pueda satisfacer sus intereses⁴⁵⁷. En el caso del derecho de propiedad, la finalidad subyacente a esta figura jurídica es el aprovechamiento de los bienes, para lo cual se reconocen ciertos atributos y caracteres⁴⁵⁸. En consecuencia, se estará afectando el derecho de propiedad en su esencia cuando se impida su libre ejercicio, lo que ocurrirá cuando el legislador lo sujete a exigencias que lo hacen irrealizable, esto es, lo entraben más allá de lo razonable o lo priven de tutela jurídica⁴⁵⁹.

Peñailillo agrega que ambos criterios han sido reconocidos por las sentencias del Tribunal Constitucional chileno^{460 - 461}.

⁴⁵² Montory Barriga, op. cit., cfr. p. 161.

⁴⁵³ Ídem, cfr. pp. 164 – 167.

⁴⁵⁴ Ídem, cfr. pp. 168 -180.

⁴⁵⁵ Fuentes Olmos, op. cit., cfr. p. 258.

⁴⁵⁶ Peñailillo Arévalo, , op. cit., cfr. p. 345.

⁴⁵⁷ Montory Barriga, op. cit., cfr. p. 194.

⁴⁵⁸ Fuentes Olmos, op. cit., cfr. p. 257.

⁴⁵⁹ Montory Barriga, op. cit., cfr. p. 190.

⁴⁶⁰ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 346.

⁴⁶¹ En la causa Rol N° 280 – 1998, sobre el requerimiento de constitucionalidad del proyecto de ley que rebaja la tasa de los aranceles a las importaciones e introduce modificaciones a otras normas tributarias y económicas, según se lee en su Considerando 29, estableció “Que, el Tribunal Constitucional ha señalado, como también se recuerda en esta sentencia, que un derecho es afectado en su esencia cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible”. La misma idea aparece en el Considerando 4° de la sentencia pronunciada en la causa Rol N° 200 – 1994 sobre requerimiento de inconstitucionalidad del proyecto de ley sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias Funcionales.

2.2.3. El artículo 582 del Código Civil.

Esta disposición define al dominio, señalando, en su inciso primero, que “*El dominio (que se llama también propiedad, es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*”.

La expresión “arbitrariamente” ha sido entendida de diversas maneras por la doctrina nacional. Así, Alessandri y Somarriva sostienen que dicha expresión se refiere al carácter absoluto del dominio y que puede entenderse en dos sentidos distintos: por una parte, se refiere al ejercicio de todas las facultades posibles que el titular del derecho puede ejercer sobre la cosa; por otra parte, puede entenderse como el poder soberano del titular para ejercer tales facultades a su arbitrio, esto es, sin que nadie pueda impedirselo⁴⁶². Este segundo sentido podría dar a entender que el titular del dominio tiene un poder ilimitado sobre la cosa o la facultad de hacer lo que se le plazca⁴⁶³; sin embargo, ello no es así, pues la misma disposición, inmediatamente se encarga de limitar estas facultades que se confieren al titular, reconociendo como límites la ley y el derecho ajeno, morigerando e incluso impidiendo la arbitrariedad y el abuso⁴⁶⁴. Con todo, modernamente se ha explicado que la expresión “arbitrariamente” viene de “arbitrio”, que quiere decir “voluntad”, de manera que lo que el legislador quiso decir al emplear esta expresión en la definición legal de dominio es “libremente”, “voluntariamente”, “sin coacción”, pero con una libre voluntad guiada por la razón⁴⁶⁵.

En consecuencia, la expresión “arbitrariamente” que emplea esta disposición para definir el derecho de dominio, daría a entender que, en principio, el titular del derecho de dominio es libre para hacer uso de las facultades que le confiere tal derecho de la manera que estime conveniente a sus intereses, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer la misma ley o las que deriven del derecho ajeno.

2.2.4. El artículo 1.126 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito de las asignaciones testamentarias a título singular, señala que “*Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita*”.

A juicio de Ramos Pazos, a partir de esta disposición es posible desprender un principio general, cual es que, en nuestro país, las cláusulas de no enajenar tienen valor si no afectan derechos de terceros⁴⁶⁶.

Esta forma de razonar puede resultar discutible. Meza Barros sostiene, a partir de la misma disposición, que el legislador no mira con buenos ojos que el testador imponga la prohibición de enajenar las cosas legadas⁴⁶⁷, idea que es compartida por Ruz, para quien esta regla resulta lógica, toda vez que si el legado es puro y simple, el legatario adquiere el dominio del legado (debemos entender que se refiere al legado de especie o cuerpo cierto) desde la apertura de la sucesión, por lo que, si fallece, puede transmitir su derecho a sus propios herederos, de manera que no cabe justificar

⁴⁶² Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 39.

⁴⁶³ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Bienes, op. cit., cfr. p. 75.

⁴⁶⁴ Peñailillo Arévalo, op. cit., cfr. p. 293.

⁴⁶⁵ Corral, *Curso de Derecho Civil*. Bienes, op. cit., cfr. pp. 112 – 113.

⁴⁶⁶ Ramos Pazos, René, *Sucesión por Causa de Muerte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, cfr. p. 103. En el mismo sentido, Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 382.

⁴⁶⁷ Meza Barros, *Manual de Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 89.

una limitación a su facultad de enajenar, a menos que esté comprometido el derecho de un tercero, por ejemplo, cuando el legatario tiene la calidad de propietario fiduciario⁴⁶⁸.

En el mismo sentido, Pablo Rodríguez advierte que la libre circulación de los bienes constituye un principio de orden público, de manera que todo obstáculo que entrase esa libre circulación es nulo. Consecuentemente, la posibilidad de pactar o imponer una cláusula de no enajenar solamente de manera excepcional será válida y ello ocurrirá cuando concurren dos requisitos: la existencia de un interés legítimo de un tercero y que se trate de un gravamen de carácter temporal. En el caso en comento, la disposición expresamente exige que esté comprometido el derecho de un tercero y la concurrencia del segundo requisito, esto es, la temporalidad, se entiende implícito en la exigencia que esté comprometido el derecho de un tercero, toda vez que la prohibición de enajenar solo se justificará en la medida que perdure el interés, de manera que, desaparecido el interés, desaparece también la prohibición⁴⁶⁹.

2.3 El principio de la libre disposición de los bienes en los instrumentos internacionales aplicables en Chile.

El principio de la libre disposición de los bienes, como ya se ha señalado, encuentra su fundamento en el derecho de propiedad, el cual no solamente se encuentra reconocido en los textos normativos nacionales, sino que también en textos internacionales, los que vienen a reforzar la existencia y contenido de dicho principio.

De esta manera, es posible mencionar, pese a que jurídicamente no se trata de un instrumento obligatorio, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 17 establece, en su numeral primero, que *“toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente”*, mientras que su numeral segundo agrega que *“nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”*. Como explica Sebastián López, no fue fácil encontrar un contenido mínimo en lo que se refiere a este derecho y su vinculación con la relación entre el Estado y el individuo, que fuese aceptable para la comunidad internacional en la que, por primera vez, convivían países con importantes diferencias en los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales; lo que, a su turno, permite explicar que el contenido de este instrumento se centrara, principalmente, en los derechos civiles y políticos, y no en los económicos, sociales y culturales⁴⁷⁰.

El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, se refiere al derecho a la propiedad privada y señala, en su primer numeral, que *“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”*, agregando su numeral segundo que *“Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”*.

En nuestro concepto, cobra interés la regulación que han hecho estos instrumentos internacionales, pues, como explica Claudio Nash, a los textos normativos nacionales de protección de los derechos fundamentales se debe agregar un amplio espectro de textos normativos de los cuales se puede hacer un uso integral en nuestro país, con el propósito, no solo de lograr una efectiva

⁴⁶⁸ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. p. 487.

⁴⁶⁹ Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op. et ed. cits., vol. I, cfr. p. 223. En el mismo sentido, Somarriva Undurraga, *Derecho Sucesorio*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 321.

⁴⁷⁰ López Escarcena, Sebastián, “La Propiedad y su Privación o Restricción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”. En *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Talca, año 21, N° 1, 2015, cfr. p. 32.

protección de estos derechos, sino que también de poder acceder a la jurisdicción internacional⁴⁷¹, lo que reviste importancia atendido el momento constitucional en el que se encuentra nuestro país, pues, independientemente de lo que ocurre con un eventual nuevo texto constitucional, estos derechos se encuentran protegidos dentro del denominado Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, por tanto, cuentan con protección internacional, de manera que seguirán siendo obligatorios para el Estado de Chile, el cual, por lo mismo, deberá respetarlos para no incurrir en responsabilidad, la cual puede ser perseguida ante los órganos contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Lo anterior se ve corroborado si tenemos presente que la obligación de cumplimiento del Estado en materia de tratados internacionales de derechos fundamentales se caracteriza por la obligación de respeto, la obligación de garantía de los derechos y libertades consagrados internacionalmente, y el respeto del principio de igualdad y no discriminación respecto de cada derecho⁴⁷².

2.4 El principio de la libre disposición de los bienes como fundamento de las liberalidades no donatorias.

Dado que el principio de la libre disposición de los bienes constituye un principio general del ordenamiento jurídico chileno, estamos en condiciones de sostener que dicho principio sirve de fundamento a la figura de las liberalidades no donatorias. En efecto, como hemos señalado, el principio de la libre disposición de los bienes es, una proyección del derecho de propiedad, sin perjuicio de que algunos casos de liberalidades no donatorias también puedan encontrar alguna relación con la autonomía privada⁴⁷³.

Si esto es así, ello implica que el titular del derecho de dominio puede, en principio, disponer de la cosa que es objeto de él de la manera que estime conveniente, sin otras limitaciones que las establecidas por el propio ordenamiento jurídico.

Desde esta perspectiva, la reglamentación que el legislador ha hecho de las donaciones entre vivos constituye una importante limitación a la libre disposición de los bienes. En efecto, si bien en principio debiera entenderse que las donaciones entre vivos son consensuales, debido a que el artículo 1.401 del Código Civil chileno exige la insinuación para toda donación que recaiga sobre bienes que valgan más de dos centavos, en la práctica toda donación es solemne, pues, a lo menos debe cumplir con la insinuación; sin perjuicio que, las donaciones que recaen sobre bienes raíces, las donaciones a título universal y las sujetas a modalidad suponen solemnidades adicionales⁴⁷⁴. En otras palabras, la reglamentación de la donación entre vivos que hace el legislador corresponde a una situación que hace excepción a la libre disposición de los bienes, pues la disposición que se puede hacer a través de

⁴⁷¹ Nash Rojas, Claudio, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2012, cfr. p. 25.

⁴⁷² Nash Rojas, op. cit., cfr. p. 33. Agrega que el respeto “consiste en cumplir directamente la conducta establecida en cada norma convencional, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación”. Nash Rojas, op. cit., cfr. p. 34; mientras que la garantía “se traduce en la obligación que asume el Estado de promover, a través de sus órganos, la posibilidad real y efectiva de que las personas sujetas a su jurisdicción ejerzan los derechos y disfruten las libertades que se les reconocen”, Nash Rojas, op. cit., cfr. p. 35 y, finalmente, sostiene que la no discriminación se refiere a que “el Estado deberá prohibir y sancionar todas las acciones discriminatorias que puedan darse en las relaciones particulares, evitando que se proclamen acciones discriminatorias e ideas que las alienten, entre otras”. Nash Rojas, op. cit., cfr. p. 38.

⁴⁷³ Por ejemplo, en la estipulación a favor de otro, las partes pueden elegir libremente al beneficiario, libertad que encuentra su fundamento en la autonomía privada.

⁴⁷⁴ Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 209.

esta figura jurídica se encuentra sujeta a diversas solemnidades; en consecuencia, dado que se trata de una figura excepcional, sus reglas deben interpretarse de manera estricta, sin que se puedan hacer extensivas a otras figuras jurídicas.

De esta manera, no cabe aplicar esas reglas limitativas de la libre disposición de los bienes que el legislador ha establecido para las donaciones entre vivos a las liberalidades no donatorias, pues ello implicaría hacer extensivas determinadas reglas excepcionales a casos no contemplados expresamente por la ley, lo que implicaría un claro atentado al principio de la libre disposición de los bienes, pues un propietario se vería restringido en su facultad de disposición, afectándose su derecho en su esencia, sin que exista un texto legal expreso que autorice tal limitación, en circunstancias que la libre disposición no debe tener otras limitaciones que las impuestas por la ley y sin que se afecte el derecho de propiedad en su esencia.

2.5 Las liberalidades no donatorias y la autonomía privada⁴⁷⁵.

En una primera aproximación, podría pensarse que las liberalidades no donatorias podrían, además, fundarse en el principio de la autonomía privada, pues, en virtud de éste, para que las personas puedan aspirar a su plena realización en cuanto a tales, necesitan de un espacio para decidir de manera autónoma lo mejor para sus vidas, respetando la dignidad personal de los demás y las exigencias que impone el bien común⁴⁷⁶, de manera que podría pensarse que, como en virtud de esta autonomía se entiende que, en principio las personas somos libres para regular nuestras relaciones jurídicas de la forma que estimemos conveniente, sin más límites que los impuestos por la ley, el orden público o las buenas costumbres, dicha autonomía podría servir para fundamentar las liberalidades no donatorias.

Como sabemos, este principio encuentra su fundamento en la filosofía individualista y en el liberalismo económico. La filosofía del siglo de las luces parte de la base que cada persona es fundamentalmente libre; por lo tanto, solo es posible admitir que los individuos queden sujetos respecto de otros, por ejemplo, como acreedores y deudores, si su voluntad ha intervenido en tales situaciones y, del mismo modo, un individuo debe respetar todas las obligaciones en las que ha consentido libremente. En consecuencia, el contrato se transforma en la fuente de derechos por excelencia: la voluntad puede darse a ella misma su propia ley, ya que el contrato encuentra su fuerza para constreñir en el encuentro de las voluntades de las partes. Esta filosofía jurídica de la época hizo del contrato un instrumento que permite explicar todo el sistema jurídico, por ejemplo, la sociedad nace de un contrato: el contrato social; el régimen matrimonial legal: no es el resultado de una disposición de la ley, sino de una convención tácita de los cónyuges quienes se refirieron a él al abstenerse de celebrar una convención matrimonial; la sucesión intestada no hace más que expresar lo que sería el testamento tácito del difunto; la nacionalidad es el producto de un contrato entre el ciudadano y el Estado; etc.⁴⁷⁷

⁴⁷⁵ Hemos preferido utilizar la expresión “autonomía privada” en vez de la tradicional “autonomía de la voluntad”. Conforme explica Rodrigo Barcia, la noción de autonomía de la voluntad alude a la voluntad creadora del acto jurídico, mientras que la expresión autonomía privada comprende no solo la voluntad creadora del acto jurídico, sino que también la voluntad reguladora de los efectos del acto jurídico, poniendo de manifiesto la función normativa o creadora del Derecho objetivo del acto jurídico. Barcia Lehmann, Rodrigo, “La Autonomía Privada como Principio Sustentador de la Teoría del Contrato y su Aplicación en Chile”. En *Temas de Contratos*, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Santiago, 2006, cfr. p. 164.

⁴⁷⁶ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 32.

⁴⁷⁷ Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves, *Droit Civil. Les Obligations*, 11^o édition, Dalloz, Paris, 2013, cfr. p. 32 (traducción libre).

Por otro lado, el liberalismo económico plantea que el contrato permite establecer las relaciones más justas y socialmente más útiles. El libre juego de las voluntades individuales solo puede lograr la justicia. Vista como una voluntad pura guiada por una razón infalible, cada contratante es el mejor juez y, por lo mismo, el mejor legislador de sus intereses. Consecuentemente, se puede presumir que ellos serán perfectamente respetados por las obligaciones que sean voluntariamente asumidas, ya que, si una obligación impuesta puede ser injusta, una obligación voluntariamente aceptada no puede serlo. La oposición de intereses subyacente al contrato es, además, la mejor garantía de que las obligaciones que genera respetan un cierto equilibrio, porque responden a las necesidades de cada uno; de contrario, la parte desaventajada no habría consentido. En otro sentido, el libre juego de voluntades individuales asegura el equilibrio económico y la prosperidad en general. La ley del mercado permite los ajustes de la producción según las necesidades. En general, la búsqueda de cada uno de su propio interés solo puede conducir a la satisfacción de un interés general, percibido como la suma de intereses particulares⁴⁷⁸.

No obstante lo expresado precedentemente, estimamos que la autonomía privada no puede ser considerada como fundamento para las liberalidades no donatorias en cuanto a tales, toda vez que es un principio que sirve de sustento a todo acto jurídico, por lo que, si bien puede servir de justificación de las liberalidades no donatorias en cuanto a actos jurídicos, no permite justificar esta figuras en su identidad específica. Sin perjuicio de ello, sí puede servir para justificar algunos de sus casos, en cuanto a la posibilidad de que el titular de un derecho pueda decidir acerca del destino de su derecho; esto es lo que ocurre con la estipulación a favor de otro, en la que la decisión de conferir un derecho a un tercero ajeno al contrato puede ser justificada en esta figura; mientras que, tratándose de la renuncia de un derecho, en cuanto el renunciante abdica sin que exista un beneficiario determinado, no puede justificarse en la autonomía privada, por cuanto el renunciante no decide acerca del destino del derecho que está abdicando.

3. Los casos de liberalidades no donatorias en el Código Civil chileno y el aporte del derecho extranjero en su identificación

Para poder identificar los casos de liberalidades no donatorias en el Código Civil chileno, se hace necesario revisar qué es lo que ha ocurrido en el derecho foráneo, pues, a partir de los casos que han sido señalados como hipótesis de liberalidades no donatorias en los ordenamientos extranjeros, será posible determinar si esos casos tienen o no cabida en el derecho chileno.

La doctrina y la jurisprudencia italianas han incluido entre los casos de liberalidad no donativa, sujetándolas a la disciplina prevista en el artículo 809 del Código Civil italiano⁴⁷⁹, los siguientes casos: la renuncia, la remisión de la deuda, el contrato a favor de tercero, el acto de dotación en la fundación, la constitución del fondo patrimonial, el cumplimiento de la obligación ajena ejecutado con *animus donandi* y la inscripción del título de propiedad a nombre de otro⁴⁸⁰. Con todo, como explica Messineo, no existe una figura general y abstracta de donación indirecta que pueda encarnarse en algo diverso de un tipo de acto o de negocio que tenga, por sí, causa onerosa; sino que

⁴⁷⁸ Terré; Simler; Lequette, op. cit., cfr. p. 33 (traducción libre).

⁴⁷⁹ El artículo 809 del Código Civil italiano se refiere a las normas de las donaciones aplicables a otros actos de liberalidad y señala "*Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari. Questa disposizione non si applica alle liberalità previste dal secondo comma dell'art. 770 e a quelle che a norma dell'art. 742 non sono soggette a collazione*".

⁴⁸⁰ Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 104 (traducción libre).

existen figuras similares de actos o de negocios, cada una de las cuales es, ante todo, un acto o negocio directo, y es también, aunque con un carácter secundario, un caso de donación indirecta que no puede subsistir, sino necesariamente de una de dichas figuras⁴⁸¹.

Como consecuencia de lo anterior, para que haya donación indirecta es necesaria la existencia de un acto o negocio en el cual se realice, de momento, la finalidad directa perseguida por la parte o por las partes, aun cuando fuera o más allá de esa finalidad, el acto o el negocio determine, con carácter mediato, también un efecto de liberalidad⁴⁸².

Con todo, conforme se ha explicado, la doctrina italiana no está conteste respecto a considerar o no a la donación indirecta como un tipo de negocio indirecto⁴⁸³. Una primera opinión niega esta posible reconducción, señalando, principalmente, que la donación indirecta no actúa necesariamente en el campo negocial, sino también a través de un simple acto material, por ejemplo, el hecho que un acreedor que, para enriquecer a su deudor, deja que prescriba el crédito reclamado⁴⁸⁴. En un sentido opuesto, Torrente plantea que el enriquecimiento no es producto de un acto material, consistente en la simple omisión de la acción, sino de un acto negocial de renuncia, por ejemplo, la renuncia del acreedor a la demanda contra el deudor, en ausencia de una voluntad negocial expresa, de manera que habría una mera inercia a la que no es posible conectar las consecuencias que la ley reconoce a las liberalidades indirectas⁴⁸⁵.

Trabucchi agrega que la tesis de Torrente sería la doctrina prevaleciente en la actualidad, ya que en la donación indirecta el donante actúa libremente recurriendo a un medio jurídico diverso de la donación típica, que solo por reflejo acarrea el beneficio gratuito; es decir, en la donación indirecta la liberalidad coincide con el resultado del acto, mientras que en la donación directa la libertad constituye el contenido, esto es, el objeto inmediato del acto⁴⁸⁶.

En Francia, Jubault parte de la base que la donación indirecta es un tipo de donación⁴⁸⁷ y, por lo mismo, debe reunir los requisitos comunes a toda donación: un elemento material, constituido por la transferencia patrimonial en beneficio de un donatario, y un elemento intencional, que es la intención de beneficiar y que explique la transferencia gratuita⁴⁸⁸.

Para Marc Nicod, la donación indirecta necesita de un acto de soporte, que es el que confiere a la donación su carácter de indirecto y que es sincero; él cumple efectivamente la función translativa que normalmente se le otorga; solo que su economía es trastornada por la intromisión de la intención liberal⁴⁸⁹. Y agrega que la donación indirecta puede tomar su cuerpo en el seno de una convención, como de un acto unilateral, de un acto consensual, como de un acto solemne, de un acto a título oneroso, como de un acto neutro. De hecho, el solo punto que importa es que el acto jurídico que sirva de vector a la donación no visualiza ostensiblemente la naturaleza liberal de la operación.

Por su parte, Planiol y Ripert distinguen entre las donaciones indirectas dentro de un acto neutro y las donaciones indirectas incluidas dentro de un acto a título oneroso⁴⁹⁰. En relación con las primeras, su complejidad implica hacer una serie de precisiones y distinciones: el acto que las contiene es neutro, en el sentido que no indica – por sí mismo – si es oneroso o gratuito; sin embargo, la jurisprudencia, de una manera que no siempre es coherente, entiende esta neutralidad, a veces, de

⁴⁸¹ Messineo, op. cit., cfr. pp. 23 – 24.

⁴⁸² Ídem, cfr. p. 24.

⁴⁸³ Belli Guido, “Le Donazioni Indirette”, op. cit., (traducción libre).

⁴⁸⁴ Rubino, Domenico, *Il Negozio Giuridico Indiretto*. Milano, Giuffrè, 1937, p. 61 (traducción libre).

⁴⁸⁵ Torrente, Andrea, op. cit., cfr. p. 27 (traducción libre).

⁴⁸⁶ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 661 (traducción libre).

⁴⁸⁷ Presumiblemente, por el tenor literal del artículo 893 inciso 2º del *Code*.

⁴⁸⁸ Jubault, op. cit., cfr. p. 477 (traducción libre).

⁴⁸⁹ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires: Les Donations”, op. cit., cfr. p. 824 (traducción libre).

⁴⁹⁰ Planiol; Ripert, op. cit., cfr. p. 422 (traducción libre).

una manera relativa y, a veces, de una manera absoluta. La neutralidad es relativa cuando el acto no está dispensado de la solemnidad mientras no especifique la intención liberal que está en su base; la neutralidad es absoluta cuando la solemnidad es descartada por el simple empleo de un procedimiento legal, aunque la liberalidad sea evidente⁴⁹¹. Dentro de estos casos identifica el reconocimiento de deuda, el pago para otro, la compra a nombre de otro, la cesión de créditos, la constitución de seguros, el contrato de suscripción, la renuncia de un derecho y la aceptación del donatario⁴⁹².

En este sentido, Marc Nicod plantea que los actos neutros, esto es, aquéllos que pueden ser indistintamente onerosos o gratuitos⁴⁹³, constituyen, por excelencia, los instrumentos de la disimulación, como la estipulación a favor de otro, la renuncia de un derecho, el pago o la compra para otro, las cauciones, la cesión de arrendamiento, la retrocesión o la constitución de un trust anglo – americano⁴⁹⁴.

En cambio, tratándose de las donaciones indirectas incluidas en un acto a título oneroso, distinguen la inclusión pura y simple y la estipulación a favor de otro. A la inclusión pura y simple se llega a veces cuando, en una convención ostensible y realmente onerosa, hecha bajo un contrato privado, una de las partes consiente a la otra una ventaja que se analiza como una verdadera liberalidad, por ejemplo, si en la compraventa la cosa se vende a mitad de precio. Se comprende en una convención principal que, en cuanto a sus formas y a sus requisitos de validez, la liberalidad así hecha es válida, aunque no tenga las formas habituales de las donaciones. La única dificultad consiste en distinguir, llegado el caso, la liberalidad de un acto que es a título oneroso para todos, pero que es favorable a una de las partes, cuestión de hecho dejada a la decisión soberana de los jueces del fondo. Tratándose de la estipulación a favor de otro, debe ser incluida dentro de un acto a título oneroso principal. Si se incluye dentro de un acto principal, se analiza como una donación ordinaria y, por tanto, sigue forzosamente la regla de la solemnidad; de todas maneras, el beneficiario tendrá una ventaja: su aceptación no deberá sujetarse a las solemnidades de la aceptación de la donación. Si la donación principal era una donación exenta de forma, la estipulación accesoria sería igualmente dispensada de las formas solemnes. En definitiva, lo accesorio sigue la suerte de lo principal⁴⁹⁵.

En el caso de un acto a título oneroso, Terré, Lequette y Gaudemet plantean que la situación no es simple. Señalan, como ejemplo, el caso de una venta en que el precio es desproporcionado al valor de la cosa vendida y señalan que la sola desproporción no es necesariamente un signo de gratuidad, ya que se puede deber, por ejemplo, a la ignorancia de parte del vendedor del real valor de la cosa que vende; en cambio, para que la operación sea a título gratuito, es necesario que el desequilibrio proceda, no de una errónea apreciación del valor del bien vendido, sino más bien de una intención liberal: aquél que – animado por una intención liberal – concluye un contrato por el cual recibe una prestación de un valor inferior al valor de la prestación que hace, realiza una donación indirecta⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Ídem, cfr. pp. 422 – 423 (traducción libre).

⁴⁹² Ídem, cfr. pp. 423 – 429 (traducción libre).

⁴⁹³ Terré; Lequette; Gaudemet, mencionan dentro de estos la creación o el endoso de un título a la orden, ya que la circulación del título permite hacer donaciones; la cesión de un crédito; el reconocimiento de una deuda, y la promesa de pagar una deuda ajena. Agregan que no se trataría de casos de donación disfrazada, pues el acto no contiene ninguna indicación de una causa ficticia. Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 514 (traducción libre).

⁴⁹⁴ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires: Les Donations”, op. cit., cfr. pp. 824 – 825 (traducción libre).

⁴⁹⁵ Planiol; Ripert, op. cit., cfr. pp. 429 – 430 (traducción libre).

⁴⁹⁶ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 513 (traducción libre). Agregan estos autores que la determinación del objeto de la donación puede suscitar dudas, especialmente en el caso de venta: ¿La liberalidad se refiere a la diferencia entre el precio pagado y el precio normal?, ¿se relaciona con la parte correspondiente al bien cedido? Ésta última parece ser la solución más correcta, porque, en el fondo, el acto se compone de dos elementos: uno oneroso y el otro gratuito.

Por su parte, Malaurie y Brenner prefieren hablar de actos incompletamente onerosos, ya que la contraprestación no se corresponde a la prestación recíproca, como una venta a bajo precio. La naturaleza del contrato dependerá de la intención de las partes: o bien ellas han entendido que han concluido un verdadero contrato a título oneroso, válido o no según si la ley ha o no previsto alguna causal de ineficacia; o bien, ellas han querido el desequilibrio y entienden hacer una donación, sea disfrazada o indirecta, dependiendo de si ha habido o no engaño⁴⁹⁷.

Al igual que la donación disfrazada, la donación indirecta debe respetar las reglas de forma (solemnidad, prueba, publicidad, etc.) del acto que permite su realización⁴⁹⁸.

Cabe tener presente que Marc Nicod advierte que la jurisprudencia francesa ha admitido que, en caso de un desequilibrio intencional de las prestaciones de las partes, el acto oneroso puede arbitrar una donación indirecta (como ocurre en una venta a precio vil)^{499 - 500}.

En el mismo sentido, Malaurie y Brenner sostienen que, para que la renuncia pueda constituir una donación indirecta, necesita de la concurrencia de los dos elementos comunes a toda donación: el objetivo (empobrecimiento del renunciante y enriquecimiento del beneficiario) y subjetivo (intención liberal). Agregan que, cuando la renuncia constituye una donación indirecta, escapa a las reglas de forma de la donación, porque nada en el acto de la renuncia revela la intención liberal⁵⁰¹.

De esta manera, la renuncia de un derecho – sea real o personal – o al ejercicio de una opción, puede constituir un caso de donación indirecta, pues tal renuncia, frecuentemente, beneficia a otras personas. Así, una renuncia a un crédito, especialmente una remisión de deuda, puede constituir una donación indirecta si el acreedor, movido por una intención liberal, no recibe contraprestación alguna⁵⁰². Lo mismo ocurre en el caso de una renuncia (o, más bien, abandono) a un derecho real, por ejemplo, un usufructo o una servidumbre, con la particularidad que, en estos casos, la renuncia puede resultar de un acto unilateral; si el renunciante no recibe ninguna contraprestación, y se ha movido con una intención liberal, el acto es una donación indirecta; en caso contrario, es simplemente abdicativa⁵⁰³.

En cambio, Malaurie y Brenner afirman que es imposible admitir que una renuncia a una propiedad o a una nuda propiedad sea una donación indirecta, salvo que ella sea indivisa: si la

⁴⁹⁷ Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 260 (traducción libre).

⁴⁹⁸ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires: Les Donations”, op. cit., cfr. p. 824 (traducción libre).

⁴⁹⁹ *Ibidem* (traducción libre).

⁵⁰⁰ Sin embargo, en nuestro país, entendemos que ello daría lugar a un negocio mixto y no a una liberalidad no donatoria.

⁵⁰¹ Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 263 (traducción libre).

⁵⁰² En el mismo sentido, Nathalie Picod señala que la remisión de una deuda puede estar movida por un *animus donandi*. Picod, Nathalie, *La Remise de Dette en Droit Privé*. Thèse pour le Doctorat en Droit de l'Université Toulouse 1 Capitole. Dalloz, Paris, 2013, cfr. p. 47 (traducción libre). Con todo, cabe tener presente que en Chile, conforme lo señala el artículo 1.653 CC, la remisión de deuda que procede de una mera liberalidad se sujeta a las reglas del contrato de donación entre vivos y exige la correspondiente insinuación en los casos en que dicho contrato también la exige.

⁵⁰³ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 514 – 515 (traducción libre). Estos autores mencionan también la renuncia a la sucesión, esto es, lo que ocurre cuando un heredero se obliga frente a otro, a no ejercer sus derechos en la sucesión; si no hay contraprestación de cargo del beneficiario, resulta evidente que estamos frente a un acto gratuito y, a juicio de estos autores, no estamos en presencia de un acto abstracto que no revela su causa, sino que frente a una donación directa que debe ser anulada. En Chile, este caso puede presentar algunas particularidades: antes del fallecimiento del causante, un acuerdo de esta naturaleza adolece de objeto ilícito y está sancionado por la nulidad absoluta; una vez fallecido el causante, todo heredero puede repudiar (acto jurídico unilateral), ¿puede un heredero, antes de aceptar, obligarse frente a otro heredero a repudiar? Este pacto es válido, pero plantea la duda de si estamos o no frente a una donación indirecta. Entendemos que no se trata de una donación directa, pues ésta supone que el donante se desprende de un bien que le pertenece, en cambio, en la situación descrita, si un heredero repudia se entiende que nunca tuvo derechos en la sucesión.

renuncia es puramente abdicativa, ella es un abandono de la propiedad; si ella es translaticia a título gratuito, es una donación directa y ostensible que debe ser hecha por acto notarial⁵⁰⁴.

Algo similar ocurre tratándose de la renuncia a una herencia. Piédelièvre plantea que puede o no ser un caso de liberalidad no donatoria; en efecto, es un caso de renuncia *in favorem*, toda vez que el renunciante abdica de su derecho a favor de una persona determinada; pero puede o no ser un caso de liberalidad, ya que si el renunciante solo abdica porque cree que la herencia es deficitaria o exigua, no hay liberalidad; en cambio, si renuncia para aventajar a sus coherederos, deviene en una liberalidad⁵⁰⁵.

Terré, Lequette y Gaudemet mencionan, además, la compra para otro, el pago por otro y la estipulación a favor de otro. Algunas operaciones tomaron prestadas sus características, a la vez, de la noción de acto a título oneroso y de aquélla de acto neutro; tal es el caso de las operaciones con tres personajes que permiten, más o menos, la atribución gratuita del beneficio de un acto. Se ha visto que la compra para otro puede ser considerada como una donación indirecta cuando el donante paga directamente al vendedor, pero la jurisprudencia a menudo ha tendido en el pasado a analizarla como una donación disfrazada. Un pago por otro puede también constituir una donación indirecta. Tal es el caso en el que el donante regula todos los derechos, tarifas y emolumentos de una donación, siendo que éstos recaen normalmente en el donatario. La jurisprudencia califica este pago por otro de donación indirecta. Lo mismo puede decirse del garante que fue animado por una intención liberal frente al deudor, cuando ha pagado voluntariamente la deuda⁵⁰⁶.

En Argentina, Gagliardo entiende que la noción de donación indirecta se construye procediendo por exclusión, toda vez que dicha expresión comprende todo tipo de liberalidades que no es posible encuadrar dentro de la noción de donación directa. Así, plantea que, en esta clase de donación, el donante realiza la liberalidad acudiendo a un medio jurídico distinto y que solo de rebote origina una ventaja para el beneficiado, dando como ejemplo el caso de la remisión de una deuda, la constitución de una renta vitalicia, etc., o ciertos actos no negociales, como la plantación o construcción en predio ajeno⁵⁰⁷. Se trataría, por tanto, de una modalidad de acto jurídico indirecto, en el que, a través de un determinado acto jurídico distinto de la donación, el cual es querido por las partes, se logra indirectamente el resultado económico de la liberalidad. Con todo, a su juicio, las donaciones indirectas son verdaderas donaciones, solo que concebidas bajo la forma de un acto jurídico distinto⁵⁰⁸. Como consecuencia de lo anterior, si bien el fondo y la forma se sujetan a las reglas del acto jurídico empleado, el fin ulterior de donar se rige por las normas materiales del contrato de donación, pues ellas tienen por finalidad reprimir el resultado pragmático de la liberalidad y no conceder autonomía y sustantividad al resultado de la liberalidad frente al acto jurídico medio empleado, toda vez que la aplicación de aquéllas no deriva del acto jurídico celebrado ni de la voluntad de las partes, sino de la ley⁵⁰⁹.

Por su parte, Gagliardo menciona la designación de un beneficio con efecto *post mortem* en un contrato de renta vitalicia, el contrato de seguro de vida a favor de un tercero *post mortem* y el contrato a favor de tercero⁵¹⁰.

A partir de los casos que han sido señalados en el extranjero como hipótesis de liberalidades no donatorias, es posible identificar en nuestro país, como casos de este tipo de liberalidad: la renuncia

⁵⁰⁴ Malaurie; Brenner, op. cit., p. 264 (traducción libre).

⁵⁰⁵ Piédelièvre, Stéphane, *Successions et Libéralités*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2^e édition, 2019, cfr. p. 596 (traducción libre).

⁵⁰⁶ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 516 (traducción libre).

⁵⁰⁷ Gagliardo, Mariano, op. cit., cfr. pp. 813 – 814.

⁵⁰⁸ ídem, cfr. pp. 815 – 816.

⁵⁰⁹ ídem, cfr. pp. 817 – 818.

⁵¹⁰ Ídem, cfr. p. 819.

de un derecho⁵¹¹; la remisión de la deuda⁵¹²; el contrato a favor de tercero⁵¹³; el acto de dotación en la fundación⁵¹⁴; la constitución del fondo patrimonial⁵¹⁵; el cumplimiento de la obligación ajena ejecutado con *animus donandi*⁵¹⁶; la inscripción del título de propiedad a nombre de otro⁵¹⁷; el reconocimiento de deuda⁵¹⁸; el pago para otro⁵¹⁹; la estipulación a favor de otro⁵²⁰, y los alimentos voluntarios⁵²¹. Todas ellas se caracterizan por cuanto hay un sujeto que se enriquece y/o hay otro que se empobrece, sin que exista un desplazamiento patrimonial

De todas estas figuras, en el presente trabajo se analizarán como liberalidades no donatorias solamente dos: la estipulación a favor de otro y la renuncia. La razón por la cual se ha optado por analizar solamente estas dos figuras radica en que, desde un punto de vista práctico, son las que tienen mayor aplicación, toda vez que han suscitado la mayor atención de la doctrina y de la jurisprudencia,

⁵¹¹ Gamarra, Venturini, De Cores et al., op. cit., p. 209.

⁵¹² Biondi, Biondo, op. cit., cfr. p. 995.

⁵¹³ Pérez Conesa, Carmen, “Contrato a Favor de Tercero”, en Egusquiza Balmaseda; Pérez de Ontiveros Baquero (directoras), *Tratado de las Liberalidades*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 1.237 – 1.258, cfr. p. 1.237.

⁵¹⁴ Cabe tener presente que, en nuestro país, Eduardo Iribarra y Francisca Leitao han sostenido que el aporte fundacional constituye una donación entre vivos sujeta a la condición suspensiva que la fundación llegue a existir. Iribarra Sobarzo, Eduardo; Leitao Álvarez – Salamanca, Francisca, “La Naturaleza Jurídica del Aporte Fundacional”, en Elorriaga De Bonis, Fabián (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2019*, Thomson Reuters, Santiago, 2020, pp. 55 – 61. Por el contrario, en España, Francisco Díaz entiende la creación de la fundación y la dotación patrimonial constituyen un único acto jurídico: el negocio fundacional, el cual conlleva un acto de liberalidad en virtud del cual el fundador o fundadores aportan bienes a la fundación para que ésta pueda cumplir con sus fines; dicho acto sería distinto de la donación, debido a su carácter no recepticio y a que no precisa de aceptación. Díaz Brito, Francisco, “La Aportación de Bienes a las Fundaciones”, en Egusquiza Balmaseda; Pérez de Ontiveros Baquero (directoras), *Tratado de las Liberalidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 1.051 – 1.071, cfr. pp. 1.057 – 1.058.

⁵¹⁵ Iacovino; Tavassi; Cassandro, Tania, op. cit., cfr. p. 104.

⁵¹⁶ Belli, Guido, op. cit. Disponible en

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Nm8Opyc1UkMJ:https://www.personaedanno.it/attachments_static/attachments/allegati_articoli/010188_resource1_orig.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl
[Última consulta 03 de septiembre de 2018] (Traducción libre).

⁵¹⁷ Iacovino, Celeste; Tavassi, Vincenzo; Cassandro, Tania, op. cit., cfr. p. 104.

⁵¹⁸ Libchaber, cfr. p. 1.420.

⁵¹⁹ Ídem, cfr. p. 1.418.

⁵²⁰ Belli, Guido, op. cit. Disponible en

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Nm8Opyc1UkMJ:https://www.personaedanno.it/attachments_static/attachments/allegati_articoli/010188_resource1_orig.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl
[Última consulta 03 de septiembre de 2018] (Traducción libre).

⁵²¹ En nuestro país, la doctrina ha sostenido que los alimentos se dividen entre legales y voluntarios; los primeros son los forzosos, y son instituidos por la ley cuando concurren las circunstancias que ella misma establece; los segundos son los que voluntariamente crean los particulares. Vodanovic Haklicka, Antonio, *Derecho de Alimentos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 5ª ed., 2018, cfr. p. 14. En relación con los alimentos voluntarios, se ha señalado que son proporcionados por la voluntad del ser humano, manifestada en una disposición testamentaria, en una donación u otro contrato, que es atípico, y que – en general – recibe el nombre de contrato alimentario. Vodanovic, op. cit., cfr. p. 273. Si los alimentos voluntarios se establecen por testamento o por el contrato de donación entre vivos, se rigen por las disposiciones que reglamentan estos actos jurídicos. Sin embargo, tratándose del contrato alimentario, que Vodanovic define como “aquel mediante el cual se provee cumplidamente a la subsistencia de un sujeto, ajustándose las prestaciones a las necesidades que éste tenga en cada tiempo del curso de la vigencia del contrato”. Vodanovic, op. cit., cfr. p. 21, se trata de un contrato atípico. Vodanovic, op. cit., cfr. p. 21.

debido a los problemas que ha generado⁵²², sin perjuicio que, tratándose de la renuncia, y conforme se examinará, el legislador la ha tratado en numerosas disposiciones⁵²³. Con ello se demostrará que el Código Civil chileno reconoce formas de liberalidades distintas del contrato de donación entre vivos.

3.1 La estipulación a favor de otro.

3.1.1 Aspectos generales.

Nuestro legislador solo destinó una disposición a esta figura jurídica, el artículo 1.449 de nuestro Código Civil, el cual dispone que *“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona puede demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él”*, agregando su inciso segundo que *“Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”*.

A partir de lo anterior, lo que caracteriza a esta figura es la intervención de tres centros de interés: estipulante o promisorio, promitente y beneficiario. El estipulante celebra un contrato con el promitente y consiente en que los derechos que deriven de dicho contrato se radiquen en el patrimonio del beneficiario. El promitente se obliga a cumplir una determinada prestación a favor del beneficiario. El beneficiario es un tercero extraño al contrato que, en virtud de éste, adquiere un

⁵²² Por ejemplo, tratándose de la estipulación a favor de otro, se ha discutido su ámbito de aplicación, habiéndose resuelto que el artículo 1.449 del Código Civil reglamenta únicamente los casos de obligaciones patrimoniales; la capacidad del beneficiario, señalándose que debe ser plenamente capaz al momento de la celebración de la estipulación; la posibilidad de una revocación tácita de la estipulación entre estipulante y promitente; la situación en que el estipulante es representante legal del beneficiario, en cuyo caso la representación desplaza a la estipulación; la situación de quién puede aceptar cuando el beneficiario es una persona jurídica; el rol que cumple la aceptación; la aceptación tácita; la aceptación escrita; quiénes son legítimos contradictores en caso de demandarse la resolución del contrato celebrado a favor de un tercero; la revocación del contrato; quiénes son las partes en la estipulación a favor de otro; cómo ha de entenderse la expresión “solo el beneficiario podrá demandar lo estipulado”; qué ocurre con el reconocimiento de una deuda del vendedor a favor de un tercero, como parte del precio de la cosa comprada; qué ocurre con la obligación de pagar una contribución por otro; cuál es la situación de la cosa comprada en parte para un tercero y en parte para el propio estipulante; la aplicación de la estipulación a favor de otro a la donación entre vivos, y la validez de la cláusula por la cual el nuevo concesionario de un negocio se obliga a mantener los mismos empleados y a respetar sus derechos. Repertorio, T. V, cfr. pp. 62 – 65. Por su parte, tratándose de la renuncia, se ha discutido si constituye o no donación; su carácter abdicativo; su carácter unilateral; la validez de la renuncia hecha a través de un representante; la diferencia entre desistimiento y renuncia; la situación de la renuncia de un derecho que afecta a los de un tercero; la irrenunciabilidad del derecho al nombre; la renuncia al domicilio; la renuncia de la excusa de la guarda; la irrenunciabilidad de las garantías y derecho a favor de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal; la renuncia de gananciales; la validez de la renuncia de una parte de la garantía hipotecaria; la validez de la renuncia del promitente comprador; la validez de la renuncia a la tasación pericial en materia hipotecaria; la eficacia de la renuncia tácita de la acción resolutoria; el carácter irrenunciable del estado civil; la oportunidad en que puede renunciarse la prescripción; la diferencia entre renuncia e interrupción de la prescripción; la renuncia de la prescripción por el deudor personal y la situación del tercer poseedor de la finca hipotecada; la irrenunciabilidad del derecho a jubilar; la renuncia en materia procesal (a los recursos, plazos, trámites de un juicio), etc. Repertorio, T. I, cfr. pp. 94 – 103.

⁵²³ Vid. infra. Capítulo II, 3.2.3.

derecho que solo él puede exigir⁵²⁴. De ahí que se ha sostenido que lo que caracteriza a esta figura es la desviación de la prestación^{525 - 526}.

Como es posible observar, el legislador nada dijo respecto a su definición, características, requisitos, naturaleza jurídica ni efectos, por lo tanto, será necesario perfilar esta figura para poder determinar si se trata o no de un caso de liberalidad no donatoria.

Cabe tener presente que, en España, López Richart sostiene que hay que distinguir el contrato a favor de tercero de los contratos con prestación a terceros. En los primeros, el tercero solo interviene en la etapa de ejecución del contrato, pero sin llegar a ser parte en la relación obligatoria derivada del mismo; en cambio, en los segundos, el tercero no es un mero destinatario de la prestación, sino que es el receptor del crédito y, como consecuencia de ello, pasa a ser el sujeto activo de la relación obligatoria nacida del contrato; de esta manera, el beneficio que obtiene el tercero no es una ventaja económica cualquiera o una mera expectativa, sino que un crédito frente al promitente, que lo faculta para exigirle directamente el cumplimiento de la prestación⁵²⁷.

3.1.2 Antecedentes históricos.

Como es sabido, en un principio, el derecho romano no conoció esta figura⁵²⁸. Volterra sostiene que eran considerados nulos los contratos que produjesen un beneficio económico a una persona distinta de los contratantes. Esta solución tendría una explicación histórica: dado que los contratos más antiguos eran abstractos y formales, el ordenamiento solo vinculaba los efectos jurídicos propios de todo contrato a quienes realizaban los actos solemnes exigidos o intervenían en su celebración como partes; en consecuencia, la nulidad de estos contratos se justificaba basándose en el hecho que el objeto no ofrecía un beneficio pecuniario a los contratantes. Agrega que, para los juristas clásicos, esta nulidad se traducía en que todo el contrato quedaba absolutamente privado de eficacia⁵²⁹.

En un sentido distinto, Alejandro Guzmán explica que el negocio de que se trata sería inútil, toda vez que nadie podría exigir el cumplimiento de estas estipulaciones: no puede hacerlo el estipulante, porque nada le fue prometido, ni lo puede hacer el tercero, porque nada estipuló⁵³⁰.

⁵²⁴ Ramos Pazos, René, "De la Estipulación en Favor de Otro". En *Revista de Derecho*. Universidad de Concepción, Concepción, número 193, enero – junio 1993, pp. 7 – 35, cfr. p. 10.

⁵²⁵ Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Doctrina General del Contrato, 26 vols., Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, t. II, cfr. p. 175.

⁵²⁶ Esta desviación de la prestación es lo que lleva a Gamarra a afirmar que, en cuanto a su naturaleza jurídica, ha de entenderse que el derecho nace directamente en el patrimonio del beneficiario.

⁵²⁷ López Richart, Julián, *Los Contratos a Favor de Tercero*, Dykinson S.L., Madrid, 2001, cfr. p. 161.

⁵²⁸ Se constata en algunas obras nacionales que la figura de la estipulación a favor de un tercero no ha sido objeto de preocupación por parte de algunos autores. Así, por ejemplo, Francisco Samper se refiere al significado clásico de la expresión *contractus*, a la *bona fides*, a las características de las acciones *ex bona fide*; a los tipos de acciones *ex bona fide*, a los contratos consensuales, al concepto gayano de *contrahere*, a la consensualidad en el derecho post – clásico, a los contratos innominados, a los pactos post – clásicos y a los cuasicontratos y cuasidelitos, pero nada dice respecto de la estipulación a favor de otro. Samper Polo, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional SEK, Santiago, 3ª ed., 1993, cfr., pp. 316 – 312. Algo similar ocurre con la obra de Aldo Topasio, quien examina la teoría romana del contrato, las clasificaciones de los contratos, los contratos reales, consensuales, formales e innominados y los pactos, pero nada dice respecto de la estipulación a favor de otro. Topasio Ferreti, op. cit., cfr. pp. 353 – 380.

⁵²⁹ Volterra, op. cit., cfr. pp. 463 – 464.

⁵³⁰ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., ed. et vol. cit., cfr. pp. 52 – 53.

Consecuente con lo señalado, se estimaba que el estipulante no tenía interés en la prestación hecha a un tercero, por lo que la estipulación no podría engendrar un derecho para él⁵³¹. En este sentido Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre precisan que la estipulación para otro era ya conocida en el Derecho romano, lo que realmente ocurría era que estaba desprovista de efectos para el tercero, en el sentido que no tenía acción para constreñir al promitente a cumplir con la prestación; con todo, en la práctica, se admitía excepcionalmente, si el estipulante tenía un interés personal y pecuniario en el cumplimiento a favor del tercero^{532 - 533} y, en tal caso, disponía de una acción⁵³⁴. Alejandro Guzmán agrega que también se aceptó que se pudiera agregar una pena a la promesa para el caso de incumplimiento, pudiendo, en este caso, el estipulante reclamar la pena en el caso que el tercero no pueda reclamar la prestación; en esta hipótesis, la no prestación al tercero actuaría como condición negativa de la obligación de pagar la pena⁵³⁵.

Volterra agrega seis casos en los que el derecho justiniano admite que el tercero tenga una acción para hacer valer los efectos del contrato concluido a su favor: contratos a favor del propio heredero; padre que, al constituir la dote de la hija, ha pactado la restitución a la hija o a los nietos en caso de disolución del matrimonio; acreedor pignoraticio que, al vender la cosa dada en prenda, ha pactado el derecho de rescate a favor del deudor; vendedor que ha acordado con el comprador que éste prolongará el contrato de arrendamiento existente con un tercero, que recae sobre la cosa que es objeto de la compraventa; deponente o comodante de cosas ajenas que pacta su restitución al propietario, y donante que acuerda con el donatario que, después de cierto tiempo, restituirá la cosa donada a un tercero⁵³⁶.

La estipulación a favor de otro fue incorporada de una manera restrictiva en el Código Civil francés⁵³⁷. En efecto, el artículo 1.121 original de dicho cuerpo legal solo la permitió en dos casos: cuando ella es la condición de una estipulación que se hace para uno mismo, o una donación hecha a otro.

El primer caso, como explican Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre, el texto legal no era claro y había sido objeto de interpretaciones: para unos, la estipulación a favor de otro debía ser la condición suspensiva de un contrato, por el cual el promitente se obliga a pagar una suma dada al estipulante, si él no ejecutaba su prestación en relación con el tercero; para otros, era necesario que el promitente se obligara, a la vez, en relación con el tercero y con el estipulante, por ejemplo, para comprar un inmueble y pagar un capital al vendedor, y una renta vitalicia a un tercero. No obstante

⁵³¹ Terré; Simler; Lequette; Chénéde, op. cit., cfr. p. 777 (traducción libre).

⁵³² Alejandro Guzmán señala tres casos en los que la jurisprudencia admitió esta figura: cuando un tutor que administra la tutela cede la administración a un cotutor y le pide la garantía con fiadores de que los bienes del pupilo van a quedar a salvo; cuando un mandante estipula que se haga una provisión de fondos a su curador, y cuando el deudor estipula que se pague a su acreedor. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., ed. et vol. cit., p. 53.

⁵³³ Maximiano Errázuriz precisa que ello solo ocurrió con Justiniano. Errázuriz Eguiguren, Maximiano, *Manual de Derecho Romano. De los Bienes, De las Obligaciones, de las Fuentes de las Obligaciones, De la Sucesión por Causa de Muerte, Derecho Procesal Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. II, 1987, cfr. p. 213.

⁵³⁴ Buffelan – Lanore, Yvaine ; Larribau – Terneyre, Virginie, *Droit Civil. Les Obligations*. Éditions Dalloz, Paris, 14^e édition, 2014, cfr. p. 436 (traducción libre).

⁵³⁵ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., ed. et vol. cit., p. 53. En el mismo sentido, Volterra, op. cit., cfr. p. 464.

⁵³⁶ Volterra, op. cit., pp. 464 – 465. Agrega que se discute si estos casos dan cuenta de un verdadero reconocimiento a la validez de los contratos a favor de terceros, o más bien corresponden a una concesión de acciones, en casos particulares, por razones de equidad.

⁵³⁷ Buffelan – Lanore, Yvaine ; Larribau – Terneyre, Virginie, op. cit., cfr. p. 436 (traducción libre).

la rigidez del texto, la jurisprudencia⁵³⁸ reaccionó validando toda estipulación a favor de otro en que el estipulante tuviese algún interés, esto es, dándole a la expresión “estipular” el sentido de “contratar”, incluso si fuese el deudor. De esta manera, la estipulación a favor de otro deviene la operación principal y la estipulación para uno mismo deviene en la accesoria. La jurisprudencia fue incluso más lejos, al permitir al estipulante tener un interés meramente moral⁵³⁹.

En el segundo caso del artículo 1.121 del texto original del *Code*, se encontraba la hipótesis de la donación con carga o de la renta vitalicia en beneficio de un tercero (artículo 1.973 del *Code* original). Nuevamente, la jurisprudencia amplió el campo de la estipulación a favor de otro, admitiendo su validez, no solamente para las liberalidades propiamente dichas, sino que también cada vez que se transfiriera la propiedad del estipulante al promitente; es el procedimiento para dar origen a una fundación: la estipulación se hacía en beneficio de un establecimiento que aún no está dotado de personalidad jurídica. De esta manera, ese carácter accesorio de la estipulación a favor de otro ha desaparecido progresivamente. Desde entonces, la estipulación a favor de otro ha sido considerada como un mecanismo práctico y perfectamente válido por sí mismo⁵⁴⁰.

Sin embargo, la reglamentación de la estipulación a favor de otro fue objeto de una reforma, junto con otras modificaciones hechas por la Ordenanza N° 2016 – 131, de 10 de febrero de 2016, y que buscó modernizar el Derecho francés de las obligaciones. En virtud de dicha reforma, la estipulación a favor de otro quedó consagrada en los artículos 1.203 a 1.209 del *Code*. En particular, el actual artículo 1.205 del Código francés consagra esta figura en términos amplios, pues permite estipular a favor de otro y señala que uno de los contratantes, el estipulante, puede hacer prometer al otro, el promitente, que cumplirá una prestación en beneficio de un tercero, el beneficiario. Este último puede ser una persona futura, pero debe estar designada con precisión o puede ser determinada al cumplir la promesa. Como explican Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre, la Ordenanza de 2016 ha establecido un principio general de validez de la estipulación a favor de otro consagrando, de esta manera, las soluciones jurisprudenciales que se habían desarrollado sobre la base de una interpretación extensiva del antiguo artículo 1.121 del *Code*⁵⁴¹.

Además, la Ordenanza de 2016 ha ampliado el ámbito de aplicación de la estipulación a favor de otro. A juicio de Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre, conforme a la redacción del actual artículo 1.205 del *Code*, no es necesario que el beneficiario sea designado con precisión en el contrato, pues es suficiente con que sea determinable al momento de la ejecución de la promesa; además, se puede tratar de una persona futura⁵⁴².

Por su parte, en el Derecho alemán, el parágrafo 328 del BGB⁵⁴³ establece, como regla general, la validez de la estipulación a favor de otro, agregando que el tercero adquiere directamente

⁵³⁸ Así, por ejemplo, un fallo de la Cámara Civil de la Corte de Casación francesa, de fecha 16 de enero de 1888, a propósito del contrato de seguro de vida, estableció que el beneficio moral resultante de las ventajas hechas a las personas designadas es suficiente para constituir un interés personal en el contrato.

⁵³⁹ Ídem, cfr. p. 439 (traducción libre).

⁵⁴⁰ Ídem, cfr. p. 439 (traducción libre).

⁵⁴¹ Buffelan – Lanore, Yvaine ; Larribau – Terneyre, Virginie, *Droit Civil. Les Obligations*, 16^e édition, Dalloz, Paris, 2018, cfr. p. 552 – 553 (traducción libre).

⁵⁴² Ídem, cfr. p. 553 (traducción libre).

⁵⁴³ § 328 BGB “Contrato a beneficio de tercero (1) El cumplimiento hacia un tercero puede ser estipulado por un contrato con el efecto que el tercero adquiera directamente el derecho a reclamar el cumplimiento. (2) En ausencia de una estipulación especial, debe ser deducido de las circunstancias, en particular del propósito del contrato, si el tercero debe adquirir el derecho, si el derecho del tercero nacerá inmediatamente o sólo sujeto a ciertos prerequisites, y si las partes que concluyeron el contrato se reservan el derecho de revocarlo o enmendarlo sin el consentimiento del tercero”.

su derecho. De inmediato precisa que, a falta de una disposición expresa, se debe deducir de las circunstancias y, en especial, del fin del contrato si el tercero adquiere tal derecho⁵⁴⁴.

A partir de lo señalado, la doctrina alemana ha procedido a distinguir entre el contrato a favor de tercero propio e impropio o autorizativo; el primero se rige por las reglas contempladas en los párrafos 328 a 335 del BGB, mientras que en el segundo el promitente queda obligado frente al estipulante a realizar una prestación a favor del tercero, pero sin que éste adquiera derecho alguno a exigir su cumplimiento⁵⁴⁵.

La situación es distinta en los sistemas del *Common Law*. Como explican Larroumet y Bros, la estipulación por otro, así como es entendida en los sistemas del derecho civil, no existe. Sin embargo, se admite que un contrato haga nacer un derecho a beneficio de un tercero, cuando una *consideration* es dada por aquél que tiene interés en hacer nacer un derecho a beneficio de un tercero. En razón de que el tercero no ha dado por sí mismo una *consideration*, no se admite que él disponga de una acción en justicia para constreñir al deudor a cumplir en su beneficio o para reclamarle los daños y perjuicio en caso de inejecución. Sin embargo, en una época más reciente, el derecho inglés ha admitido que el beneficiario pueda constreñir al promitente al cumplimiento⁵⁴⁶.

3.1.3 Nomenclatura.

En doctrina, esta figura jurídica ha sido conocida con distintos nombres: estipulación a favor de otro⁵⁴⁷, estipulación a favor de tercero⁵⁴⁸, contrato a favor de tercero⁵⁴⁹, estipulación por otro⁵⁵⁰, estipulación para otro⁵⁵¹.

De estas diferentes formas de nombrar a esta figura, podemos reconocer que hay dos claramente distintas: entenderla como un contrato o como una estipulación.

En Chile, René Ramos ha preferido denominarla como una estipulación y no como un contrato, pues se trata de una cláusula que se inserta en un contrato⁵⁵²; ello explicaría por qué solo está sujeta al cumplimiento de las formalidades del contrato de que es accesoria⁵⁵³. Por su parte, Hernán Corral entiende que el contrato a favor de tercero es una variante de la estipulación a favor de otro, en la cual no es un beneficio o un derecho específico el que se ofrece a un tercero, sino la

⁵⁴⁴ López Richart, op. cit., cfr. p. 98.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

⁵⁴⁶ Larroumet, Christian; Bros, Sarah, *Traité de Droit Civil. Tome 3. Les Obligations. Le Contrat*, Economica, Paris, 8^e édition, 2016, cfr. p. 956 (traducción libre).

⁵⁴⁷ Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De la Fuentes de las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 19; Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, op. cit., cfr. p. 24.

⁵⁴⁸ Figueroa Yáñez, op. cit., cfr. p. 188; Carbonnier, Jean, *Derecho Civil*, traducción de Manuel Zorrilla Ruíz, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971, t. II, Vol. II, , cfr. p. 439.

⁵⁴⁹ López Richart, op. cit.; Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, cfr. p. 501; Pérez Conesa, Carmen, op. cit., cfr. pp. 1.237 – 1.258; Torrent Ruíz, Armando, *Los Contratos a Favor de Terceros. Del Derecho Romano a los Principes, Definitions and Model Rules of the European Private Law*. Edisofer L. S., Madrid, 2015; Gagliardo, op. cit., cfr. p. 819.

⁵⁵⁰ Troncoso Larronde; Alvarez Cid, op. cit., p. 30; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte General*, 3 vols., Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2^a ed., 2019, t. I, cfr. p. 270; Jossierand, op. cit., cfr. p. 154.

⁵⁵¹ Gamarra, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 173; Buffelan – Lanore ; Larribau – Terneyre, op. cit., 14^e édition, cfr. p. 436 (traducción libre); Lluelles, Didier; Benoît, Moore, *Droit des Obligations*. Les Éditions Thémis, Montréal, 2^e édition, 2012, cfr. p. 1.369 (traducción libre).

⁵⁵² Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 10.

⁵⁵³ Jossierand, op. cit., cfr. p. 164.

entera posición jurídica⁵⁵⁴. En Francia, Andreu y Thomassin comparten esta forma de razonar, al señalar que se trata de una modalidad contractual que desvía ciertos efectos del contrato hacia un tercero, haciendo excepción a la regla del efecto relativo de los contratos⁵⁵⁵.

A nuestro juicio, siguiendo la línea de pensamiento de Corral, es posible identificar dos figuras distintas: el contrato a favor de tercero y la estipulación a favor de otro o a favor de tercero. La diferencia radica en que en el primero, por su propia naturaleza se advierte que el contrato generará algún derecho a favor de un tercero, por ejemplo, el contrato de transporte cuando cargador y consignatario sean sujetos diferentes; en tal caso, no se necesita de estipulación alguna para que sepamos que el contrato está generando un derecho a favor de un tercero. En cambio, en la segunda, la estipulación actúa como una verdadera modalidad, ya que la regla general es que el contrato produzca efectos solo para las partes y lo que hace la estipulación es alterar ese efecto normal estableciendo que se generará un derecho para un tercero; esto es lo que ocurre, por ejemplo, cuando alguien compra o arrienda para otro.

3.1.4 Aspectos generales.

Como señalamos, el Código Civil chileno no proporciona una definición de lo que debe entenderse por estipulación a favor de otro; sin embargo, del artículo 1.449 del mismo cuerpo legal fluye que existe un contrato que celebran dos sujetos, estipulante y promitente, pero en el cual el promitente se obliga a ejecutar una prestación a favor de un tercero, llamado beneficiario, quien no interviene en la celebración del contrato. De ahí que algunos autores entienden que es un contrato⁵⁵⁶; otros prefieren hablar de una operación^{557 - 558}; otros hablan de una relación contractual⁵⁵⁹ y otros, finalmente, hablan de una alteración convenida de los efectos de un contrato⁵⁶⁰, con lo cual se da a entender que se trata de una modalidad del acto jurídico.

Lorenzetti explica que en este contrato existe una relación base o de cobertura que es celebrada entre el estipulante y promitente a nombre propio y es la fuente del beneficio; el beneficiario no es parte en el contrato base y solo presta una adhesión perfeccionante, pudiendo aceptar o no⁵⁶¹.

En cuanto a sus requisitos, Figueroa sostiene que se aplican los generales de todo acto jurídico, agregándose, adicionalmente, que el estipulante debe actuar a su propio nombre^{562 - 563}, por

⁵⁵⁴ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 627.

⁵⁵⁵ Andreu, Lionel; Thomassin, Nicolas, *Cours de Droit Civil*. Des Obligations, Lextenso Éditions, Issy – les – Moulineaux, 3^e édition, 2018, cfr. p. 263 (traducción libre).

⁵⁵⁶ En este sentido, Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves; Chénéde, François, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, Paris, 12^e édition, 2019, cfr. p. 776 (traducción libre); Gagliardo, op. cit. cfr. p. 819. En Chile se manifiestan en este sentido: Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil. De los Contratos*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1988, cfr. p. 31; Abeliuk Manasevich, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 168; Figueroa Yáñez, op. cit., cfr. p. 188.

⁵⁵⁷ Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 14^e édition, cfr. p. 436 (traducción libre).

⁵⁵⁸ Sin perjuicio de lo anterior, para Larroumet y Bros es tanto un contrato como una operación. Larroumet; Bros, op. cit., cfr. p. 956 (traducción libre).

⁵⁵⁹ Pérez Conesa, op. cit., cfr. p. 1.237.

⁵⁶⁰ Peñailillo Arévalo, Daniel, “Sobre la Naturaleza de la Estipulación a Favor de Otro. Derecho Comparado y Chileno”, en *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, cfr. p. 83.

⁵⁶¹ Lorenzetti, op. cit., cfr. p. 502.

⁵⁶² Figueroa Yáñez, op. cit., cfr. p. 188.

⁵⁶³ Es lo que Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre entienden que el estipulante debe tener la intención de estipular a favor de otro. Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 14^e édition, cfr. p. 437 (traducción libre).

lo que el estipulante se ve alcanzado por los efectos del contrato, pues resulta obligado frente al promitente⁵⁶⁴; Troncoso y Álvarez añaden que el tercero debe estar en situación jurídica de adquirir el derecho establecido en su favor⁵⁶⁵; finalmente se ha exigido que el beneficiario sea una persona determinada o, a lo menos, determinable al momento del cumplimiento del contrato^{566 - 567}.

Por otro lado, se debe tener presente que la aceptación del tercero no es un requisito de validez de la estipulación a favor de otro, ya que solo viene a consolidar el derecho de este tercero beneficiario⁵⁶⁸. Como explica Ramos Pazos, el beneficiario no interviene en la celebración del contrato, sino que su participación será posterior y solo consistirá en aceptar o rechazar el derecho que se estipuló a su favor⁵⁶⁹.

Otros aspectos generales, como la articulación de los remedios contractuales en caso de incumplimiento por parte del promitente, no serán tratados en el presente trabajo, por no tener una relación directa con la comprobación de la hipótesis, sin perjuicio de dejarse su estudio para una futura investigación.

3.1.5 Diferencias con otras figuras cercanas.

Dado que en la estipulación a favor de otro los contratantes acuerdan que uno o más derechos surgirán para un tercero que no es parte de dicho contrato, ello podría llevar a confundir la estipulación con otras figuras semejantes, como serían el contrato por persona por nombrar y el contrato por cuenta de quién corresponda. Sin embargo, para deslindar nitidamente la figura de la estipulación a favor de otro, se hace necesario poner de relieve sus diferencias con ambas figuras contractuales.

Tratándose del contrato por persona por nombrar, para López y Elorriaga “es aquél en que una de las partes se reserva la facultad de designar, mediante una declaración ulterior, a la persona que adquirirá retroactivamente los derechos y asumirá las obligaciones inicialmente radicados en su patrimonio”⁵⁷⁰.

Esta forma contractual presenta semejanza con la estipulación a favor de otro, pues quien formalmente aparece celebrando el contrato podría no ser la persona que realmente tiene interés en él, pues otra adquiriría retroactivamente los derechos y asumiría las obligaciones del contrato celebrado por otro.

⁵⁶⁴ Gamarra, op., vol. et ed. cit., p. 176.

⁵⁶⁵ Dan como ejemplo que sería absolutamente nulo un contrato de compraventa en el que un padre vende un inmueble a un hijo mayor de edad, el cual lo adquiere para sí y para sus hermanos menores de edad, pues, en tal caso, se está vulnerando la prohibición impuesta en el artículo 1.796 del Código Civil. Troncoso Larronde; Álvarez Cid, op. cit., cfr. p. 32.

⁵⁶⁶ Con todo, la jurisprudencia francesa ha admitido la estipulación a favor de una persona cuya determinación será posterior a la operación: el futuro cónyuge, caso en el cual la designación del beneficiario opera con efecto retroactivo. Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 14^e édition, cfr. pp. 437 - 438 (traducción libre).

⁵⁶⁷ Originalmente, en Francia, se había agregado dos requisitos adicionales: que fuese accesoria a otra operación, lo que fue dejado de lado por la jurisprudencia de ese país. Ídem, cfr. p. 437 (traducción libre) y, antes de la reforma del año 2016, los tribunales galos exigían para la validez de esta figura que el estipulante hubiese entregado algo al promitente o tuviese algún tipo de interés moral en la estipulación, lo que desapareció con la reforma de ese año, pues se consideró que poco importan las razones que pudiese tener el estipulante para celebrar un contrato a favor de un tercero: tales razones solo le pertenecen a él. Andreu; Thomassin, op. cit., cfr. p. 266 (traducción libre).

⁵⁶⁸ Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 16^e édition, cfr. p. 558 (traducción libre).

⁵⁶⁹ Ramos Pazos, René, “Algunas Consideraciones en Relación con la Estipulación en Favor de Otro” en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué 2006*, Lexis Nexis, Santiago, 2007, cfr. p. 684.

⁵⁷⁰ López Santa María; Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 236.

No obstante esta semejanza, existe una importante diferencia entre ambas figuras: en la estipulación a favor de otro el estipulante celebra el contrato, pero el derecho se radica en el patrimonio del beneficiario, para lo cual se requiere de la aceptación de este último. En cambio, en el contrato por persona por nombrar, para que el tercero adquiera los derechos y asuma las obligaciones, se requiere que quien celebra el contrato declare quién es ese tercero dentro de cierto plazo, de manera que si transcurre dicho plazo sin que se formule la declaración, los derechos y obligaciones se radican en el patrimonio de quien celebró el contrato⁵⁷¹, cuestión que nunca ocurrirá en la estipulación a favor de otro.

Por su parte, en el contrato por cuenta de quién corresponda una de las partes queda inicialmente indeterminada, pero existe seguridad en que después será individualizada, es decir, al momento de celebrarse el contrato se sabe que uno de quienes lo celebran solo formal o aparentemente tiene la calidad de parte, pues existe certeza en que será reemplazada por otra persona quien es la parte real, esto es, quien tiene verdaderamente interés en el contrato⁵⁷².

En la estipulación a favor de otro no existe ese reemplazo, sino que, al momento de la celebración del contrato, ambas partes saben que el beneficio será para un tercero que no ha participado en la celebración.

3.1.6 Naturaleza jurídica.

En este tema, interesa examinar dos aspectos distintos: por una parte, explicar por qué un contrato puede estar creando derechos a favor de un tercero, contraviniendo el principio del efecto relativo de los contratos, lo que redundará en determinar si se trata de un tipo de donación entre vivos o de una liberalidad no donatoria y, por otra, determinar si se trata de una figura instrumental⁵⁷³ o una figura autónoma⁵⁷⁴, pues solo en este último caso sería posible configurarla como una liberalidad no donatoria.

3.1.6.1 ¿Donación entre vivos o liberalidad no donatoria?

A partir de lo dispuesto en el artículo 1.449 del Código Civil chileno, se advierte que resulta necesario dilucidar el problema de la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de otro con el propósito de determinar si se trata realmente de una liberalidad no donatoria o si se trata de una clase de donación entre vivos. En efecto, si se llega a la conclusión que responde a la definición de donación entre vivos que proporciona el artículo 1.386 de nuestro Código Civil, debiera sujetarse a las reglas establecidas para dicha figura jurídica; mientras que, si se concluye que no responde a la definición establecida en tal disposición, es dable sostener que no se trata de una donación entre vivos, sino de una liberalidad no donatoria.

Antes de entrar en el examen de este problema, cabe advertir que Ramos cuestiona que se pueda tratarse de una liberalidad. En efecto, al referirse al caso de una madre que compró un bien raíz para sus hijas casadas bajo régimen de sociedad conyugal, se planteó el problema de determinar si ese bien raíz ingresó al patrimonio propio de las hijas, dado que la adquisición había sido a título gratuito, o si, atendido que la madre había celebrado una compraventa, estábamos frente a una

⁵⁷¹ Ídem, cfr. pp. 238 – 239.

⁵⁷² ídem, cfr. p. 239.

⁵⁷³ ídem, cfr. p. 380. En el mismo sentido, Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, op. cit., cfr. p. 25.

⁵⁷⁴ Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte General*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 270; Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit. p. 9; Pérez Conesa, op. cit., p. 1.239; Abeliuk Manasevich, op. vol. et ed. cits., cfr. p. 168.

adquisición a título oneroso, por lo que el inmueble ingresaba al haber absoluto de la sociedad conyugal. A juicio de Ramos, no cabe sostener que se trate de una adquisición a título gratuito, pues se desconoce la causa jurídica por la cual la madre compró para sus hijas: pudo haberlo para evitar el problema de los mandatos, o para pagar una deuda pendiente, o pudo haberlo hecho con dinero que las hijas habían puesto a su disposición o que posteriormente habrían de reembolsarle. De esta manera, concluye, el título de adquisición fue la compraventa, por lo que se trata de un título oneroso, de manera que el inmueble ingresó al haber absoluto de la sociedad conyugal⁵⁷⁵.

Por cierto, no compartimos la opinión de Ramos. En nuestro concepto, para calificar si esa compra para otro – aplicación de la estipulación a favor de otro – es un contrato oneroso o gratuito, es necesario aplicar las definiciones que entrega el artículo 1.440 del Código Civil chileno a esa compraventa que celebraron estipulante y promitente. Dicha compraventa no tiene por objeto la utilidad de ambas partes, porque el estipulante no obtiene ningún beneficio apreciable en dinero a partir de ella; solo se beneficia el promitente, quien obtiene el precio. La utilidad que en una compraventa normal recibiría el comprador, al incorporarse la estipulación a favor de otro, se altera, en el sentido que, en vez de recibirla el comprador, la recibirá el beneficiario, quien es un tercero extraño a esa compraventa. En este sentido, consideramos que no procede utilizar elementos ajenos al contrato para hacer su calificación de oneroso o gratuito, porque la disposición legal en comento no lo autoriza.

Habiendo establecido que la estipulación a favor de otro, en cuanto modalidad que se incorpora a un contrato, corresponde a un tipo de liberalidad, pensamos que no responde a la definición de donación entre vivos que entrega el artículo 1.386 del Código Civil chileno, por lo que estamos frente a una liberalidad no donatoria. Para sostener esta posición, se argumentará en base a tres ideas: la inexistencia de relaciones jurídicas entre estipulante y beneficiario derivadas de la estipulación a favor de otro, el rol que juega la aceptación del beneficiario y la no concurrencia de los requisitos que exige el artículo 1.386 del Código Civil chileno para estar frente a una donación entre vivos.

En cuanto a la inexistencia de relaciones jurídicas entre estipulante y beneficiario, y que deriven de la estipulación a favor de otro, si se llega a la conclusión que de la estipulación a favor de otro surgen relaciones jurídicas entre estipulante y beneficiario, podría sostenerse que dentro de esas relaciones jurídicas se encuentra la transferencia del derecho desde el patrimonio del estipulante al patrimonio del beneficiario, lo que respondería a la definición de donación entre vivos que entrega el artículo 1.386 del Código Civil chileno y, por lo tanto, se debiera llegar a la conclusión que dicha estipulación no sería más que una clase o tipo de donación entre vivos. Sin embargo, se demostrará que de la estipulación a favor de otro no surge ninguna relación jurídica entre estipulante y beneficiario, por lo que se configura un primer argumento para descartar que la estipulación a favor de otro sea un tipo o clase de donación entre vivos.

Para construir este argumento, resulta conveniente distinguir dos etapas distintas: mientras el beneficiario no ha aceptado y una vez que el beneficiario acepta.

Mientras el tercero no ha aceptado, las partes pueden modificar o dejar sin efecto el contrato⁵⁷⁶ y el estipulante no puede exigir el cumplimiento⁵⁷⁷. Como consecuencia de lo anterior, es dable

⁵⁷⁵ Ramos, "Algunas Consideraciones en Relación con la Estipulación en Favor de Otro", op. cit., cfr. pp. 687 – 688.

⁵⁷⁶ Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil. De los Contratos*, op. cit., p. 34. En el mismo sentido, Abeliuk Manasevich, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 174. Cabe tener presente que, en Francia, el actual artículo 1.207 del *Code*, establece que la revocación corresponde exclusivamente al estipulante o a sus herederos, a diferencia de lo que ocurre en Chile, donde la revocación debe ser acordada por estipulante y promitente.

⁵⁷⁷ Troncoso Larronde; Álvarez Cid, op. cit., p. 34.

afirmar que de la estipulación a favor de otro no surge relación alguna entre estipulante y beneficiario, pues son partes del contrato el estipulante y el promitente.

Una vez que el tercero acepta, el primer efecto que se produce es que el derecho del beneficiario se torna irrevocable. Como explican Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre, si el derecho del beneficiario nace directamente desde la estipulación, incluso sin que se haya dado la aceptación, se trata de un derecho frágil, pues puede ser revocado; de ahí que el inciso tercero del actual artículo 1.206 del *Code* expresamente establece que la estipulación deviene irrevocable en el momento en que la aceptación llega al estipulante o al promitente⁵⁷⁸.

Este efecto también aparece reconocido en los instrumentos del derecho uniforme⁵⁷⁹, lo que resulta ser de relevancia, no solo porque el denominado nuevo derecho de la contratación o nuevo Derecho de los contratos ha surgido como un movimiento modernizador del derecho de las obligaciones y contratos, proponiendo una relectura de los códigos decimonónicos para adaptarlos a las exigencias actuales del tráfico jurídico, sino que también porque la doctrina nacional contemporánea, de manera unánime, entiende que los postulados del nuevo derecho de los contratos son perfectamente aplicables en Chile⁵⁸⁰.

En este sentido, el artículo 6:110 de los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (en adelante PECL) se refiere a la estipulación a favor de tercero y su numeral tercero letra b) establece que el estipulante puede, noticiando al promitente, privar al tercero del derecho al cumplimiento, a menos que el estipulante o el promitente ha recibido noticia del tercero, en orden a que este último ha aceptado el derecho.

En el mismo sentido, el artículo 72 del Proyecto de Pavía o Proyecto Gandolfi⁵⁸¹ establece, en su numeral 4, que “*las partes contratantes pueden modificar o resolver de común acuerdo el contrato en tanto el tercero beneficiario no haya notificado a las partes que pretende ejercitar el derecho que le ha sido conferido por el contrato*”.

En la misma dirección apunta el Borrador del Marco Común de Referencia, cuyo artículo II – 9:303 contempla lo relativo al rechazo o revocación del beneficio. En primer lugar, se refiere a que el tercero puede rechazar el derecho o beneficio, noticiándose a cualquiera de las partes contratantes, si ello es hecho sin un retraso indebido después de haber sido notificado del derecho o beneficio y antes de haberlo aceptado expresa o tácitamente; en tal caso, el derecho o beneficio es tratado como si nunca hubiese pertenecido al tercero. En segundo lugar, establece que las partes contratantes pueden dejar sin efecto o modificar los términos del contrato que confiere el derecho o el beneficio si ello ocurre antes que cualquiera de las partes haya dado noticia al tercero del derecho

⁵⁷⁸ Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 16^e édition, cfr. p. 560.

⁵⁷⁹ Como es sabido, en la actualidad se ha producido un importante cambio en el estudio de las obligaciones y de los contratos, transitando desde una concepción que se puede denominar clásica y que predominó durante el siglo XX a una concepción contemporánea, denominada nuevo derecho de la contratación o nuevo derecho de los contratos, que es la que predomina en el presente siglo. No es del caso entrar a examinar en detalle las diferencias que existen entre ambas concepciones respecto de la forma de examinar la relación obligacional y contractual, la noción de incumplimiento y los remedios en caso de incumplimiento, pues exceden del marco del presente trabajo, por lo que quedarán para una próxima investigación.

⁵⁸⁰ Entre muchos, Prado López, Pamela, “¿Es Aplicable en Chile la Concepción y Estructura del Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho de la Contratación?”, en *Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011*. Thomson Reuters, Santiago, 2012, cfr. pp. 307 – 323.

⁵⁸¹ Como explica Marco Núñez, se trata de un proyecto de Código europeo de contratos, que se conoce como Proyecto de Pavía, por tener la Academia de Jusprivatistas que lo ha patrocinado y gestado su sede en dicha ciudad, o Proyecto Gandolfi, aludiendo al nombre de su impulsor y coordinador. Núñez Santos, Marco, “La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”. Disponible en https://www.academia.edu/9398396/CODIGO_EUROPEO_DE_CONTRATOS_TR_PAVIA [Última lectura: 04 de febrero de 2019].

o beneficio que se le ha concedido, el contrato determina si, por quién y en qué circunstancias el derecho o beneficio puede ser dejado sin efecto o modificado después de esa oportunidad. En tercer lugar, señala que, incluso si el derecho o beneficio conferido es, en virtud del contrato, revocable o sujeto a modificación, el derecho a revocarlo o modificarlo se pierde si las partes han, o si la parte que tengan el derecho dejarlo sin efecto o a modificarlo ha, llevado al tercero a creer que no es revocable o sujeto a modificación y si el tercero ha razonablemente actuado en tal creencia.

Así también se desprende de los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos, cuyo artículo 66 contempla el derecho de revocación, disponiendo: "*Derecho de revocación. (1) El estipulante puede revocar la estipulación o sustituir al tercero mientras éste no haya aceptado. La aceptación del beneficiario hace irrevocable su derecho. (2) En caso de revocación o falta de aceptación, el derecho quedará a favor del estipulante, a no ser que del contrato resulte otra cosa*".

Como consecuencia de lo anterior, de acuerdo con el tenor literal del artículo 1.449 del Código Civil, una vez que el beneficiario acepta, solo él puede exigir el cumplimiento⁵⁸². Con todo, se ha señalado que, excepcional e indirectamente, el cumplimiento podrá ser exigido por el estipulante; ello ocurrirá cuando se hubiese pactado una cláusula penal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.536 de nuestro Código Civil⁵⁸³; se trata de una forma indirecta de pedir el cumplimiento, pues, si el promitente no cumple, el estipulante – que en principio no tiene ningún derecho – podrá exigir la pena⁵⁸⁴. En un sentido distinto, Pérez Conesa señala que la pretensión de cumplimiento específico también corresponde al estipulante, en tanto solicite el cumplimiento a favor del beneficiario⁵⁸⁵. Así también lo entiende Gamarra en Uruguay, toda vez que, aplicando el artículo 1.431 del Código Civil de ese país⁵⁸⁶, equivalente al artículo 1.489 de nuestro Código Civil, la pretensión de cumplimiento específico corresponde a quien detente la calidad de contratante y, en la estipulación a favor de otro, quien tiene la calidad de contratante es el estipulante; a mayor abundamiento tiene interés en el cumplimiento de la prestación y, si bien no es acreedor de la prestación, sí lo es respecto de la ejecución de la misma⁵⁸⁷.

Por otro lado, Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre señalan que la estipulación puede contener, además de la estipulación a favor de un tercero, una estipulación a favor del estipulante. En este caso, él dispone también de una acción para obtener la ejecución⁵⁸⁸.

⁵⁸² En este sentido, Abeliuk Manasevich, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 172.

⁵⁸³ Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil*. De los Contratos, op. cit., p. 34. En el mismo sentido, Abeliuk Manasevich, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 172.

⁵⁸⁴ Troncoso Larronde; Álvarez Cid, op. cit., p. 34.

⁵⁸⁵ Pérez Conesa, op. cit., cfr. p. 1.240.

⁵⁸⁶ Art. 1.431 CC uruguayo "*La condición resolutoria se entiende implícitamente comprendida en todos los contratos bilaterales o sinalagmáticos, para el caso en que una de las partes no cumpla su compromiso. En tal caso el contrato no se resuelve ipso jure como cuando se ha pactado la condición resolutoria. La parte a quien se ha faltado puede optar entre obligar a la otra a la ejecución de la convención, cuando es posible o pedir la resolución con daños y perjuicios. La resolución debe reclamarse judicialmente, y según las circunstancias, pueden los Tribunales conceder un plazo al demandado*".

⁵⁸⁷ Gamarra, op., vol. et ed. cits., p. 179. En el mismo sentido, Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre, plantean que el estipulante sigue siendo acreedor, solo que es un acreedor de la ejecución a favor del tercero, lo que implica que dispone de una acción que le permite constreñir al promitente a la ejecución a favor del tercero, ya que siempre tiene un interés, a lo menos moral, en la ejecución de la prestación. Esta solución se encuentra expresamente consagrada en el actual artículo 1.209 del Code. Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 16^e édition, cfr. p. 559 (traducción libre).

⁵⁸⁸ Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 16^e édition, cfr. p. 559 (traducción libre).

Con todo, después de la reforma de 2016, el actual artículo 1.209 del *Code* expresamente señala que el estipulante puede pedir al promitente el cumplimiento de su obligación frente al tercero, aunque no sea el beneficiario de la prestación incumplida⁵⁸⁹.

A partir de lo señalado, se ha sostenido que no hay relaciones jurídicas entre estipulante y beneficiario; el derecho no existe en momento alguno en el patrimonio del estipulante y, por lo mismo, no está sujeto a la garantía general de sus acreedores⁵⁹⁰.

En consecuencia, como la estipulación a favor de otro no genera relaciones jurídicas entre estipulante y beneficiario, se configura el primer argumento para descartar que se pueda tratar de un tipo o clase de donación entre vivos. Este argumento se verá reforzado por lo que se señalará al tratar, a continuación, el rol que juega la aceptación del beneficiario.

En relación con el rol que juega la aceptación del beneficiario, la aceptación del beneficiario cumple un rol importante en esta figura, pues, dependiendo de la función que juegue dicha aceptación, podríamos estar o no frente a una donación entre vivos.

En efecto, si, en cuanto a la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de otro, se acepta que el legislador chileno recogió la teoría de la oferta, debiéramos sostener que el derecho se incorpora al patrimonio del estipulante, de manera que al ofrecerlo al beneficiario y ser aceptado por éste, se produciría una transferencia del derecho, desde el patrimonio del estipulante al patrimonio del beneficiario, situación que quedaría comprendida en la definición de donación del artículo 1.386 del Código Civil chileno; en cambio, si se acepta la teoría de la creación directa del derecho, dado que el derecho nunca ha sido incorporado al patrimonio del estipulante, nunca se produciría esa transferencia que es propia de la donación entre vivos, por lo que debiéramos reconocer que la estipulación a favor de otro constituye un caso de liberalidad no donatoria.

Para resolver este punto, resulta necesario precisar qué efecto produce la aceptación del beneficiario. En efecto, si se llega a la conclusión que la aceptación del beneficiario cumple la función de hacer adquirir el derecho para éste, sería posible sostener que el legislador nacional habría aceptado la teoría de la oferta, por lo que la estipulación a favor de otro sería una especie de donación entre vivos, mientras que, si se llega a la conclusión que la aceptación cumple una función distinta, sería posible sostener que el Código Civil chileno habría recogido la teoría de la creación directa del derecho, por lo que la estipulación a favor de otro sería un tipo de liberalidad no donatoria.

En Uruguay, Gamarra sostiene que el derecho nace inmediatamente para el beneficiario, es decir, acepta la teoría de la creación directa del derecho. Como consecuencia de lo anterior, la manifestación de voluntad del beneficiario – que en rigor no sería una aceptación – no produciría el efecto de hacer nacer el derecho en el patrimonio del beneficiario, sino que tonar irrevocable ese derecho⁵⁹¹. Esta tesis ha sido seguida por la doctrina mayoritaria en nuestro país⁵⁹².

En Alemania, conforme explican Merkesinis, Unberath y Johnston, en general se sostiene que la adquisición del derecho por parte del tercero depende de la intención del estipulante y el promitente, conforme se deduce del § 328 II BGB, conforme al cual el objeto del contrato y las circunstancias circundantes de la transacción determinará si el tercero adquiere un derecho, pero solo

⁵⁸⁹ Andreu; Thomassin, op. cit., cfr. p. 270 (traducción libre).

⁵⁹⁰ Troncoso Larronde; Álvarez Cid, op. cit., cfr. p. 36. En Francia se adoptó esta solución con la reforma de 2016. El actual artículo 1.206 inciso 1º del *Code* establece que el beneficiario es titular del derecho a la prestación contra el promitente desde la estipulación, lo que se traduce en que, por una parte, el beneficiario tiene un derecho directo en contra del promitente, es decir, no ejerce un derecho del estipulante; por otra parte, que el beneficiario cuenta con ese derecho desde la conclusión del contrato y este derecho nunca ha pertenecido al estipulante. Andreu; Thomassin, op. cit., cfr. pp. 267 – 268 (traducción libre).

⁵⁹¹ Gamarra, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 180. En Francia, esta idea es seguida por Terré, Simler y Laquette. Terré; Simler; Laquette, *Droit Civil. Les Obligations*, op. cit., 11^e édition, cfr. p. 584 (traducción libre).

⁵⁹² Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 16.

en ausencia de una estipulación expresa⁵⁹³. En consecuencia, la intención de las partes asume una importancia primordial en esta materia: en ausencia de una estipulación expresa, será materia de una interpretación objetiva que, en la práctica, probablemente signifique que el juez decida que es justo y razonable dentro de esas circunstancias; luego, es un tema de interferencia de todas las circunstancias, especialmente el propósito del contrato, si el tercero tiene un derecho directo a reclamar el cumplimiento⁵⁹⁴.

Del mismo modo, frente a la pregunta si estipulante y promitente pueden modificar o dejar sin efecto el contrato, Markesinis, Unberath y Johnston sostienen que primero hay que examinar la intención de las partes, complementada con todas las circunstancias que rodearon su celebración. El parágrafo 328 II BGB señala que ambos, estipulante y promitente, deben estar de acuerdo en la creación, modificación y extinción del derecho del tercero. Pero todo depende del contrato; de manera que el derecho a alterar o revocar el derecho del tercero puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, en cuyo caso es ejercido como una declaración unilateral de voluntad que se tomará efectiva cuando sea conocida por la otra parte. Esta alteración unilateral del derecho del tercero se infiere del parágrafo 332 BGB, al establecer que, si el estipulante se ha reservado para él mismo el derecho a sustituir al beneficiario nombrado en el contrato por otra persona, sin el consentimiento del tercero, esto también puede hacerse, en caso de duda, *mortis causa*⁵⁹⁵.

Otro punto consiste en preguntarse hasta qué momento se puede revocar el derecho concedido al beneficiario. En el sistema alemán, la primera respuesta es que hay que estar a lo estipulado por las partes. A falta de estipulación expresa, la intención de las partes contratantes a conservar el derecho a alterar o revocar los beneficios, será juzgado por el propósito del contrato y todas las circunstancias relevantes que rodearon su celebración; de esta manera, un juez alemán tomará en consideración cualquiera acción de parte del beneficiario, que indique que él ha alterado su posición como resultado de la promesa de conferirle un beneficio. Si ello ocurre, se puede argumentar que el derecho de las partes contratantes a modificar o revocar los derechos del beneficiario se ha perdido. Por otro lado, el parágrafo 331 BGB regula lo que ocurre en varios grupos de casos importantes en que los derechos del beneficiario se establecen a la época de fallecimiento del estipulante⁵⁹⁶.

En Francia, la Ordenanza de 2016 ha dejado establecido, en el actual artículo 1.206 del *Code*⁵⁹⁷, que la aceptación del tercero beneficiario no es necesaria para hacerle adquirir el derecho del que es acreedor en contra del promitente, toda vez que él es titular de ese derecho desde el día de la estipulación⁵⁹⁸. Como consecuencia de ello, ni los acreedores del estipulante ni los herederos de éste pueden reclamar ese derecho; por el contrario, si el beneficiario fallece antes de haber aceptado la estipulación, el crédito pasa a sus herederos, de ahí que el artículo 1.208 del *Code*, posterior a la Ordenanza de 2016, establece que la aceptación puede provenir tanto del beneficiario como de sus herederos, a menos que la estipulación se haya hecho a título de liberalidad *intuitu personae*, pues, en tal caso, puede caducar en caso que el beneficiario fallezca antes que el estipulante; sin embargo, esta presunción puede ser destruida si se puede probar que el estipulante quería que los herederos del beneficiario adquirieran la liberalidad⁵⁹⁹.

⁵⁹³ Markesinis, Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, "The German Law of Contract. A Comparative Treatise", Hart Publishing, Oxford, 2nd edition, 2006, cfr. p. 197 (traducción libre).

⁵⁹⁴ Ídem, cfr. p. 198 (traducción libre). Agregan que, para ayudar en la búsqueda de la verdadera intención de las partes, el BGB ha optado por una serie de presunciones simplemente legales que corresponden a situaciones que se encuentran comúnmente en el día a día.

⁵⁹⁵ Ídem, cfr. p. 200 (traducción libre).

⁵⁹⁶ Ídem, cfr. pp. 200 – 201 (traducción libre).

⁵⁹⁷ Art. 1.206 alinéa 1 *Code Civil français* « *Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation* ».

⁵⁹⁸ Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 16^e édition, cfr. p. 558 (traducción libre).

⁵⁹⁹ Ídem, cfr. p. 560 (traducción libre).

En el mismo sentido se pronuncian los instrumentos del derecho uniforme, los cuales pueden ser aplicables en nuestro país, toda vez que se advierte su influencia en Chile en materia de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Dentro de ellos cabe destacar que la sección 2 de los Principios de Contratos Comerciales Internacionales (PICC) o Principios UNIDROIT regulan los derechos de terceros y, a propósito del contrato a favor de tercero, el artículo 5.2.6 PICC se refiere a la renuncia, señalando que el beneficiario puede renunciar al derecho que se le ha conferido. El comentario a esta disposición señala que el esquema de esta sección asume que, a falta de acuerdo en contrario, el contrato entre el promitente y el estipulante crea derechos en el beneficiario de inmediato, sin necesidad de aceptación por parte del beneficiario. Aunque el tercero usualmente aceptará el beneficio que las partes le han conferido, no puede ser forzado a aceptarlo. Se sigue que el tercero puede expresa o tácitamente renunciar al beneficio. Sin embargo, una vez que el beneficiario ha hecho algo que implique aceptación, normalmente no estará facultado para renunciar. En consecuencia, se recoge la teoría de la creación directa del derecho.

Por su parte, el artículo 72 del Proyecto de Código Europeo de Contratos se refiere a la atribución de un derecho a un tercero y su numeral 3 expresa que “*salvo pacto en contrario, el tercero beneficiario adquiere el derecho frente al promitente por efecto de la perfección del contrato sin que su aceptación sea necesaria. Puede, no obstante, renunciar a su derecho. En este caso, el promitente queda obligado al cumplimiento, no ya en favor del tercero beneficiario, sino en favor de la parte estipulante, salvo que resulte otra cosa de la voluntad de los sujetos o de la naturaleza de la relación*”.

Más recientemente, la estipulación a favor de otro aparece reglamentada en el Capítulo 5 de los PLDC, relativo a los efectos del contrato frente a terceros, particularmente en su Sección 2, reglamenta, en su artículo 65 su ámbito de aplicación, disponiendo: “*Ámbito de aplicación. (1) Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona y tanto el estipulante como el beneficiario pueden demandar lo estipulado. (2) Si el tercero rechaza el beneficio, se considera que nunca adquirió el derecho*”.

La doctrina nacional también acepta, mayoritariamente, que el legislador nacional recogió la teoría de la creación directa del derecho para explicar la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de otro⁶⁰⁰. Como consecuencia de lo anterior, se ha señalado que la aceptación del beneficiario es un presupuesto de la exigibilidad del derecho⁶⁰¹, sin perjuicio de lo cual, los tribunales nacionales, reconociendo que nuestro Código Civil recogió la teoría de la creación directa del derecho, han señalado que la aceptación no solo constituye un presupuesto para el ejercicio del derecho, sino que también tiene por finalidad impedir que la estipulación a favor de otro sea revocada⁶⁰²;

Sin embargo, esta forma de razonar ha sido criticada por Daniel Peñailillo. En efecto, a su juicio sostener que el derecho, apenas celebrado el contrato, se radica en el patrimonio del beneficiario atenta contra la privacidad patrimonial, conforme a la cual nadie puede adquirir derechos contra o sin su voluntad⁶⁰³. A partir de lo señalado, Peñailillo propone distinguir el momento en que nace el derecho y el momento en el que el derecho se radica en el patrimonio del beneficiario, toda vez que ambos momentos pueden no coincidir⁶⁰⁴. En consecuencia, sostiene que, si bien el derecho nace al momento de celebrarse el contrato entre estipulante y promitente, éste no se radica inmediatamente

⁶⁰⁰ López Santa María; Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 381.

⁶⁰¹ Domínguez Águila, Ramón, “Los Terceros y el Contrato”, en *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*. Nº 74, año LI (julio – diciembre 1983), p. 164.

⁶⁰² Repertorio, T. V, cfr. p. 63.

⁶⁰³ Peñailillo Arévalo, “Sobre la Naturaleza de la Estipulación a Favor de Otro. Derecho Comparado y Chileno”, op. cit., cfr. pp. 91 – 93.

⁶⁰⁴ Ídem, cfr. p. 87.

en el patrimonio del beneficiario, sino que para ello es indispensable su aceptación⁶⁰⁵. Reconoce que esta forma de razonar supone admitir la existencia de derechos sin titular, ya que el derecho habría nacido, pero aún no se habría incorporado al patrimonio del beneficiario; pero ello no es algo que debiera sorprendernos, ya que, de manera general, se acepta la existencia de derechos a favor de personas determinables y de personas que no existen, pero se espera que existan^{606 - 607}.

Conforme a lo expuesto, podríamos estimar que la estipulación a favor de otro constituye una modalidad del contrato⁶⁰⁸. En efecto, trata de una cláusula destinada a alterar el efecto normal del mismo, cual es producir efectos para las partes, toda vez que, en virtud de esta estipulación, el derecho se crea inmediatamente para el tercero beneficiario, sin perjuicio que, para que dicho derecho se radique definitivamente en el patrimonio del beneficiario, sea necesaria la aceptación de éste.

Esta solución ha sido adoptada por nuestra jurisprudencia. En una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 21 de diciembre de 1938, tratándose de una tercería interpuesta por Julia Núñez, Óscar Carvallo, en representación de Estilista Núñez, y Juan Hinojosa, en el juicio ejecutivo de cobro de pesos seguido entre Raúl Puga y Julio Núñez. En dicho juicio ejecutivo, se había embargado un bien raíz que el ejecutado había adquirido para los terceristas. La Corte de Apelaciones de Concepción estimó que, en virtud del contrato de compraventa celebrado entre ejecutante y ejecutado, se creó directamente un derecho a favor de los terceristas que no fueron parte del contrato de compraventa, tal como lo estipula el artículo 1.449 CC (Considerando 6º)⁶⁰⁹.

Algo similar ocurrió en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de 29 de diciembre de 1922. En este caso, don Clemente Barrientos ejerció una acción reivindicatoria en contra de doña Carmen Muñoz, alegando el actor que había comprado un bien raíz a don Elupio Soto el 22 de enero de 1897. Sin embargo, al querer tomar posesión de dicho bien raíz, la demandada se negó a entregarlo, argumentando que era dueña del referido inmueble, al haberlo comprado a Benjamín Caro, el 29 de enero de 1907. El tribunal de primera instancia entendió que don Benjamín Caro estipuló a favor de don Clemente Barrientos la compra del referido inmueble (Considerando 1º) y que la tradición tuvo lugar en 1901 (Considerando 4º), por lo que el bien ya no formaba parte del patrimonio de don Benjamín Caro cuando lo donó a la Sra. Muñoz, por lo que tal tradición no pudo producir el efecto de transferirle el dominio (Considerandos 7º y 8º). La Corte de Apelaciones de Talca, al confirmar la sentencia de primera instancia, sostuvo que el crédito que resulta del contrato a favor del tercero, nace en el momento mismo en que él es convenido (Considerando 1º), aceptando la teoría de la creación directa del derecho⁶¹⁰.

En consecuencia, dado que en nuestro ordenamiento jurídico se habría aceptado la teoría de la creación directa del derecho para explicar la naturaleza jurídica de la estipulación a favor de otro, resulta claro que el derecho nunca ha formado parte del patrimonio del estipulante y, por lo tanto, nunca ha podido transferirlo al beneficiario, de manera que se refuerza la idea de que la estipulación a favor de otro no es una especie de donación entre vivos, sino que se trata de una liberalidad no donatoria.

Respecto de la no concurrencia de los requisitos que señala el artículo 1.386 del Código Civil chileno para estar frente a una donación entre vivos, si la estipulación importa una liberalidad, a juicio

⁶⁰⁵ Ídem, cfr. pp. 93 - 94.

⁶⁰⁶ Ídem, cfr. p. 94.

⁶⁰⁷ Corral sostiene que la categoría de "derechos sin sujeto" sería muy poco entendible. Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 300.

⁶⁰⁸ Ramos Pazos, "De la Estipulación en Favor de Otro", op. cit., cfr. p. 19.

⁶⁰⁹ Corte de Apelaciones de Concepción (1938): Puga con Núñez. Cuaderno de tercerías. Gaceta de los Tribunales, 2º semestre, N° 106, p. 486.

⁶¹⁰ Corte de Apelaciones de Talca (1922): Barrientos con Muñoz. Gaceta de los Tribunales, 2º semestre, N° 255, p. 1.088.

de Ramos Pazos, no se trata de una donación entre, toda vez que – según lo dispuesto en el artículo 1.386 de nuestro Código Civil – en la donación irrevocable el donante transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otro que la acepta⁶¹¹ y resulta que, de aceptarse la teoría de la creación directa del derecho⁶¹², éste nunca ha pertenecido al estipulante, sino que al beneficiario⁶¹³.

Una sentencia de la Corte Suprema, de 26 de abril de 2007, distinguió claramente entre donación y estipulación a favor de otro (Considerando 8º). En este caso, el actor había comprado un inmueble para su mujer; con posterioridad, se declaró la nulidad de ese matrimonio. En ese contexto, el actor demandó la nulidad de la donación del inmueble, por no haberse cumplido los requisitos legales. Los tribunales de la instancia rechazaron la demanda y, contra esa sentencia, el demandante interpuso un recurso de casación en el fondo, el cual fue rechazado, sosteniéndose que no hubo donación, sino estipulación a favor de otro⁶¹⁴.

3.1.6.2 ¿Figura instrumental o figura autónoma?

Si sostenemos que solo se trata de una figura instrumental, que tiene como única finalidad explicar otras figuras jurídicas, por ejemplo, el contrato de transporte cuando cargador y consignatario son personas distintas, o bien, el seguro de vida, no tiene sentido determinar si es o no un caso de liberalidad no donatoria, toda vez que se aplicarían las reglas de la respectiva figura jurídica – contrato de transporte o seguro de vida – a la estipulación. Así se ha entendido por parte de la doctrina nacional⁶¹⁵.

Por el contrario, si se sostiene que se trata de una figura autónoma, puede reconocerse como un tipo de liberalidad no donatoria. Parte de la doctrina nacional ha señalado que se trata de una figura autónoma⁶¹⁶, por lo que es posible reconocerla cada vez que dos personas celebran un contrato que cede en beneficio de un tercero, como el caso del padre que compra un bien para su hijo sin actuar como su representante legal; el caso en que se compra o se toma en arriendo un local comercial para una sociedad que se formará, y el caso en que se vende una empresa y el comprador se obliga a mantener al personal que trabaja en ella⁶¹⁷. En este caso, se presenta el problema de determinar si se trata o no de una forma de liberalidad no donatoria.

⁶¹¹ Con todo, como lo ha sostenido una sentencia de la Corte Suprema de 26 de agosto de 2011, la donación es un contrato, por lo que requiere del concurso de voluntades de ambas partes y tiene por finalidad la creación de obligaciones (Considerando 6º). Corte Suprema (2011): Galilea con Arzobispado de Santiago y otro. Rol Nº 2.179 – 2010. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]

⁶¹² Una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 23 de octubre de 2008, confirmada por la Corte Suprema mediante sentencia de 18 de agosto de 2010, recoge la teoría de la creación directa del derecho, señalando que la aceptación del tercero no es una condición para que nazca el derecho en su patrimonio, sino para que el contrato no pueda ser revocado por estipulante y promitente (Considerando 2º). Corte de Apelaciones de Santiago (2008): Recabarren y otros con Bosselin y otros. Rol Nº 1.124 – 2005. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]

⁶¹³ Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. pp. 23 – 24.

⁶¹⁴ Corte Suprema (2007): Díaz con Chávez. Rol Nº 2.039 – 2005. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]

⁶¹⁵ López Santa María; Elorriaga de Bonis, op. cit., cfr. p. 380. En el mismo sentido, Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, op. cit., cfr. p. 25.

⁶¹⁶ Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte General*, op. cit., cfr. p. 270. En el mismo sentido, Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 9; Pérez Conesa, op. cit., cfr. p. 1.239.

⁶¹⁷ Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 9.

Como ya fue expuesto, en el primer caso – cuando estamos frente a una figura instrumental – estaríamos en rigor frente a un contrato a favor de tercero, y todo el contenido del contrato resulta vinculante para el beneficiario; en cambio, en el segundo caso – figura autónoma – estaremos propiamente frente a la estipulación a favor de otro, toda vez que se trata de una cláusula que se incorpora en un contrato, en la que se acuerda beneficiar a un tercero. La presente investigación solo se referirá a este caso, ya que el contrato a favor de tercero se rige por las reglas legales establecidas por el ordenamiento jurídico para dicho contrato. De lo anterior se colige que, en nuestro concepto, la estipulación a favor de otro constituye una figura autónoma y corresponde a un caso de liberalidad no donatoria, conforme se explicará.

Para poder demostrar la autonomía de la estipulación a favor de otro y, por lo mismo, su carácter de liberalidad no donatoria, se hace necesario previamente resolver dos problemas. El primero consiste en determinar si la relación subyacente o relación de valuta afecta o no al carácter oneroso o gratuito que pueda tener la estipulación a favor de otro. El segundo consiste en determinar si puede haber estipulación a favor de otro sin que exista una relación de valuta subyacente.

a. Relación de valuta, ¿afecta la naturaleza onerosa/gratuita de la estipulación?

Una primera forma de determinar si la estipulación a favor de otro constituye o no un caso de liberalidad no donatoria consiste en determinar si existe o no un negocio subyacente⁶¹⁸, pues, en caso de existir – por ejemplo, si se celebra la estipulación para dar cumplimiento a una compraventa o a una donación entre vivos – la determinación de si se trata o no de una liberalidad no donatoria dependería de la naturaleza de ese negocio subyacente. En efecto, una forma de razonar sería sostener que la relación de valuta repercute en el carácter gratuito u oneroso de la estipulación a favor de otro, de manera que solo en el caso que el negocio subyacente sea gratuito, la estipulación a favor de otro podría ser considerada como una liberalidad no donatoria; en cambio, si el negocio subyacente es oneroso, la estipulación a favor de otro también tendría ese carácter.

A nuestro juicio, sin embargo, la naturaleza onerosa o gratuita del negocio subyacente no tiene incidencia en la naturaleza gratuita de la estipulación a favor de otro; es decir, cualquiera que sea la naturaleza de la relación de valuta, la estipulación a favor de otro siempre tendrá un carácter gratuito y, por ende, constituirá una liberalidad no donatoria.

En este sentido, conviene precisar qué es lo que permite determinar si un determinado contrato es oneroso o gratuito. A partir de lo dispuesto en el artículo 1.440 del Código Civil chileno, el criterio de clasificación atiende al número de partes que se beneficia o a las cuales prestará utilidad la ejecución del contrato⁶¹⁹: si solo se beneficia una parte, el contrato será gratuito; si se benefician ambas partes, el contrato será oneroso. Como explican Troncoso y Álvarez, en este caso no se atiende a la reciprocidad de las obligaciones que genera el contrato, sino a la reciprocidad de beneficios⁶²⁰.

El punto que nos interesa, porque resulta aplicable a la estipulación a favor de otro⁶²¹, consiste en determinar si en esta clasificación es posible considerar circunstancias ajenas al contrato que se trata de calificar. En este sentido, cabe tener presente que se ha discutido qué es lo que ocurre con esta clasificación entre contratos onerosos y gratuitos cuando se aplica a las cauciones, conforme se verá a continuación.

⁶¹⁸ Pérez Conesa denomina relación de valuta al negocio subyacente, op. cit., cfr. p. 1.241.

⁶¹⁹ Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones. La Declaración Unilateral de Voluntad. La Teoría General del Contrato*, op. cit., cfr. p. 111.

⁶²⁰ Troncoso; Álvarez, op. cit., cfr. p. 17.

⁶²¹ Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte General*, op. vol. et ed. cit., cfr. p. 55.

Así, Alessandri sostiene que resulta necesario examinar las relaciones anteriores o futuras entre las partes, ya que ésta sería la única manera de saber si el gravamen que se impone a una de ellas tiene o no una compensación. Como consecuencia de lo anterior, la constitución de una caución por el propio deudor a favor del acreedor, la cual se exige para la celebración del contrato principal, sería un contrato oneroso, pues tiene la utilidad de ambas partes; en cambio, si la obligación ya existe y el deudor constituye una caución espontáneamente, el contrato será gratuito. Por otro lado, si la caución la constituye un tercero se debe considerar las relaciones entre el acreedor y el tercero y entre éste y el deudor; en efecto, si el tercero no se encuentra afecto a la deuda (por ejemplo, como codeudor solidario), la caución será gratuita; en cambio, si el tercero no se encuentra afecto a la deuda y constituye la caución por mera liberalidad, ésta será gratuita, mientras que, si el tercero exige alguna retribución del deudor, será onerosa⁶²².

A partir de lo expuesto, y tal como lo señala Vodanovic, el mismo criterio se podría aplicar a la estipulación a favor de otro y, por lo mismo, considerar relaciones externas, como la relación de valuta, para calificar a la estipulación como onerosa o gratuita⁶²³. Sin embargo, este no es el criterio que consideramos correcto.

En efecto, en relación con el mismo problema, Alejandro Guzmán plantea que la caución otorgada por un tercero siempre es gratuita, pues solo se beneficia el acreedor y solo se grava el tercero. De esta manera, si bien al mirar el conjunto la opera, se desprende que tanto el acreedor, como el deudor y el tercero se benefician, el convenio de remuneración acordado entre deudor y caucionante es algo ajeno al contrato de caución, no formando parte de él⁶²⁴. En nuestro concepto, este mismo argumento se puede utilizar para determinar si la estipulación a favor de otro es onerosa o gratuita, es decir, en tal determinación no corresponde examinar la relación de valuta o subyacente, pues dicha relación puede existir entre estipulante y beneficiario, pero resulta ajena a la estipulación, en cuya celebración solo intervienen estipulante y promitente.

A mayor abundamiento, creemos que, aplicando correctamente el artículo 1.440 del Código Civil chileno, lo que procede hacer al examinar la estipulación a favor de otro, es determinar cuántas partes se benefician con ella. Si decimos que el contrato lo celebran estipulante y promitente, y solo se beneficia el promitente y no el estipulante, pues su beneficio cede a favor de un tercero (por ejemplo, cuando se compra para alguien), no cabe duda que el beneficio solo existe para una de las partes – el promitente – lo que autoriza a sostener que tiene una naturaleza gratuita.

b ¿Puede haber estipulación a favor de otro sin que exista una relación de valuta?

Si es admisible que en una estipulación a favor de otro pueda no haber un negocio subyacente, es posible sostener que estamos frente a una liberalidad no donatoria. Sin embargo, previo a afirmar esto, se hace necesario resolver un problema previo: ¿es posible concebir una estipulación a favor de otro sin la existencia de un negocio subyacente?

Pérez Conesa sostiene que siempre existirá una relación de valuta, pues ella resulta necesaria para explicar por qué un contrato atribuye a un tercero un derecho de crédito propio, sin haber participado para nada en su celebración. Dicha relación de valuta, que denomina relación de cobertura, podrá tener una causa onerosa o gratuita; será onerosa si el estipulante pretende una atribución *credendi causa*, o bien, si es *solvendi causa*, por ejemplo, si, a través de la prestación al

⁶²² Alessandri Rodríguez, *Los Contratos*, op. cit., cfr. p. 24. En el mismo sentido, Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil*. Fuentes de las Obligaciones. Parte General, op. cit., cfr. p. 55; López Santa María; Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 101.

⁶²³ Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil*. Fuentes de las Obligaciones. Parte General, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 55.

⁶²⁴ Guzmán Brito, *Las Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 47.

tercero, se propone satisfacer una deuda que previamente tenía frente a él; en cambio, será gratuita si el estipulante busca realizar un acto de liberalidad⁶²⁵; aunque no lo dice expresamente, en este caso estaríamos frente a una liberalidad no donatoria.

Sin embargo, a nuestro juicio, la opinión de Pérez Conesa no es aplicable en Chile, atendida la reglamentación legal de la donación entre vivos. En efecto, pensemos en el caso de una persona que compra para otra. Entre estipulante y beneficiario no hay relación de valuta; no es posible sostener que entre ellos existe una donación irrevocable como relación de valuta, la cual, al ser gratuita, comunica tal carácter a la estipulación a favor de otro, porque, como explica Ramos, para que exista una donación entre vivos, conforme lo exige el artículo 1.386 del Código Civil chileno, es necesario que una persona – el donante – transfiera gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a la otra – el donatario – quien la acepta. Pero, como en el caso de quien compra para otro, el bien nunca estuvo en el patrimonio del estipulante, no cabe encuadrar esta situación dentro de la definición legal de donación entre vivos⁶²⁶. En consecuencia, en este caso, estamos frente a una estipulación a favor de otro, sin que exista un negocio subyacente entre ellos.

De lo anterior se desprende que, en rigor, la referencia que hace Pérez Conesa, más que a un negocio subyacente, es a una determinada intención, por lo que, si el estipulante busca realizar un acto de liberalidad, en realidad lo que ahí hay es el *animus donandi*.

c. Argumentos para sostener que la estipulación a favor de otro es una figura autónoma.

En España, Pérez Conesa plantea la estipulación a favor de otro realizada *donandi causa* es una donación indirecta, en la que el donante es el estipulante y el donatario es el beneficiario⁶²⁷. En este caso, la atribución es *donandi causa*, toda vez que hay un enriquecimiento para el beneficiario y un empobrecimiento para el estipulante, de manera que son aplicables las reglas sobre colación e inoficiosa donación⁶²⁸. Con todo, existe un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de 23 de abril de 2012, confirmado por la Corte Suprema, de 19 de junio de 2012, en el que se sostiene que – en la especie – existió una donación por la vía de la estipulación a favor de otro, acogiendo una acción de inoficiosa donación⁶²⁹, fallo que no compartimos, pues, como ya hemos examinado, la definición legal de donación entre vivos impide confundir esta figura con la estipulación a favor de otro.

En Italia, parte de la jurisprudencia de ese país entiende que la causa liberal es el elemento que une a la donación indirecta y a la donación directa, mientras que otra orientación jurisprudencial ha observado que en la donación indirecta el negocio por medio del cual viene realizado el resultado de liberalidad, es un negocio dotado de su propia causa, bien distinta de aquélla característica de la donación, con la consecuencia que el negocio – medio, en consideración a su autonomía estructural

⁶²⁵ Pérez Conesa, op. cit., cfr. pp. 1.241 – 1.242.

⁶²⁶ Ramos Pazos, “Algunas Consideraciones en Relación con la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 685.

⁶²⁷ Pérez Conesa, op. cit., cfr. pp. 1.248 – 1.249.

⁶²⁸ Ídem, cfr. p. 1.253.

⁶²⁹ En cuanto a los hechos, don Luis Miranda Lucero compró un terreno para sus hijos no matrimoniales, en el año 1996. El señor Miranda falleció en octubre del 2007. Su cónyuge e hijos matrimoniales ejercieron la acción de inoficiosa donación en contra de los hijos no matrimoniales y beneficiarios de esa estipulación a favor de otro. La Corte de Apelaciones de Rancagua entiende que hubo donación por vía de la estipulación a favor de otro, por lo que acoge la referida acción, lo que implica sostener que se formó el primer acervo imaginario. Corte de Apelaciones de Rancagua (2012): Fuenzalida y otros con Miranda y otros. Rol N° 1.177 – 2011. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]. Corte Suprema (2012): Fuenzalida y otros con Miranda y otros. Rol N° 4.131 – 2012. Disponible en <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/> [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018]

respecto del fin de liberalidad, debe ser sujeto a la disciplina formal que le es propia y no a aquélla prevista para la donación⁶³⁰.

Con todo, Ascarelli advierte que la mayor parte de las veces las partes recurren a un negocio indirecto para huir del imperio de una determinada disposición legislativa, por lo que el negocio indirecto miraría, en realidad, a un caso de fraude a la ley. En este sentido, cabe tener presente que la doctrina y la jurisprudencia italianas – según este autor – hace tiempo rechazaron la mecánica aplicación del principio “el fraude todo lo corrompe” y respondieron haciendo una distinción, de manera que solo en el resguardo de algunas disposiciones legales es que se puede hablar de fraude a la ley y solo en estos casos se puede hablar de negocio fraudulento y, por tanto, inválido⁶³¹.

Por otro lado, en Francia, Planiol reconoce la validez de la donación indirecta. En efecto, plantea que las partes utilizan las formas técnicas en las que la ley no prohíbe el empleo de un título gratuito. Además, el artículo 931 exige la solemnidad para los actos que importan donación; de manera que, si el acto jurídico empleado no importa donación, la solemnidad es, entonces, inaplicable. En sí mismo, este motivo puramente exegético es de una debilidad extraordinaria. Si se admite sin discusión seria, es a favor de las liberalidades y para regularizar situaciones que ninguna disposición legal podría, de hecho, evitar⁶³².

En el mismo sentido, en España, Ortega Pardo ha sostenido que la donación indirecta es una forma de negocio indirecto⁶³³. En general, en el negocio indirecto las partes recurren a un determinado negocio jurídico, pero el último objetivo práctico que se proponen no es, en absoluto, el que normalmente se consigue a través de ese negocio adoptado, sino que un objetivo diverso, a menudo análogo a aquél de otro negocio, que, a menudo, carece de una forma típica en un determinado ordenamiento jurídico. La obtención de este objetivo ulterior se predispone por medio de cláusulas particulares que son todavía compatibles con la estructura fundamental del negocio adoptado o también por medio de simples elementos de facto sobre el cual recae el consenso de las partes. Por tanto, hay un negocio indirecto porque las partes lo usan para alcanzar a través de él indirectamente los objetivos que son diversos de aquellos que se podrían inducir de la estructura del negocio mismo. Con todo, la adopción de un determinado negocio, incluso para puros fines indirectos, no se realiza por casualidad; encuentra su explicación en el intento de las partes de sujetarse no solamente a la forma, sino que también a la disciplina del negocio adoptado⁶³⁴.

Para Ortega Pardo, en el negocio indirecto, la causa del negocio es una sola y lo que ocurre es que, por medio del acto típico y querido por las partes, se consigue un fin ulterior que es el de la liberalidad⁶³⁵. De esta manera, el *animus donandi* no es causa de ningún negocio, sino que queda relegado al plano de los motivos, siendo – en consecuencia – irrelevante⁶³⁶. En un sentido similar, Ascarelli plantea que la característica del negocio indirecto se comprende distinguiendo en el negocio el propósito típico de los eventuales propósitos ulteriores; la causa de los motivos, y así constatando como cada negocio puede, indirectamente, cumplir también funciones que no corresponden a aquélla

⁶³⁰ Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. pp. 102 – 103 (traducción libre).

⁶³¹ Ascarelli, Tullio, “Contratto Misto, Negozio Indiretto, ‘Negotium Mixtum Cum Donatione’”. En *Rivista del Diritto Commerciale*. Fascicolo 8 – 9, 1930, cfr. p. 14 (traducción libre). Disponible en <http://www.rivistadeldirittocommerciale.com/search?Nt7NrlthrmCbl> [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶³² Planiol; Ripert, op. cit., p. 422 (traducción libre).

⁶³³ Ortega Pardo, op. cit., cfr. p. 977.

⁶³⁴ Ascarelli, op. cit., cfr. p. 11, quien da como ejemplos la como ejemplos la constitución de una sociedad con el propósito de ejercitar el comercio bajo responsabilidad limitada, la elevación a sociedad formalmente autónoma de una filial de sociedad extranjera, el mandato con propósito de garantía, etc. (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶³⁵ Ortega Pardo, op. cit., cfr. p. 976. En el mismo sentido, Ascarelli, op. cit., cfr. p. 15 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶³⁶ Ortega Pardo, op. cit., cfr. p. 976.

típica en relación con la que lo caracteriza, y justamente esta posibilidad es la que es utilizada por las partes⁶³⁷. De esta manera, lo que califica de indirecto a un negocio jurídico viene a depender de los motivos a los cuales también se concede relevancia jurídica⁶³⁸.

Como consecuencia de lo anterior, al negocio indirecto solo se aplican las reglas del único negocio celebrado y querido por las partes – llamado negocio medio adoptado – sin perjuicio de ser aplicables las reglas materiales de la donación, ya que la ley las ha considerado en razón del resultado práctico conseguido⁶³⁹.

Con todo, como explica M^a Ángeles Egusquiza, la noción de donación indirecta, que forma parte de la noción más amplia de negocio indirecto, no es aceptada unánimemente por toda la doctrina⁶⁴⁰. En este sentido, Federico De Castro niega la figura del negocio indirecto como una categoría autónoma de negocio jurídico, pues, en su concepto, esa pretendida eficacia del negocio indirecto ha encontrado un obstáculo en la causa como requisito del negocio, toda vez que – si para la validez del negocio se necesita de una causa adecuada y si para determinar su particular eficacia hay que atender al propósito concreto o empírico de las partes – no podrá haber negocio indirecto, toda vez que, para calificar cualquier negocio causal, deberá considerarse el propósito real, esto es, la finalidad práctica pretendida, y ello aunque el propósito y el fin se busquen utilizando estructuras o formas inadecuadas, bien se haga abierta u ocultamente; en consecuencia, esta noción de negocio indirecto está en abierta contradicción con un sistema jurídico que se basa en el control de las causas – típicas y atípicas – para determinar la validez del negocio y, según la naturaleza de cada causa, la diferenciada eficacia de cada negocio⁶⁴¹.

En Italia, la doctrina mayoritaria encuadra a las donaciones indirectas en la categoría del negocio indirecto, ya que considera que la función económico – social del negocio empleado es diversa de aquélla de la donación, mientras que el resultado (enriquecimiento de otro) está fuera del tipo negocial y se realiza por la influencia de elementos eventuales⁶⁴². Al revisarse la diferencia entre la donación directa y la donación indirecta, ésta se encuentra en el medio con el cual actúa el fin de liberalidad, que, para la primera, es el contrato previsto en el artículo 769 del Código Civil italiano y, para la segunda, es un hecho o un negocio jurídico que, aunque no esté dirigido, en su función inmediata, actuar a dicho fin, lo realiza, todavía, indirectamente, como un resultado ulterior y diverso respecto a su causa típica⁶⁴³.

En un sentido similar, Carnevali, en Italia, no cree que, dogmáticamente, sea útil la categoría de negocio indirecto y que, entonces, considera la expresión “donación indirecta” como un término conveniente, pero inoportuna⁶⁴⁴.

Esta opinión ha sido rebatida por Pérez Conesa, quien sostiene que, si bien el contrato a favor de un tercero corresponde a un caso de donación indirecta cuando la relación de valuta es a título gratuito, no corresponde a un negocio indirecto, porque no se recurre a fines indirectos respecto a la función objetiva del medio empleado, sino que se concede directamente un derecho a un tercero, fin

⁶³⁷ Ascarelli, op. cit., cfr. p. 12 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶³⁸ Ídem, cfr. p. 13 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶³⁹ Ortega Pardo, cfr. p. 980. En el mismo sentido, Ascarelli sostiene que la ley somete justamente el negocio indirecto a las disposiciones sustanciales, pero no a aquéllas de forma de la donación. Ascarelli, op. cit., cfr. p. 17 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶⁴⁰ Egusquiza Balmaseda, M^a Ángeles, “Donación Indirecta”, en M^a de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (Directoras), *Tratado de las Liberalidades*, Aranzadi, Pamplona, 2017, cfr. p. 692.

⁶⁴¹ De Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*. Civitas, Madrid, 1971, cfr. pp. 449 – 450.

⁶⁴² Iacovino; Tavassi; Cassandro, op. cit., cfr. p. 103 (traducción libre).

⁶⁴³ Ídem, cfr. p. 104 (traducción libre).

⁶⁴⁴ Carnevali, Urbano, “Le Donazioni”, in *Trattato di Diritto Privato*, (Rescigno, Piero, director), vol. V, Utet, Torino, 1982, p. 446 (traducción libre).

querido directamente por las partes⁶⁴⁵. A nuestro juicio, esta opinión de Pérez Conesa no es correcta, pues si bien la concesión directa de un derecho a un tercero es algo querido por las partes, se debe tener presente que la finalidad que las partes pretenden se podría obtener recurriendo a la donación entre vivos, pero si, por diversas circunstancias, por ejemplo, para evitar que una persona adquiera un bien o un derecho para sí y luego donarlo a otra, prefiere recurrir a la figura de la estipulación a favor de otro, para que, de esta manera, el beneficiario adquiera inmediatamente el bien de parte del promitente, evitando esa triangulación que puede resultar innecesaria, se habrá utilizado a la compraventa para obtener la finalidad que habitualmente se logra a través de la donación irrevocable.

En nuestro país se ha cuestionado la admisibilidad de los actos jurídicos indirectos. Hernán Corral plantea que – en principio – y en virtud de la autonomía privada y de una cierta flexibilidad en el concepto de causa, tales actos serían admisibles, aunque reconoce que, frecuentemente, tales actos se utilizan para eludir alguna disposición imperativa, de manera que fácilmente pueden ser calificados como actos en fraude de ley y, consecuentemente, son sancionados con la ineficacia⁶⁴⁶. En nuestro concepto, efectivamente, en virtud del principio de la autonomía privada, debiera admitirse, en principio, la validez de la figura del acto jurídico indirecto; sin embargo, no es posible negar la posible utilización fraudulenta de esta figura, por lo que, en nuestro concepto, y conforme se examinará, el fraude a la ley constituye un límite para los actos indirectos en general y para las liberalidades no donatorias en particular; a mayor abundamiento, no solamente los actos indirectos pueden ser utilizados fraudulentamente, sino que también los actos directos, de manera que, cualquiera que sea el tipo de acto, directo o indirecto, en cuanto se utilice fraudulentamente, procederá aplicar la sanción de ineficacia que corresponda.

Un primer argumento que permite sostener la autonomía de la estipulación a favor de otro corresponde al carácter neutro de esta estipulación. En este sentido, en Francia, Malaurie y Brenner sostienen que la estipulación a favor de otro es un acto neutro y, por tanto, puede realizar una donación indirecta. No se trata de mirar al contrato principal concluido entre estipulante y promitente, que constituye un acto a título oneroso, sino que al vínculo que se establece con el tercero beneficiario, el cual puede ser una donación indirecta. Más aún, la estipulación a favor de otro es un acto neutro que puede ser a título oneroso (por ejemplo, si el estipulante es un deudor del tercero beneficiario) o a título gratuito⁶⁴⁷. En este sentido, para Ramos Pazos, la estipulación a favor de otro puede o no importar una liberalidad⁶⁴⁸.

En un sentido similar, Piédelièvre sostiene que la estipulación a favor de otro puede ser tanto a título oneroso como a título gratuito. Será a título oneroso si el estipulante ya era deudor del beneficiario antes de consentir en la estipulación; para él se trata de un medio de extinguir su deuda. En cambio, será a título gratuito si el estipulante no debía nada al beneficiario; ahora es un medio para derramar un capital sin contraprestación y, en tal caso, se tratará de una donación indirecta y la operación se sujetará a las reglas de la estipulación a favor de otro y no a las del contrato de donación⁶⁴⁹.

Por su parte, Planiol y Ripert entienden que la estipulación a favor de otro debe incluirse en un acto principal a título oneroso. Si se incluyera en un acto principal que equivaliera a una donación ordinaria, seguiría forzosamente la regla de la solemnidad; sin embargo, el beneficiario tendría una ventaja: su aceptación no se sujetaría a las formas solemnes de la aceptación. Si la donación principal

⁶⁴⁵ Pérez Conesa, op. cit., cfr. p. 1.249.

⁶⁴⁶ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 737.

⁶⁴⁷ Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 260 – 261 (traducción libre).

⁶⁴⁸ Ramos Pazos, “De la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 23.

⁶⁴⁹ Piédelièvre, op. cit., cfr. p. 597 (traducción libre).

era una donación por sí misma exenta de forma, la estipulación accesoria sería igualmente dispensada de las formas solemnes. En definitiva, lo accesorio sigue la suerte de lo principal⁶⁵⁰.

En Uruguay, Gamarra sostiene que la relación entre estipulante y beneficiario puede ser de tres clases: por una parte, puede tener una *causa solvendi*, lo que ocurrirá cuando el estipulante esté pagando una deuda que mantiene con el beneficiario⁶⁵¹, por ejemplo, el caso del cargador que celebra un contrato de transporte con el transportista como forma de cumplir con un contrato de compraventa que había celebrado previamente con el beneficiario, en el que éste es el comprador y el cargador es el vendedor. Pero también puede hacerse por mera liberalidad o por *causa donandi*, en cuyo caso, a su juicio, estamos frente a una donación indirecta; da el caso de una persona que celebra un contrato de seguro de vida con un asegurador, el cual se obliga a pagar una indemnización al tercero beneficiario que es un hijo del asegurado, en este caso el pago de las primas que efectúa el asegurado – estipulante no tiene una *causa solvendi*⁶⁵². Finalmente, agrega que también puede tener una *causa credendi*, lo que ocurrirá cuando la cantidad que percibe el tercero es un préstamo que le hace el estipulante⁶⁵³.

Un segundo argumento para sostener la autonomía de la estipulación a favor de otro es que esta estipulación y, en general las liberalidades no donatorias, no son casos de simulación. Otra forma de resolver el problema de las liberalidades no donatorias, incluyendo, por cierto, a la estipulación a favor de otro, consiste en sostener que estamos en presencia de actos simulados. En otras palabras, hay un contenido de voluntad no real, que se emite conscientemente y producto de un acuerdo entre las partes, para producir, con fines de engaño, la apariencia de un acto jurídico que no existe o que es distinto de aquél que realmente se celebra⁶⁵⁴. En consecuencia, el acto simulado tiene una apariencia contraria a la realidad, ya sea por que no existe en absoluto, o bien porque es distinto de la forma como aparece⁶⁵⁵. De ahí que lo que caracteriza a la simulación es que exista una disconformidad consciente entre la voluntad y su declaración, convenida entre las partes, con la finalidad de engañar a terceros⁶⁵⁶.

No obstante lo anterior, Ascarelli plantea que, en el negocio indirecto, las partes quieren efectivamente el negocio que ellas se plantean y quieren sujetarse a las reglas jurídicas de dicho negocio; lo anterior, porque solo a través del acto que celebran pueden conseguir el resultado que desean; no hay un acuerdo para simular ni interés alguno en esconder a los terceros el fin último al cual mira el acto⁶⁵⁷. Así lo entiende también en Francia Baudry – Lacantinerie, al señalar que en la donación simulada existe una separación entre la apariencia y la realidad: la apariencia nos muestra una venta, mientras que la realidad nos muestra una donación pura y simple; en cambio, en la donación indirecta, la apariencia es conforme a la realidad⁶⁵⁸; como vimos, en Francia se hace la distinción entre donación indirecta y donación disfrazada, siendo esta última un caso de simulación.

En el mismo sentido, en Uruguay se ha sostenido, por algunos autores, que estamos frente a una situación distinta de la simulación; en efecto, en la estipulación a favor de otro no existe un

⁶⁵⁰ Planiol; Ripert, op. cit., cfr. pp. 430 (traducción libre).

⁶⁵¹ Gamarra, op. et vol. cit., p. 178.

⁶⁵² *Ibidem*.

⁶⁵³ *Idem*, cfr. p. 180.

⁶⁵⁴ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 360.

⁶⁵⁵ Ferrara, Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Trad. De Rafael Atard y Juan A. de la Puente. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ªed., 1960, cfr. p. 43.

⁶⁵⁶ Díez Duarte, Raúl, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno. Teoría Jurídica y Práctica Forense*, Editorial Metropolitana, Santiago, 3ª ed., 1996, cfr. p. 47.

⁶⁵⁷ Ascarelli, op. cit., cfr. p. 14 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶⁵⁸ Baudry – Lacantinerie, G., *Précis de Droit Civil*, Recueil Sirey, Paris, t. III, 12e édition, 1922, pp. 553 – 554 (traducción libre).

acuerdo de voluntades de las partes tendiente a manifestar una voluntad distinta de su querer interno, sino que las partes celebran exactamente el acto jurídico que desean, no teniendo relevancia, para estos efectos, que la celebración de dicho acto jurídico implique un enriquecimiento para una persona; no existe el propósito de los contratantes de engañar a terceros, de manera que no están celebrando un acto jurídico que – en realidad – no desean celebrar, porque sí están celebrando el acto querido por ellas⁶⁵⁹.

En nuestro concepto, se trata de situaciones distintas, pues – conforme se examinará – la simulación constituye un límite a las liberalidades no donatorias, de manera que, si se trata de disfrazar una donación bajo la forma de un acto oneroso, estaríamos frente a un acto simulado, procediendo la ineficacia propia de esta figura jurídica.

Un tercer argumento que permite sostener la autonomía de la estipulación a favor de otro corresponde a la afirmación de que no se trata de un caso de *negotium mixtum cum donatione*. Se ha sostenido que, si la estipulación a favor de otro no importa una liberalidad, estaríamos en presencia de un caso de negocio mixto, denominado *negotium mixtum cum donatione*. Esta figura encuentra su origen en el Derecho romano: se trata de un determinado acto oneroso que contiene una parte de gratuidad o que una donación contenga una parte de onerosidad y se denomina *negotium mixtum cum donatione* o negocio mezclado con donación, porque estamos frente a una operación típicamente onerosa, pero que contiene en parte una atribución patrimonial no debida, lucrativa y gratuita y, por tanto, es donación en esa parte; a la inversa, también puede darse cuando estamos frente a una atribución patrimonial no debida, lucrativa y gratuita, pero que incluye algo de onerosidad para el donatario, pues – en tal caso – deja de ser donación en esa parte⁶⁶⁰.

Según Ortega, la diferencia entre el negocio mixto y el negocio indirecto radica en que, en el negocio mixto, concurren dos causas típicas a formar una única causa mixta; en cambio, en el negocio indirecto, la causa del negocio es una sola y lo que ocurre es que, por medio del acto típico y querido por las partes, se consigue un fin ulterior que es el de la liberalidad. De esta manera, mientras en el negocio mixto el *animus donandi* se integra a la causa del negocio oneroso, alterando la estructura del mismo; en el negocio indirecto el *animus donandi* no es causa de ningún negocio, sino que queda relegado al plano de los motivos, siendo – consecuentemente – irrelevante⁶⁶¹.

En el negocio mixto, hay una verdadera concurrencia de más de un resultado típico y de más de una causa propia de contratos diversos, de manera que concurren más prestaciones típicas de los diversos contratos⁶⁶².

La noción de acto mixto implica combinar dos grupos de reglas por las cuales se va a regir: las del acto típico oneroso para aquella parte en la que el negocio es oneroso (por ejemplo, una compraventa) y las de la donación en aquella parte en la que el acto es gratuito⁶⁶³, ello, en la medida en que sean compatibles, pues, si no lo son, se debe aplicar las reglas más rigurosas en materia de requisitos e ineficacia⁶⁶⁴; por esta razón, el Tribunal Supremo español ha sostenido que la parte

⁶⁵⁹ Gamarra; Venturini; De Cores; Gamarra, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 215. En el mismo sentido, Ascarelli, Tullio, op. cit., cfr. p. 14 (traducción libre).

⁶⁶⁰ Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., pp. 692 – 693. Señala como ejemplo de negocio oneroso con causa donatoria el caso de la compraventa en la que el vendedor rebaja el precio, no por error ni por simulación, sino *donandi causa*: en la parte en que hay precio real, existe compraventa y, en la rebaja, liberalidad. Del mismo modo, da como ejemplo de acto donatorio con causa onerosa el caso de la donación modal. Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, op., vol. et ed. cits., pp. 693 – 700.

⁶⁶¹ Ortega Pardo, op. cit., cfr. pp. 975 – 976.

⁶⁶² Ascarelli, op. cit., cfr. p. 15 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶⁶³ Gamarra; Venturini; De Cores; Gamarra, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 213. En el mismo sentido, Ascarelli, op. cit., cfr. p. 17 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

⁶⁶⁴ Ortega Pardo, op. cit., cfr. p. 975.

gratuita de este negocio mixto autoriza la colación⁶⁶⁵. En cambio, al negocio indirecto solo se aplican las reglas del único negocio celebrado y querido por las partes – el negocio medio adoptado – sin perjuicio de ser aplicables las reglas materiales de la donación, ya que la ley las ha considerado en razón del resultado práctico conseguido⁶⁶⁶.

Como consecuencia de lo anterior, Susana Espada plantea que el derecho del beneficiario en el seguro de vida puro encuentra su fundamento en la figura de la estipulación a favor de tercero, aunque reconoce que se trata de una estipulación *sui generis*, debido a que la normativa específica (art. 516 del Código de Comercio) permite que no se requiera la aceptación del beneficiario como requisito para la perfección de su nombramiento⁶⁶⁷. De esta manera, sostiene que debe distinguirse entre el capital y la prima, ya que aquél pertenece al beneficiario y no genera problemas desde el punto de vista sucesorio; en cambio, el pago de las primas representa una disminución patrimonial del asegurado, por lo que el pago de las mismas puede ser determinante para generar una posible lesión a los derechos de los legitimarios⁶⁶⁸. De esta manera, el pago de las primas sería una forma de donación indirecta y, siguiendo la línea de pensamiento de Ortega Pardo, debiera sostenerse que, en cuanto a la forma, no es necesario someterse a las reglas del contrato de donación irrevocable, por lo que no sería necesario cumplir con el trámite de la insinuación; en cambio, tratándose de las leyes de fondo, serían aplicables las reglas del contrato de donación entre vivos, por lo que el pago de las primas, al ser donaciones irrevocables, debieran ser consideradas como donaciones colacionables, generando los acervos imaginarios⁶⁶⁹.

Sin embargo, Ascarelli entiende que el *negotium mixtum cum donatione* constituye un negocio único: un negocio indirecto y no un contrato mixto. La causa del *negotium mixtum cum donatione* no es ni más ni menos que la donación; aunque éste sea el motivo por el cual a veces prevalece en la voluntad de las partes, pero siempre y solamente aquella del negocio adoptado. En efecto, estamos frente a un negocio oneroso en el que la liberalidad resulta indirectamente, pero estamos frente a un caso en que la onerosidad del negocio es parcial. Por tanto, las reglas aplicables al *negotium mixtum cum donatione* son las del negocio indirecto y no las del contrato mixto⁶⁷⁰.

En Chile, estimamos que tiene cabida la noción de *negotium mixtum cum donatione* – que es una figura jurídica distinta de la estipulación a favor de otro – toda vez que el legislador civil, sin mencionarlo expresamente, ha reconocido su existencia a partir de la reglamentación que ha hecho a ciertas figuras jurídicas, en particular, a propósito de la donación remuneratoria.

En primer lugar, el artículo 1.434 de nuestro Código Civil, establece que la donación remuneratoria, hasta el valor de los servicios prestados, no es rescindible ni revocable, lo que se justifica por cuanto el legislador la ha considerado como un pago y no como una donación, por lo que no procede aplicarle las reglas de la donación entre vivos; en cambio, en lo que la donación remuneratoria excede el valor de los servicios prestados, debe ser insinuada, porque no es pago, sino donación. En esta disposición se advierte claramente que el legislador ha establecido, para un solo acto, una doble reglamentación, pues la mira como un acto mixto con donación.

En segundo lugar, el artículo 1.738 del mismo cuerpo legal reglamenta la suerte que corre una donación remuneratoria hecha los cónyuges casados bajo régimen de sociedad conyugal. Si se trata de un inmueble, solo ingresa al haber absoluto de la sociedad conyugal la parte que daba acción,

⁶⁶⁵ Sanciónena Asurmendi, Camino, “Negocio Mixto con Donación”. En *Tratado de las Liberalidades*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017, cfr. p. 683.

⁶⁶⁶ Ortega Pardo, op. cit., cfr. p. 980.

⁶⁶⁷ Espada Mallorquín, Susana, “El Seguro de Vida y los Derechos Legitimarios”. En *Estudios de Derecho Civil XI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción, 2015*. Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 115.

⁶⁶⁸ Ídem, cfr. pp. 117 – 118.

⁶⁶⁹ Ídem, cfr. pp. 121 – 126.

⁶⁷⁰ Ascarelli, op. cit., cfr. pp. 17 – 20 (traducción libre). [Última consulta 25 de junio de 2018].

pues se considera producto del trabajo; pero la parte que no da acción ingresa al haber propio del cónyuge donatario, pues se trata de una adquisición a título oneroso. En cambio, si se trata de un bien mueble, la cosa donada ingresará al haber social, pero solo dará recompensa al cónyuge donatario en la parte en que los servicios prestados no daban acción contra el donante, pues se entiende que en la parte que dan acción es producto del trabajo y, consecuentemente, ingresa al haber absoluto sin generar recompensa alguna. Nuevamente se advierte que, a un mismo acto, el legislador da un tratamiento jurídico distinto, al considerarlo como un acto mixto con donación.

En tercer lugar, y siguiendo la misma línea, el artículo 1.792 – 9 del mismo código se refiere a la donación remuneratoria a propósito de la determinación de los patrimonios originario y final en un régimen de participación en los gananciales. Esta disposición, en su parte final, señala que no se incorporan al patrimonio originario – y por ende se entiende que se incorporan al patrimonio final – las donaciones remuneratorias por servicios que hubieren dado acción contra la persona servida, es decir, las donaciones remuneratorias, en la parte que dan acción en contra de quien se favorece con el servicio prestado, se consideran producto del trabajo y, consecuentemente, verdaderos gananciales; de ahí que se incorporan al patrimonio final. Esta disposición no señala qué ocurre con las donaciones remuneratorias en la parte que no dan acción; creemos que resulta aplicable la misma solución dada en el artículo 1.738 del Código Civil ya mencionado, de manera que habría que entender que, en la parte en que la donación remuneratoria no da acción, esto es, en la parte en que el valor del bien donado excede del valor de los servicios prestados, la donación se entiende completamente gratuita y, consecuentemente, debiera agregarse al patrimonio originario, conforme lo dispone el artículo 1.792 – 7 inciso 2º del mismo cuerpo legal.

Un cuarto argumento que permite sostener la autonomía de la estipulación a favor de otro corresponde a la reglamentación de esta figura, establecida por el legislador, en el Código Civil chileno. En nuestro concepto, resulta ser indiciario de la autonomía de la estipulación a favor de otro el hecho que el legislador la hubiese regulado en el artículo 1.449 del Código Civil chileno, esto es, en el Título II del Libro IV, a propósito de los actos y declaraciones de voluntad en general, y no a propósito de algún contrato en particular y, por otro lado, los términos empleados por don Andrés Bello en la redacción de la referida disposición legal.

En efecto, por una parte, el hecho de reglamentar esta figura a propósito de los actos y declaraciones de voluntad en general, da a entender que se trata de una estipulación que se puede incorporar a cualquier contrato que pueda ser compatible con esta figura⁶⁷¹. Por otra parte, la amplitud de los términos empleados por el artículo 1.449 del Código Civil chileno, al señalar que “cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona”, da a entender que se trata de una estipulación que se puede incorporar a cualquier contrato en que se pretenda beneficiar a un tercero distinto de los contratantes. De ahí que nuestros tribunales hayan reconocido la validez de la estipulación a favor de otro incorporada a distintos contratos, como el caso del que compra para otro⁶⁷²; la donación en que varias personas se comprometen a favor de un tercero⁶⁷³, o de la cláusula por la cual el nuevo concesionario de un casino se obliga a mantener los mismos empleados y a respetar sus derechos⁶⁷⁴.

⁶⁷¹ Entendida en estos términos, la estipulación a favor de otro sería una verdadera modalidad, esto es, una estipulación a través de la cual el autor o las partes alteran la forma en la que se despliegan los efectos del acto jurídico. Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 630, cuestión en la que no profundizaremos en el presente trabajo, toda vez que excede de los propósitos de esta tesis, sin perjuicio de dejar su estudio para una próxima investigación.

⁶⁷² Repertorio, T. V, cfr. pp. 62 – 64.

⁶⁷³ Repertorio, T. V, cfr. p. 65.

⁶⁷⁴ Repertorio, T. V, cfr. p. 65. En este caso, la Corte Suprema señaló que esta cláusula debe tenerse por aceptada por los trabajadores al pretender seguir trabajando para el nuevo empleador y, en forma expresa, al reclamar ante la Inspección del Trabajo, por lo que dicha cláusula se ha tornado irrevocable para las partes. Como consecuencia de lo anterior, el nuevo empleador se encuentra obligado a respetar lo pactada y, si no contrata a

Esta forma de razonar no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico civil, pues es similar a lo que ocurre a propósito del contrato de promesa de celebrar otro contrato. En efecto, dicho contrato está regulado en el artículo 1.554 del Código del ramo y sus términos presentan la misma amplitud: “la promesa de celebrar un contrato”, lo que ha llevado a la doctrina nacional a sostener que se puede celebrar un contrato de promesa de celebrar cualquier otro contrato⁶⁷⁵.

Un quinto argumento para sostener la autonomía de la estipulación a favor de otro corresponde a la reglamentación separada que hizo de ella el legislador. En nuestro concepto, el hecho que el legislador haya reglamentado de manera separada a la estipulación a favor de otro demuestra su intención de considerarla como una figura autónoma. En efecto, si la estipulación fuese una figura instrumental, no tendría sentido darle una reglamentación separada, toda vez que hubiese bastado con la reglamentación del o de los contratos que pudiesen ser explicados a través de esta figura. En otras palabras, el legislador no reglamenta una figura jurídica en forma separada para simplemente explicar otras instituciones, ya que ello es una labor de la doctrina; pero el legislador reglamenta una institución cuando su intención es que la misma sea aplicada por los sujetos imperados por el correspondiente ordenamiento jurídico.

3.2 La renuncia.

3.2.1 Noción.

En Francia Grayot – Dirx ha entendido la renuncia como el acto de disposición por el cual una persona, abandonando voluntariamente un derecho ya nacido en su patrimonio, extingue ese derecho, o se prohíbe hacer valer un medio de defensa o de acción⁶⁷⁶.

En Chile, Martínez Bustos la ha definido como “un acto de voluntad unilateral de su titular y abdicativa, que extingue irrevocablemente un derecho, sin transferir a un tercero en especial este derecho o facultad que le pertenece o debe pertenecerle en el futuro o impide que ese derecho nazca⁶⁷⁷”; mientras que para Alessandri y Somarriva es una declaración unilateral de un derecho subjetivo por la cual su titular se despoja de éste, sin traspasarlo a otro sujeto, de manera que constituye la causa de extinción de un derecho subjetivo por la sola voluntad de su titular⁶⁷⁸.

tales trabajadores, incurre en un incumplimiento de la obligación contraída, configurándose un caso de despido injustificado, por lo que resulta obligado a pagar las indemnizaciones legales.

⁶⁷⁵ En este sentido, Alessandri plantea que el Código Civil chileno se apartó de su modelo francés, el cual reglamentó solamente la promesa de compraventa, mientras que el código chileno trató la promesa de contrato en general. Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, 2 vols., Soc. Imprenta Litográfica Barcelona, Santiago, 1918, t. II, cfr. p. 1.184. En el mismo sentido Meza, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 34; Abeliuk Manasevich, René, *Contrato de Promesa, de Opción y otros Acuerdos Previos*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª ed., 2012, cfr. p. 31; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte Especial: De los Contratos Principales en Particular*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 379; Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, op. cit., cfr. p. 80; Troncoso Larronde; Álvarez Cid, op. cit., pp. 67 – 68.

⁶⁷⁶ Grayot – Dirx, Stéphanie, « Réflexion (Processuelles) sur la Renonciation », en *Mélanges Offererts au Professeur Pascale Bloch*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2016, cfr. p. 263 (traducción libre).

⁶⁷⁷ Martínez Bustos, Germán, *Ensayo de una Teoría General sobre la Renuncia de los Derechos*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Talleres Gráficos Samaniego, 1940, cfr. p. 70.

⁶⁷⁸ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cits., t. I, cfr. p. 344.

3.2.2 Requisitos.

La reglamentación de la renuncia en el Código Civil chileno es bastante escueta y no se encuentra organizada de manera orgánica. De esta manera, encontramos que en el artículo 12 de dicho cuerpo legal se enuncia que pueden renunciarse los derechos que miran al interés individual del renunciante, de lo que se desprende que no cabe la renuncia cuando en ésta aparece comprometido el interés de un tercero; y la renuncia no debe estar prohibida por la ley⁶⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, a lo largo del Código Civil es posible encontrar diversas disposiciones en que el legislador permite expresamente renunciar a ciertos derechos⁶⁸⁰, lo que no deja de llamar la atención, pues cabe preguntarse si ello tiene alguna justificación, o bastaba con la reglamentación dada en el artículo 12 del mismo cuerpo legal.

Hernán Corral interpreta este artículo 12, en el sentido que contiene una regla general: los derechos establecidos por la ley se pueden renunciar, de manera que la irrenunciabilidad constituye una situación de excepción que solo se da en los dos casos a que alude la misma disposición: no pueden renunciarse los derechos que no miran al interés individual del renunciante, esto es, derechos en que hay un interés colectivo⁶⁸¹, o está comprometido el interés de un tercero o de la sociedad en general⁶⁸²; así como tampoco pueden renunciarse los derechos cuya renuncia prohíbe la ley⁶⁸³.

Sin embargo, a partir de los demás casos en los que el Código Civil hace referencia a la renuncia de un derecho y que se examinarán a continuación, estimamos que los requisitos a que alude el artículo 12 del mismo cuerpo legal, deben conjugarse de una manera distinta: para saber si procede o no la renuncia de un derecho, debemos fijarnos en primer lugar si dicha renuncia está prohibida o permitida, ya que, en diferentes disposiciones, el legislador se ha pronunciado directamente respecto del tema, en algunos casos para permitir la renuncia y en otros para prohibirla. En consecuencia, solo en los casos en que el legislador ha guardado silencio, cabe aplicar el otro criterio que establece la misma disposición y, si se trata de un caso en el que el legislador no ha dicho nada, es decir, no se ha pronunciado respecto de si la renuncia está permitida o prohibida, debemos examinar si dicha en dicha renuncia está comprometido o no solamente el interés del renunciante; si la respuesta es afirmativa, esto es, si solo está comprometido el interés individual del renunciante, el silencio del legislador debe llevarnos a la conclusión que la renuncia está permitida; por el contrario, si al examinar el caso de que se trata se advierte que en la renuncia no está comprometido solamente el interés del renunciante, sino que también aparece comprometido el interés de un tercero o de la sociedad en general, entonces, tal renuncia estará prohibida.

3.2.3 Disposiciones del Código Civil que hacen referencia a la renuncia.

Cobra interés examinar las disposiciones del Código Civil chileno que hacen referencia a la renuncia, pues, como se verá, tales disposiciones permiten, por una parte, demostrar que se trata de un tipo de liberalidad distinta del contrato de donación y, por otra, comprobar que son perfectamente compatibles con la interpretación que se propone.

⁶⁷⁹ Cabe tener presente que, en cuanto a la causa, se ha sostenido que la renuncia, en cuanto acto jurídico, es abstracto, pues vale por sí misma, prescindiendo de los fines o móviles del autor de la renuncia. *Ibidem*.

⁶⁸⁰ *Ídem*, cfr. p. 345.

⁶⁸¹ *Ibidem*.

⁶⁸² Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 105.

⁶⁸³ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil*. Partes Preliminar y General, op. et ed. cits., t. I, cfr. p. 345. En el mismo sentido, Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 105; Martínez, op. cit., cfr. p. 124.

3.2.3.1 Artículo 12 del Código Civil.

Esta disposición señala que *“Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”*.

Alessandri y Somarriva explican que esta disposición debe interpretarse en el sentido que la renuncia comprende a todos los derechos que directa o indirectamente encuentran su origen en la ley, por lo que también sería aplicable a los derechos que nacen de la voluntad de los particulares; asimismo, se aplicaría tanto a los derechos actuales como a los derechos futuros⁶⁸⁴.

Hernán Corral explica que la renuncia de un derecho es una manifestación de la autonomía privada⁶⁸⁵ y, por lo mismo, dado que este principio no es absoluto, tampoco lo es la posibilidad de renunciar a ciertos derechos; de ahí que, en su concepto, dicha facultad admite dos excepciones: si el derecho no mira al interés individual del renunciante, sino que mira también al interés de un tercero o al de toda la sociedad, y si la ley prohíbe la renuncia⁶⁸⁶. En este sentido, cabe tener presente que existen casos específicos en los que el legislador ha prohibido la renuncia de ciertos derechos, no obstante mirar al solo interés individual del renunciante, como ocurre en el artículo 153 del Código Civil chileno, que prohíbe a la mujer renunciar, en las capitulaciones matrimoniales, a la facultad de pedir la separación de bienes⁶⁸⁷.

En nuestro concepto, la interpretación que debe darse al artículo 12 del Código Civil es la que ya hemos enunciado en el acápite precedente. En consecuencia, los casos que se mencionan a continuación se refieren al primer criterio que contempla esta disposición para saber si la renuncia está permitida o prohibida, esto es, la decisión expresa del legislador; de manera que el segundo criterio, esto es, si la renuncia mira exclusivamente o no al interés individual del renunciante, solo se aplicará en los casos en que el legislador no se haya pronunciado expresamente.

3.2.3.2 Artículo 150 del Código Civil.

Esta disposición consagra el denominado patrimonio reservado de la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, y su inciso 7º establece que *“Disuelta la sociedad conyugal, los bienes a que este artículo se refiere entrarán en la partición de los gananciales; a menos que la mujer o sus herederos renunciaren a estos últimos, en cuyo caso el marido no responderá por las obligaciones contraídas por la mujer en su administración separada”*.

En consecuencia, de acuerdo con esta disposición, la mujer o sus herederos pueden renunciar a los gananciales, con lo cual conservan este patrimonio reservado, ya que los bienes que lo integran no se colacionarán con los gananciales⁶⁸⁸, es decir, la mujer o sus herederos pasan a ser dueños definitivos de estos bienes⁶⁸⁹ y el marido no responderá de las deudas contraídas por la mujer en

⁶⁸⁴ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cit., t. I, cfr. p. 343.

⁶⁸⁵ Conforme se examinó, no compartimos este razonamiento. Sin duda la renuncia precisa de la voluntad del renunciante, toda vez que la renuncia es un acto jurídico, pero, en nuestro concepto, ello es insuficiente para que pueda considerarse que es una manifestación de la autonomía privada, debido a que el titular del derecho que renuncia no decide el destino de ese derecho, sino que se limita a eliminarlo de su patrimonio. Vid. *Supra*. Cap. II, 2.5.

⁶⁸⁶ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 105.

⁶⁸⁷ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cit., t. I, cfr. p. 345.

⁶⁸⁸ Aedo Barrena, Cristián; Mondaca Miranda, Alexis, “Régimen Económico del Matrimonio”, en Del Picó Rubio, Jorge (Director), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2016, pp. 241 – 417, cfr. p. 378.

⁶⁸⁹ López Díaz, op. cit., cfr. p. 445.

relación con el mismo, porque no tendrá parte alguna en dichos bienes⁶⁹⁰, aunque, excepcionalmente sí responderá cuando el contrato celebrado por la mujer ceda en beneficio de él o de la familia común⁶⁹¹; los acreedores de la mujer pueden hacer efectivos sus créditos en el patrimonio reservado, en los patrimonios especiales de los artículos 166 y 167 del Código Civil y en los bienes propios de la mujer⁶⁹². Esta solución que da la ley ha sido calificada de “justa”, pues el producto del trabajo del marido y las adquisiciones a título oneroso que él hubiese hecho, además de los frutos de uno y otras, ingresan al haber absoluto de la sociedad conyugal⁶⁹³.

La Corte de Apelaciones de Valdivia, en un fallo de 31 de octubre de 1927, sostuvo que la renuncia a los gananciales no es donación, pues no hay transferencia de bienes del donante al donatario⁶⁹⁴. Alejandro Guzmán, si bien comparte la idea en orden a que no hay donación, cuestiona el razonamiento de la Corte. A su juicio no es exacto sostener que no hay donación porque no hay transferencia de dominio, toda vez que en la remisión gratuita estaríamos frente a una donación en la que no hay transferencia de bienes; la razón por la que no habría donación es porque la mujer, cuando renuncia a los gananciales, no se hace más pobre por no adquirir gananciales, ni nada gasta de su patrimonio⁶⁹⁵. Por cierto, no compartimos la opinión de Guzmán y sí la de la Corte de Valdivia; en efecto, coincidimos con que no hay donación en la renuncia a los gananciales, toda vez que no hay desplazamiento patrimonial: nadie se enriquece ni nadie se empobrece como consecuencia de esta renuncia; por otro lado, el caso de la remisión gratuita, como lo señalamos, en nuestro concepto no es donación, pues no se encuadra en la definición del artículo 1.386 del Código Civil; además, si el legislador tuvo que decir expresamente que se sometía a las reglas de la donación, fue, precisamente, porque no la consideró como tal.

3.2.3.3 Artículo 153 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito de la separación de bienes y señala que “*La mujer no podrá renunciar en las capitulaciones matrimoniales la facultad de pedir la separación de bienes a que le dan derecho las leyes*”.

Éste es uno de los casos en los que la ley prohíbe la renuncia, en este caso, a pedir la separación de bienes. En consecuencia, la facultad de pedir la separación judicial de bienes sería de orden público⁶⁹⁶.

Alessandri y Somarriva explican que el fundamento de esta disposición se encuentra en que tal renuncia podría ser imprudente, considerando a su esposo y no previendo los hechos que pueden constituir las causas de la separación judicial de bienes, de manera que, llegado el momento en que necesitase demandar la separación judicial de bienes, no pudiese hacerlo por la renuncia hecha antes del matrimonio; por otro lado, una renuncia de esta naturaleza daría al marido armas para delinquir, toda vez que una descuidada o torcida administración de los bienes de la mujer no la causaría temor alguno⁶⁹⁷.

Por otro lado, se ha sostenido que, pese a que la disposición se refiere a la renuncia previa que podría hacer la mujer, se entiende que la prohibición comprende toda renuncia hecha en cualquier

⁶⁹⁰ Troncoso Larronde, Hernán, *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, 16ª ed., 2017, cfr. p. 206.

⁶⁹¹ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 210.

⁶⁹² Lepin Molina, Cristián, *Derecho Familiar Chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2017, cfr. p. 223.

⁶⁹³ Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 231.

⁶⁹⁴ Repertorio, IV, cfr. pp. 492 – 493.

⁶⁹⁵ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, op. cit., cfr. p. 74.

⁶⁹⁶ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 229.

⁶⁹⁷ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cits., t. I, cfr. pp. 345 – 346.

oportunidad⁶⁹⁸.

En caso de contravenirse esta disposición, la estipulación adolecería de objeto ilícito y, por tanto, de nulidad absoluta. Cabe tener presente que solo sería anulable la estipulación prohibida y no la capitulación completa, por lo que se trataría de un caso de nulidad parcial⁶⁹⁹.

3.2.3.4 Artículo 195 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito de las acciones de filiación. Su inciso 2º establece que *“El derecho de reclamar la filiación es imprescriptible e irrenunciable. Sin embargo, sus efectos patrimoniales quedan sometidos a las reglas generales de prescripción y renuncia”*.

Como puede observarse, este artículo consagra otro caso de irrenunciabilidad, en este caso, a reclamar la filiación, ya que se considera que estas acciones son de orden público⁷⁰⁰ y, por tanto, la ley prohíbe declinarlas anticipadamente⁷⁰¹; de ahí se ha sostenido que, en general, las acciones de filiación son indisponibles, quedando fuera del ámbito de la autonomía privada⁷⁰². Sin perjuicio de lo anterior, los efectos patrimoniales de la filiación determinada sí quedan sujetos a las reglas generales en materia de renuncia.

Con todo, se ha advertido que, una vez interpuesta la acción, sí es posible que opere el desistimiento como forma de poner término al juicio, operando el efecto de la cosa juzgada. Lo anterior se explica por cuanto irrenunciabilidad y desistimiento son figuras jurídicas diferentes⁷⁰³.

3.2.3.5 Artículo 334 del Código Civil.

Esta disposición, ubicada a propósito del derecho de alimentos, señala que *“El derecho de pedir alimentos no puede transmitirse por causa de muerte, ni venderse o cederse de modo alguno, ni renunciarse”*.

Tal como ocurre en los casos anteriores, establece una prohibición de renunciar al referido derecho. El fundamento de esta prohibición a la renuncia se encontraría en que, en materia de alimentos, está comprometido el interés general de la sociedad. En efecto, por una parte ella tiene interés en la conservación de la vida de sus miembros⁷⁰⁴ y, por otra, de aceptarse la renuncia, ello implicaría liberar a las personas que están obligadas a proporcionarle alimentos en virtud de la ley y por lo mismo, desplazar tal obligación a otras entidades, sean públicas o privadas, que se encuentren encargadas de socorrer a los desvalidos, careciendo el alimentario de ese derecho, pues tal actitud equivaldría a mermar la ayuda que dichas entidades dan a las personas que no carecen de familiares a quien poder reclamarla⁷⁰⁵.

Con todo, conforme se verá de inmediato, el carácter irrenunciable solo se predica de los alimentos futuros, mas no de las pensiones alimenticias atrasadas.

⁶⁹⁸ Lepin Molina, op. cit., cfr. p. 254.

⁶⁹⁹ Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 155.

⁷⁰⁰ Rodríguez Pinto, María Sara, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017, cfr. p. 269.

⁷⁰¹ López Díaz, op. cit., cfr. p. 510.

⁷⁰² Green Bobadilla, Nel, *Filiación. Derechos Humanos Fundamentales y Problemas de su Actual Normativa*, Santiago, Librotecnia, 2014, cfr. p. 159.

⁷⁰³ López Díaz, op. cit., cfr. p. 510.

⁷⁰⁴ De ahí que se haya sostenido que, de no existir esta disposición, debiéramos llegar a la misma conclusión, pues renunciar anticipadamente a los alimentos sería equivalente a renunciar a la vida. Lepin Molina, op. cit., cfr. p. 371.

⁷⁰⁵ Vodanovic Haklicka, *Derecho de Alimentos*, op. cit., cfr. p. 188.

3.2.3.6 Artículo 336 del Código Civil.

Esta disposición constituye una excepción al artículo 334 del Código Civil ya citado, al decir que *“No obstante lo dispuesto en los dos artículos precedentes, las pensiones alimenticias atrasadas podrán renunciarse o compensarse; y el derecho de demandarlas transmitirse por causa de muerte, venderse y cederse; sin perjuicio de la prescripción que competa al deudor”*.

Esto quiere decir que, si bien el derecho de alimentos es irrenunciable, las pensiones alimenticias ya devengadas y no pagadas sí pueden renunciarse; la razón de ello se encuentra en que los alimentos tienen por finalidad asegurar la subsistencia, mientras que las pensiones atrasadas no tienen tal objeto, ya que la persona ha podido subsistir sin ellas, de manera que han pasado a ser una obligación como cualquiera otra⁷⁰⁶; en consecuencia, si los alimentos no fueron pagados y el alimentario ha subsistido, el legislador no ve inconvenientes para que los alimentos pasados sean susceptibles de renuncia⁷⁰⁷.

Sin perjuicio de lo señalado, Vodanovic advierte que si, durante el tiempo que media entre el momento en que la obligación se hace exigible y la oportunidad en que paga el alimentante, el alimentario se ha constituido como deudor de un tercero para poder subsistir durante dicho lapso, y aquél quisiese renunciar a las pensiones, el referido tercero podría impedir tal renuncia y subrogarse en los derechos del alimentario, con el propósito de cobrar por sí misma el pago de sus créditos⁷⁰⁸.

3.2.3.7 Artículo 628 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito del modo de adquirir ocupación y se relaciona con el artículo anterior. En efecto, el artículo 627 CC parte de la base que cualquiera persona puede pedir permiso al dueño de un predio o de un edificio para cavar en él y sacar dinero o alhajas que le pertenezcan y que estén escondidos en el mismo. Si señala el paraje donde está escondido el dinero o alhajas y diere seguridad de que probará su dominio y de que abonará todo perjuicio al dueño del predio o edificio, éste no podrá negar su autorización ni oponerse.

El artículo 628 CC plantea que si el tercero que ha solicitado el permiso para cavar y sacar dinero o alhajas del predio o edificio no logra probar su dominio sobre tales bienes, serán considerados como bienes perdidos o tesoros encontrados en terreno ajeno, según los antecedentes y señales; y el inciso 2º de esta disposición establece que, *“en este segundo caso, deducidos los costos, se dividirá el tesoro por partes iguales entre el denunciador y el dueño del suelo; pero no podrá éste pedir indemnización de perjuicios, a menos de renunciar su porción”*; es decir, si se considera como tesoro encontrado en terreno ajeno, se dividirá dicho tesoro en partes iguales entre el denunciador y el dueño del predio o edificio, sin que este último pueda demandar indemnización de perjuicios, a menos que renuncie a su porción, pues, en tal caso, sí podrá reclamar la indemnización correspondiente.

Alessandri et al. agregan que, si de los antecedentes y señales se desprende que se trata de especies al parecer perdidas, se aplicarán las reglas de tales especies⁷⁰⁹, contempladas en los artículos 629 y ss. de nuestro Código Civil.

⁷⁰⁶ Abeliuk Manasevich, René, *La Filiación y sus Efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, t. I, cfr. p. 400.

⁷⁰⁷ Troncoso Larronde, *Derecho de Familia*, op. cit., cfr. p. 353.

⁷⁰⁸ Vodanovic Haklicka, *Derecho de Alimentos*, op. cit., cfr. p. 202.

⁷⁰⁹ Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 158.

3.2.3.8 Artículo 763 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito de las formas de extinguir la propiedad fiduciaria. El numeral 4º de este artículo señala “*Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los substitutos*”.

Daniel Peñailillo nos advierte que para que el fideicomisario pueda renunciar al fideicomiso, es necesario que previamente lo haya aceptado, toda vez que es perfectamente posible que dicho fideicomisario ignore su calidad de tal (ya que, incluso, puede ser nombrado fideicomisario la persona que se espera que exista), y, dado que nadie puede adquirir derechos sin su voluntad, mientras no acepte, no necesita renunciar⁷¹⁰.

Alessandri et al. explican que tal renuncia mira al interés individual del fideicomisario, por lo que se cumple con el requisito establecido en el artículo 12 de nuestro Código Civil; con todo, tal renuncia no afecta a los substitutos⁷¹¹.

Rodrigo Barcia agrega que, en la práctica, se debe cancelar la inscripción en la que consta la constitución de la propiedad fiduciaria, de manera que la renuncia debe proceder de una escritura pública⁷¹².

3.2.3.9 Artículo 806 del Código Civil.

Esta disposición se refiere a las causales de extinción del derecho de usufructo y su inciso final contempla la renuncia del usufructuario. En virtud de lo dispuesto en el artículo 812 de nuestro Código Civil, lo mismo resulta aplicable a los derechos de uso y habitación.

Esta renuncia también cumpliría con los requisitos establecidos en el artículo 12 del mismo cuerpo legal⁷¹³.

3.2.3.10 Artículo 885 del Código Civil.

Esta disposición menciona las causales de extinción de las servidumbres activas y su numeral 4º se refiere a la renuncia del dueño del predio dominante, esto es, un acto jurídico unilateral en virtud del cual “el dueño del predio dominante manifiesta su voluntad de desprenderse del derecho real de servidumbre; pudiendo ser expresa o tácita, pero – en este último caso – los hechos a partir de los cuales se deduce la intención de renunciar deber ser inequívocos; con todo, si la servidumbre estaba inscrita, la renuncia requiere de escritura pública inscrita⁷¹⁴, por lo que solo se admitiría una renuncia expresa. Lo anterior resulta lógico, ya que esta renuncia mira al interés individual del renunciante y, por lo tanto, tiene su fundamento en el artículo 12 del mismo cuerpo legal⁷¹⁵.

Alessandri et al. agregan que la renuncia puede ser expresa o tácita, pero, en caso de duda, debe entenderse que no hay renuncia, pues ésta no se presume⁷¹⁶.

⁷¹⁰ Peñailillo Arévalo, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, op. cit., cfr. p. 1.121.

⁷¹¹ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 123.

⁷¹² Barcia Lehmann, *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. De los Bienes, op. cit., cfr. p. 168.

⁷¹³ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 163.

⁷¹⁴ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 529.

⁷¹⁵ Peñailillo Arévalo, *Los Bienes*, op. cit., cfr. p. 1.321.

⁷¹⁶ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 137.

3.2.3.11 Artículo 1.487 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito de las obligaciones condicionales y señala que *“Cumplida la condición resolutoria, deberá restituirse lo que se hubiere recibido bajo tal condición, a menos que ésta haya sido puesta a favor del acreedor exclusivamente, en cuyo caso podrá éste, si quiere, renunciarla; pero será obligado a declarar su determinación, si el deudor lo exigiere”*.

Esta disposición ha servido para sostener que la resolución opera, en nuestro país, con efecto retroactivo, esto es que, por regla general – producida la resolución – las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se encontrarían si no hubiesen celebrado dicho acto o contrato⁷¹⁷; en otras palabras, se considera que el acto o contrato no ha existido jamás, lo que justifica que las cosas deban ser restituidas a sus dueños, como si éstos jamás hubiesen perdido la calidad de tales; es decir, se extinguen los efectos del acto jurídico, esto es, se pierden los derechos adquiridos en virtud de dicho acto o contrato⁷¹⁸, procediéndose como si nunca hubiese existido el estado de pendencia⁷¹⁹.

Ahora bien, si el cumplimiento de la condición resolutoria solo beneficia al acreedor, éste podrá renunciarla, esto es, renunciar a exigir el crédito que se le debía condicionalmente, lo cual resulta evidente, pues solo a él aprovechaba la restitución, de manera que el derecho a pedirla miraba a su interés particular, razón por la cual se justifica la posibilidad de renunciarlo, de conformidad con la regla establecida en el artículo 12 del Código Civil⁷²⁰. En tal caso, como puede generarse incertidumbre respecto a si habrá de producirse o no la restitución, el acreedor podrá ser obligado a declarar si renuncia o no, si el deudor así lo exige.

3.2.3.12 Artículo 1.497 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito de las obligaciones a plazo. Su inciso 1° establece que *“El deudor puede renunciar el plazo, a menos que el testador haya dispuesto o las partes estipulado lo contrario, o que la anticipación del pago acarree al acreedor un perjuicio que por medio del plazo se propuso manifestamente evitar”*.

Este artículo dispone, como regla general, que el deudor puede renunciar al plazo, esto es, puede pagar anticipadamente a su acreedor, pues tal renuncia cumple con los requisitos señalados en el artículo 12 del mismo código, esto es, que mira al interés individual del deudor que renuncia y la misma no está prohibida por la ley; en efecto, se entiende que – dado que el plazo constituye un obstáculo para la exigibilidad de la obligación – es un beneficio para el deudor y por eso puede renunciarlo⁷²¹. Con todo, tal renuncia se encuentra limitada en los casos en que el testador o las partes hayan establecido lo contrario, prevaleciendo, entonces, la autonomía privada, o si tal renuncia puede perjudicar al acreedor, lo que ocurrirá cuando el plazo haya sido establecido en beneficio de ambas partes⁷²², pues, en este último caso, no está mirando al interés individual del deudor renunciante; sin perjuicio de lo cual, ambas partes, actuando de común acuerdo, puedan establecer que, en tal caso, el

⁷¹⁷ Meza Barros, *Manual de Derecho Civil*. De las Obligaciones, op. cit., cfr. p. 47.

⁷¹⁸ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Obligaciones, op. cit., cfr. pp. 215 – 216.

⁷¹⁹ Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, op., vol. et ed. cit., cfr. p.627.

⁷²⁰ Meza Barros, *Manual de Derecho Civil*. De las Obligaciones, op. cit., cfr. p. 48.

⁷²¹ Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones*. La Resolución por Incumplimiento, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, cfr. p. 484.

⁷²² Court Murasso, Eduardo; Wegner Astudillo, Veronika, *Derecho de las Obligaciones*. Las Obligaciones en General y sus Clases. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia, Thomson Reuters, Santiago, 2013, cfr. p. 234.

deudor pueda pagar anticipadamente⁷²³.

Aunque el artículo 1.497 del Código Civil no lo dice expresamente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 12 del mismo cuerpo legal, debe entenderse que, si el plazo ha sido estipulado en beneficio exclusivo del acreedor, como ocurre en el contrato de depósito, nada obsta a que dicho acreedor, por ejemplo, el depositante, pueda renunciar al plazo⁷²⁴.

3.2.3.13 Artículo 1.516 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito de las obligaciones solidarias y establece que “*El acreedor puede renunciar expresa o tácitamente la solidaridad respecto de uno de los deudores solidarios o respecto de todos*”. Es decir, este artículo establece la renuncia como una de las formas de poner término a la solidaridad, toda vez que la renuncia a la solidaridad “es consentir en la división de la deuda”⁷²⁵, de manera que la obligación se transforma en simplemente conjunta, lo que sería acorde a lo dispuesto en el artículo 12 del mismo código, ya que la solidaridad es un beneficio que mira al interés individual del acreedor que renuncia⁷²⁶; con todo, en rigor ello dependerá de la extensión de la renuncia, pues la obligación solo se transformará en simplemente conjunta si la renuncia a la solidaridad es total, pero si es parcial, el acreedor solo se desprende de su derecho a cobrar el total de la deuda a uno o a algunos codeudores, subsistiendo la obligación como solidaria respecto de los demás⁷²⁷. A mayor abundamiento, si el acreedor puede renunciar al crédito, con mayor razón podrá renunciar a la solidaridad, pues, quien puede lo más puede lo menos⁷²⁸. Cabe tener presente que se puede renunciar a la solidaridad cualquiera que sea su fuente, incluso la solidaridad legal, toda vez que el legislador no ha distinguido, por lo que no corresponde al intérprete distinguir⁷²⁹.

Esta disposición señala, además, que la renuncia puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se haga en términos formales, explícitos y directos, aunque sin que sea necesario el empleo de fórmulas sacramentales: lo único que basta es que aparezca la intención del acreedor de dividir la deuda. En cambio, la renuncia tácita corresponde a una conducta del deudor a partir de la cual se puede deducir inequívocamente su intención de renunciar a los derechos que le confiere la solidaridad y se encuentra reglamentada en el inciso segundo de esta disposición⁷³⁰.

Su inciso segundo agrega que “*La renuncia tácitamente en favor de uno de ellos, cuando le ha exigido o reconocido el pago de su parte o cuota de la deuda, expresándolo así en la demanda o en la carta de pago, sin la reserva especial de la solidaridad, o sin la reserva general de sus derechos*”. En esta parte, la disposición está reglamentando la forma como se renuncia parcial y tácitamente la solidaridad por parte del acreedor, de manera que el acreedor no podrá cobrar el total de la deuda a cuyo favor renunció a la solidaridad⁷³¹. Ello ocurre en dos casos: el primero, cuando ha

⁷²³ Alessandri R., Arturo; Somarriva U., Manuel; Vodanovic H., Antonio, *Tratado de las Obligaciones. Volumen de las Obligaciones en General y sus Diversas Clases*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 3ª ed., T. I, 2016, cfr. p. 306.

⁷²⁴ Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 231.

⁷²⁵ Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 290. En un sentido similar, Ramos Pazos la define señalando que es “el acto en cuya virtud el acreedor prescinde de su derecho a cobrar el total de la obligación sea respecto de todos los deudores (renuncia absoluta), sea respecto de alguno o algunos de los deudores (renuncia relativa)”. Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., p. 104.

⁷²⁶ Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 290.

⁷²⁷ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 144.

⁷²⁸ Peñailillo Arévalo, *Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 301.

⁷²⁹ Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 106.

⁷³⁰ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 143.

⁷³¹ Alessandri Rodríguez, *Teoría de las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 291.

exigido su parte o cuota de la deuda a uno de los codeudores, expresándolo así en la demanda y sin reserva especial de solidaridad o sin reserva general de sus derechos; el segundo, cuando ha reconocido su parte o cuota de la deuda a uno de los codeudores, expresándolo así en la carta de pago, sin hacer reserva especial de solidaridad ni reserva general de sus derechos. Cabe tener presente que esta disposición describe de manera específica los actos que constituyen renuncia tácita, de manera que el juez no puede deducirla de otros hechos⁷³².

Su inciso tercero señala que *“Pero esta renuncia expresa o tácita no extingue la acción solidaria del acreedor contra los otros deudores, por toda la parte del crédito que no haya sido cubierta por el deudor a cuyo beneficio se renunció la solidaridad”*. Esto es que, en caso de renuncia a la solidaridad hecha a uno de los codeudores, no se extingue la acción solidaria contra los otros deudores en la parte insoluta, de manera que, si el deudor liberado no paga ninguna parte de la deuda, los demás codeudores deberán pagar la totalidad de la misma, aunque sin perjuicio de sus relaciones internas en la denominada contribución a la deuda⁷³³.

Finalmente, su inciso cuarto establece que *“Se renuncia la solidaridad respecto de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor consiente en la división de la deuda”*. En esta parte, la disposición está reglamentando la renuncia total de la solidaridad, lo que ocurrirá cuando el deudor consiente en la división de la deuda, por lo que obligación pasa a ser simplemente conjunta.

Como consecuencia de lo expuesto en estos últimos incisos, se entiende que la renuncia total siempre es expresa y supone un acto posterior en el que aparezca la voluntad del acreedor de dividir la deuda; mientras que la renuncia tácita es parcial, ya que solo beneficia al deudor a quien se le exige o reconoce el pago de su cuota, y si el acreedor formula reserva, incluso podría cobrar más tarde el saldo a ese mismo deudor⁷³⁴.

3.2.3.14 Artículo 1.517 del Código Civil.

Esta disposición también está ubicada a propósito de las obligaciones solidarias y dispone que *“La renuncia expresa o tácita de la solidaridad de una pensión periódica se limita a los pagos devengados, y sólo se extiende a los futuros cuando el acreedor lo expresa”*.

En este caso, la renuncia de la solidaridad se refiere al caso de una pensión periódica y establece que la renuncia a la solidaridad solo comprende los pagos devengados, esto es, las pensiones respecto de las cuales ha nacido el derecho para exigir su pago⁷³⁵; los futuros en principio no quedan comprendidos y, por tanto, subsiste como obligación solidaria, a menos que el acreedor establezca expresamente que la renuncia a la solidaridad comprende las cuotas futuras. El fundamento de esta solución se encuentra en que las renunciaciones no se presumen, ya que son de derecho estricto, de manera que no hay renuncia futura tácita⁷³⁶.

3.2.3.15 Artículo 1.719 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito de las convenciones matrimoniales y su inciso primero prescribe *“La mujer, no obstante la sociedad conyugal, podrá renunciar su derecho a los gananciales que resulten de la administración del marido, con tal que haga esta renuncia antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad”*.

⁷³² Peñailillo Arévalo, *Obligaciones*, op. cit., cfr. pp. 301 – 302.

⁷³³ Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 105.

⁷³⁴ Peñailillo Arévalo, *Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 302.

⁷³⁵ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 144.

⁷³⁶ Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 106.

Esta disposición establece que la mujer puede renunciar a los gananciales, señalando como posibles oportunidades para ello antes del matrimonio o después de la disolución de la sociedad conyugal; en este último caso, el artículo 1.782 del Código Civil establece como límite para que la mujer o sus herederos puedan renunciar a los gananciales, hasta antes que ingrese al patrimonio de cualquiera de ellos un bien a título de gananciales. Como consecuencia de lo señalado, la ley no permite que la mujer pueda renunciar durante la vigencia de la sociedad conyugal⁷³⁷.

3.2.3.16 Artículo 1.721 del Código Civil.

Este artículo también se ubica a propósito de las convenciones matrimoniales. Su inciso primero dispone que *“El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o censos o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor”*.

Las personas mayores de dieciséis años y menores de dieciocho requieren para la celebración de una capitulación prematrimonial, por regla general, la aprobación de quien está llamado por la ley a prestar el asenso, que no siempre coincide con su representante legal; sin embargo, esta regla presenta una excepción cuando se trata, entre otros, de renunciar a los gananciales, pues, en tal caso, se necesita de autorización judicial⁷³⁸. Se ha criticado el empleo de la expresión “aprobación”, ya que ésta opera con posterioridad al acto, de manera que debe entenderse que se necesita de la autorización de las personas que señala esta disposición⁷³⁹.

3.2.3.17 Artículo 1.753 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra situada a propósito de la sociedad conyugal. Su inciso primero expresa que *“Aunque la mujer en las capitulaciones matrimoniales renuncie los gananciales, no por eso tendrá la facultad de percibir los frutos de sus bienes propios, los cuales se entienden concedidos al marido para soportar las cargas del matrimonio, pero con la obligación de conservar y restituir dichos bienes, según después se dirá”*.

3.2.3.18 Artículo 1.767 del Código Civil.

Este artículo se encuentra ubicado a propósito de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, y establece que *“La mujer que no haya renunciado los gananciales antes del matrimonio o después de disolverse la sociedad, se entenderá que los acepta con beneficio de inventario”*.

Se ha entendido que esta referencia al beneficio de inventario debe entenderse hecha al beneficio de emolumento, consagrado en el artículo 1.777 del Código Civil⁷⁴⁰.

A juicio de Lepin, esta disposición contempla una aceptación presunta de los gananciales⁷⁴¹.

⁷³⁷ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 169.

⁷³⁸ Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 153.

⁷³⁹ Barcia Lehmann, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Thomson Reuters, Santiago, 2011, cfr. p. 123.

⁷⁴⁰ Rodríguez Pinto, op. cit., p. 445.

⁷⁴¹ Lepin Molina, op. cit., cfr. pp. 226 – 227.

3.2.3.19 Artículo 1.781 del Código Civil.

Esta disposición se refiere a la renuncia de los gananciales en un régimen de sociedad conyugal.

El artículo 1.781 señala que *“Disuelta la sociedad conyugal, la mujer mayor o sus herederos mayores tendrán la facultad de renunciar los gananciales a que tuvieren derecho. No se permite esta renuncia a la mujer menor, ni a sus herederos, sino con aprobación judicial”*.

Rodríguez entiende que, en este caso, deberá concurrir la voluntad del representante legal del menor de edad y el decreto judicial correspondiente⁷⁴².

Conforme explica López, no se trata de una donación o una liberalidad que implique el traspaso de bienes o derecho de la mujer o sus herederos al marido, sino que del ejercicio de una opción o decisión unilateralmente adoptada por la mujer o sus herederos, en orden a recibir o no su mitad de gananciales⁷⁴³.

3.2.3.20 Artículo 1.782 del Código Civil.

Por su parte, el artículo 1.782 sostiene, en su inciso primero, que *“Podrá la mujer renunciar mientras no haya entrado en su poder ninguna parte del haber social a título de gananciales”*; esto se explica por cuanto si se reciben bienes a título de gananciales, ello implica la aceptación de los gananciales⁷⁴⁴, extinguiéndose, por tanto, el derecho a renunciar los gananciales⁷⁴⁵. Se trataría de una aceptación tácita de los gananciales^{746 - 747}.

Su inciso segundo agrega que *“Hecha una vez la renuncia no podrá rescindirse, a menos de probarse que la mujer o sus herederos han sido inducidos a renunciar por engaño o por un justificable error acerca del verdadero estado de los negocios sociales”*; a partir de esto, se ha entendido que la renuncia es irrevocable⁷⁴⁸. El fundamento de esta irrevocabilidad se encontraría en que, en cierta medida, están comprometidos los derechos de terceros que hayan contratado con la mujer o con el marido⁷⁴⁹.

3.2.3.21. Artículo 1.783 del Código Civil.

Se refiere a uno de los efectos de la renuncia a los gananciales, estableciendo que *“Renunciando la mujer o sus herederos, los derechos de la sociedad y del marido se confunden e identifican, aun respecto de ella”*.

Cabe tener presente que la renuncia a los gananciales opera con efecto retroactivo, de manera que el marido se reputa como único dueño de los bienes sociales desde la disolución de la sociedad conyugal, por lo que todos los frutos que produzcan los bienes sociales durante la etapa de la

⁷⁴² Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 170.

⁷⁴³ López Díaz, op. cit., cfr. p. 437.

⁷⁴⁴ Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, op. vol. et ed.cits., cfr. p. 295.

⁷⁴⁵ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 170.

⁷⁴⁶ Troncoso Larronde, *Derecho de Familia*, op. cit., cfr. p. 189.

⁷⁴⁷ Cabe advertir que no todos los autores reconocen la existencia de una renuncia tácita a los gananciales, ya que algunos, como Pablo Rodríguez, sostienen que la renuncia debe ser expresa, ya que ella nunca se presumiría, toda vez que – tratándose de un acto abdicativo – precisa de la concurrencia de la voluntad del renunciante, la cual, en caso de discusión, deberá acreditarse de conformidad con las reglas generales. Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 170.

⁷⁴⁸ Court Murasso, *Curso de Derecho de Familia*. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho, op. cit., cfr. p. 192.

⁷⁴⁹ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 171.

indivisión también le pertenecerán. De igual forma, si el marido hubiese enajenado, gravado, prometido enajenar o gravar, arrendar por largo plazo, o constituido cauciones para garantizar obligaciones de terceros sin la autorización de su mujer, todos estos actos se sanean sin necesidad de la intervención de la mujer⁷⁵⁰, pues se entiende que tales bienes siempre pertenecieron al marido⁷⁵¹.

Si la mujer o sus herederos renuncian a los gananciales, no se formará una comunidad entre marido y mujer, o entre los ex cónyuges, o entre uno de los ex cónyuges y los herederos del otro, o entre los herederos de ambos ex cónyuges⁷⁵².

Quintana sostiene que, en este caso, no procederá la liquidación de la sociedad conyugal, ya que el haber social pertenecerá exclusivamente al marido⁷⁵³; además, la mujer no tendrá derecho a parte alguna del haber social y no responderá de parte alguna de las deudas sociales⁷⁵⁴.

3.2.3.22 Artículo 1.784 del Código Civil.

Se refiere a otro efecto de la renuncia a los gananciales, agregando que *“La mujer que renuncia conserva sus derechos y obligaciones a las recompensas e indemnizaciones arriba expresadas”*.

Pablo Rodríguez señala que esta disposición sería equitativa, pues, de contrario, habría un enriquecimiento injustificado a favor del marido⁷⁵⁵, y agrega que, para estos efectos, se aplican las mismas reglas que rigen el funcionamiento de la sociedad conyugal, como si ella existiera⁷⁵⁶.

3.2.3.23 Artículo 1.785 del Código Civil.

Se refiere a la renuncia a los gananciales que hacen los herederos de la mujer, estableciendo que *“Si sólo una parte de los herederos de la mujer renuncia, las porciones de los que renuncian acrecen a la porción del marido”*.

En consecuencia, si hay varios herederos, la renuncia a los gananciales es divisible⁷⁵⁷. En este sentido, Pablo Rodríguez precisa que, a falta de una regla especial, procede aplicar las reglas generales, de manera que una parte de los bienes del patrimonio reservado se incorporará a la sociedad conyugal – razón por la que acrecen a la porción del marido – y otra parte quedará para los herederos que hayan renunciado a los gananciales, y lo mismo ocurrirá respecto del pasivo, debiendo el liquidador de la sociedad conyugal precisar la situación que corresponde a cada heredero en cuanto a los bienes y deudas que recaen sobre la mujer⁷⁵⁸.

3.2.3.24 Artículo 1.792 – 20 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito de la determinación del crédito de participación en los gananciales y señala, en su inciso 2º, que *“Se prohíbe cualquier convención o contrato respecto de*

⁷⁵⁰ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 171.

⁷⁵¹ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en la Familia*, op. cit., cfr. p. 311.

⁷⁵² Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 214.

⁷⁵³ Ídem, cfr. p. 215.

⁷⁵⁴ Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 298.

⁷⁵⁵ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 211.

⁷⁵⁶ Ídem, cfr. p. 171.

⁷⁵⁷ Court Murasso, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*, op. cit., cfr. p. 192.

⁷⁵⁸ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 211.

ese eventual crédito, así como su renuncia, antes del término del régimen de participación en los gananciales”.

Durante la subsistencia del régimen no existe el crédito, sino solo una mera expectativa; se trata de un crédito eventual⁷⁵⁹, lo que explicaría este carácter de irrenunciable⁷⁶⁰; en efecto, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1º de esta disposición, el crédito de gananciales solo se origina al término del régimen. Según Pablo Rodríguez era necesario que la ley estableciera expresamente la irrenunciabilidad, ya que es renunciable un derecho subordinado a una condición suspensiva, aunque, en rigor, se renuncia la mera expectativa de llegar a adquirirlo⁷⁶¹.

Como consecuencia de lo anterior, una vez terminado el régimen de participación en los gananciales, el crédito deja de ser eventual y puede ser renunciado, incluso antes de la liquidación de los gananciales⁷⁶².

3.2.3.25 Artículo 2.065 del Código Civil.

Este artículo se encuentra ubicado a propósito del contrato de sociedad y expresa, en su inciso primero, que *“No expresándose plazo o condición para que tenga principio la sociedad, se entenderá que principia a la fecha del mismo contrato; y no expresándose plazo o condición para que tenga fin, se entenderá contraída por toda la vida de los asociados, salvo el derecho de renuncia”.*

En consecuencia, si la duración de la sociedad no está subordinada a un plazo o condición resolutoria, se entiende constituida por toda la vida de los socios, sin perjuicio del derecho que la ley les reconoce a renunciar a ella.

3.2.3.26 Artículos 2.072 a 2.074 del Código Civil.

Estas disposiciones se ubican a propósito del contrato de sociedad. El inciso primero del artículo 2.072 señala que *“El socio a quien se ha confiado la administración por el acto constitutivo de la sociedad, no puede renunciar a su cargo, sino por causa prevista en el acto constitutivo, o unánimemente aceptada por los consocios”.*

Por su parte, el artículo 2.073 establece, en su inciso primero, que *“En el caso de justa renuncia o justa remoción del socio administrador designado en el acto constitutivo, podrá continuar la sociedad, siempre que todos los socios convengan en ello y en la designación de un nuevo administrador o en que la administración pertenezca en común a todos los socios”.*

Finalmente, el artículo 2.074 señala que *“La administración conferida por acto posterior al contrato de sociedad, puede renunciarse por el socio administrador y revocarse por la mayoría de los consocios, según las reglas del mandato ordinario”.*

3.2.3.27 Artículos 2.108 a 2.113 del Código Civil.

Estas disposiciones reglamentan la renuncia como causal de extinción de la sociedad colectiva civil.

El artículo 2.108, en su inciso primero, establece que *“La sociedad puede expirar también por la renuncia de uno de los socios”*, agregando su inciso segundo que *“Sin embargo, cuando la sociedad se ha contratado por un tiempo fijo, o para un negocio de duración limitada, no tendrá*

⁷⁵⁹ Court Murasso, *Curso de Derecho de Familia*. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho, op. cit., cfr. p. 222.

⁷⁶⁰ Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 251.

⁷⁶¹ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 266.

⁷⁶² Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 332.

efecto la renuncia, si por el contrato de sociedad no se hubiere dado la facultad de hacerla, o si no hubiere grave motivo, como la inejecución de las obligaciones de otro socio, la pérdida de un administrador inteligente que no pueda reemplazarse entre los socios, enfermedad habitual del renunciante que le inhabilite para las funciones sociales, mal estado de sus negocios por circunstancias imprevistas, u otros de igual importancia". A juicio de Vodanovic, esta renuncia debe ejercerse por vía de acción en un juicio de lato conocimiento, siendo aplicables, entonces, las reglas del juicio ordinario, toda vez que se trataría de una especie de acción resolutoria o de terminación⁷⁶³.

Las reglas de los artículos que siguen se aplicarían cuando la sociedad no tiene plazo fijado ni un objeto de duración limitada⁷⁶⁴.

Por su parte, el artículo 2.109 inciso primero, señala que "*La renuncia de un socio no produce efecto alguno sino en virtud de su notificación a todos los otros*".

El artículo 2.110 agrega que "*No vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente*".

Complementando la disposición anterior, el artículo 2.111 señala, en su inciso primero, que "*Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse una ganancia que debía pertenecer a la sociedad; en este caso podrán los socios obligarle a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito*".

A su turno, el artículo 2.112 sostiene, en su inciso primero, que "*Renuncia intempestivamente el socio que lo hace cuando su separación es perjudicial a los intereses sociales. La sociedad continuará entonces hasta la terminación de los negocios pendientes, en que fuere necesaria la cooperación del renunciante*", agregando su inciso tercero que "*Los efectos de la renuncia de mala fe indicados en el inciso final del artículo precedente, se aplican a la renuncia intempestiva*".

Finalmente, el artículo 2.113 sostiene que "*Las disposiciones de los artículos precedentes comprenden al socio que de hecho se retira de la sociedad sin renuncia*".

3.2.3.28 Artículos 2.163 N° 4 y 2.167 del Código Civil.

La primera de estas disposiciones contempla a la renuncia del mandatario como causal de extinción del mandato, la cual se ha concebido como una consecuencia de la facultad que la ley confiere al mandante de revocar el mandato⁷⁶⁵. El mandatario que renuncia no está obligado a señalar los motivos que justifican su decisión; se trata de un acto unilateral del mandatario que pone término al mandato, de manera que no se necesita de la aceptación del mandante⁷⁶⁶.

Por su parte, el artículo 2.167 señala, en su inciso primero, que "*La renuncia del mandatario no pondrá fin a sus obligaciones, sino después de transcurrido el tiempo razonable para que el mandante pueda proveer a los negocios encomendados*". Como consecuencia de lo anterior, si el mandatario renuncia, no es suficiente con comunicar tal circunstancia al mandante para quedar liberado de sus obligaciones, toda vez que debe continuar con la gestión encomendada durante un tiempo razonable; en caso de no haber acuerdo respecto a si un lapso es o no razonable, corresponderá fijarlo al juez, debiendo considerar las circunstancias en que se encuentra el mandante para hacerse cargo de los negocios encomendados o encomendarlos a un nuevo mandatario⁷⁶⁷. Como consecuencia de lo anterior, si el mandatario no espera el transcurso de un término razonable para que el mandante

⁷⁶³ Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil*. Fuentes de las Obligaciones. Parte Especial: De los Contratos Principales en Particular, op., vol. et ed. cit., cfr. pp. 559 - 560.

⁷⁶⁴ Ídem, cfr. p. 559.

⁷⁶⁵ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Contratos y Responsabilidad Extracontractual, op. cit., cfr. p. 121.

⁷⁶⁶ Stitckin Branover, op. cit., cfr. p. 474.

⁷⁶⁷ Ídem, cfr. p. 477.

pueda proveer a los negocios encomendados, el mandatario se hará responsable de los perjuicios que la renuncia cause al mandante⁷⁶⁸, toda vez que se entiende que el mandato no ha concluido y habría, por tanto, un incumplimiento del mandante.

3.2.3.29 Artículos 2.494 a 2.496 del Código Civil.

Estas disposiciones se refieren a la renuncia a la prescripción, que es un acto abdicativo por el cual el renunciante manifiesta su voluntad expresa o tácitamente en orden a que se abstiene de aprovecharse del beneficio de la prescripción⁷⁶⁹.

El artículo 2.494 establece, en su inciso primero, que “*La prescripción puede ser renunciada expresa o tácitamente; pero sólo después de cumplida*”. Se entiende que hay renuncia a la prescripción cuando, una vez cumplido el tiempo que la ley exige para que aquella opere, el prescribiente manifiesta su voluntad de no alegarla⁷⁷⁰, de manera que hay aquí una prohibición de renuncia anticipada a la prescripción; la razón de tal prohibición se encuentra en que aparece comprometido el interés general de la sociedad, toda vez que, de admitirse una renuncia anticipada, tal renuncia se transformaría en una cláusula habitual en la celebración de actos y contratos, por lo que la prescripción, como institución, perdería aplicación práctica⁷⁷¹. En consecuencia, la prescripción sería una institución de orden público y, además, lo que permite la ley es la renuncia del derecho a beneficiarse de la prescripción, de manera que, para poder renunciarse este derecho, es necesario que todos los presupuestos para ello se hayan cumplido⁷⁷².

Además, refiriéndose específicamente a la prescripción extintiva, se ha sostenido que el fundamento de la exigencia que la prescripción esté cumplida se encuentra en que, de hacerse antes del vencimiento del plazo, la actitud del acreedor constituiría una interrupción natural de la prescripción, conforme lo señala el artículo 2.518 inciso 2º del Código Civil⁷⁷³.

Con todo, cabe tener presente que la posibilidad de establecer una renuncia anticipada a la prescripción, tendría muy poca aplicación tratándose de la usucapión, y sí mayor interés tratándose de la prescripción liberatoria⁷⁷⁴.

La disposición sostiene que la renuncia está permitida una vez “cumplida”, expresión que ha sido interpretada en el sentido que debe estar cumplido el plazo que la ley establece para que opere la prescripción⁷⁷⁵, sin que sea necesaria la sentencia que declara la prescripción^{776 - 777}. El fundamento

⁷⁶⁸ Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil*. De los Contratos, op. cit., cfr. p. 230.

⁷⁶⁹ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op. et ed. cit., t. II, cfr. p. 15.

⁷⁷⁰ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Obligaciones, op. cit., cfr. p. 455.

⁷⁷¹ Peñailillo Arévalo, *Los Bienes*. La Propiedad y otros Derechos Reales, op. cit., cfr. p. 1.044.

⁷⁷² Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Obligaciones, op. cit., cfr. p. 456.

⁷⁷³ Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 451.

⁷⁷⁴ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Bienes, op. cit., cfr. p. 328.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁷⁶ Peñailillo Arévalo, *Los Bienes*. La Propiedad y otros Derechos Reales, op. cit., cfr. p. 1.046.

⁷⁷⁷ Peñailillo advierte que este punto resulta ser relevante, porque si se entiende que la adquisición del derecho real se produce solo cuando la prescripción es alegada, requiriéndose, por tanto, la sentencia judicial que la declara, habría que entender que la renuncia será un simple acto abdicativo por el cual el poseedor se abstiene de aprovecharse de la prescripción, de manera que se entiende que el derecho nunca se incorporó al patrimonio del renunciante; como consecuencia de ello, no se producen los efectos tributarios aplicables a las enajenaciones, no constituye donación y, si recae sobre inmuebles, nada hay que hacer en el registro conservatorio. En cambio, si se estima que la adquisición opera por el solo hecho de cumplirse los requisitos legales, sin necesidad de la sentencia que declare la prescripción, las consecuencias serán las opuestas a las señaladas. Peñailillo Arévalo, *Ídem*, cfr. pp. 1.045 – 1.046.

de esta renuncia, una vez cumplida la prescripción, se encuentra en que nadie puede adquirir derechos sin su voluntad⁷⁷⁸.

Por otro lado, cabe tener presente que la prescripción solo puede renunciarse antes de alegar la prescripción. Una vez alegada, solo cabe el desistimiento de la prescripción⁷⁷⁹.

Su inciso segundo agrega que “*Renúnciase tácitamente, cuando el que puede alegarla manifiesta por un hecho suyo que reconoce el derecho del dueño o del acreedor; por ejemplo, cuando cumplidas las condiciones legales de la prescripción, el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o el que debe dinero paga intereses o pide plazo*”. Se entiende, entonces, que hay renuncia tácita cuando la persona que adquirió el dominio por prescripción ejecuta una actuación que supone inequívocamente su intención de renunciar, como ocurre, por ejemplo, con un acto de reconocimiento del dominio del antiguo propietario⁷⁸⁰, o bien, tratándose de la prescripción extintiva, si el deudor, en vez de alegar la prescripción, objeta el monto de lo que se le cobra o alega que ya ha cumplido con la obligación o que ha hecho abonos, debiendo entenderse, en este último caso, que debe menos de lo que se le está cobrando⁷⁸¹.

Por su parte, el artículo 2.495 señala que “*No puede renunciar la prescripción sino el que puede enajenar*”. En consecuencia, quien renuncia debe ser plenamente capaz y tener la facultad de disposición; de ahí que se ha entendido que la renuncia es un acto de enajenación, debiendo cumplirse con las formalidades habilitantes cuando el que renuncia es un incapaz⁷⁸².

Finalmente, el artículo 2.496 sostiene que “*El fiador podrá oponer al acreedor la prescripción renunciada por el principal deudor*”. Esta disposición estaría consagrando el denominado alcance limitado o relativo de la renuncia de la prescripción, esto es, que la renuncia solo obliga a quien la ha formulado; de ahí que, si el deudor personal ha renunciado a la prescripción y el acreedor hipotecario demanda al tercer poseedor de la finca hipotecada, éste puede oponer la excepción de prescripción⁷⁸³.

3.2.4 Razones que permiten sostener que la renuncia no es considerada como donación entre vivos.

De conformidad con la definición de contrato de donación que nos entrega el artículo 1.386 del Código Civil chileno y la forma como opera la renuncia, es posible sostener que ésta no es un tipo de donación, sino que una liberalidad no donatoria. En efecto, conforme a lo que hemos examinado, lo que caracteriza al contrato de donación entre vivos es que no solo existe un enriquecimiento para el donatario y un empobrecimiento del donante, acompañado todo por la intención liberal, sino que, además, es necesario que exista un desplazamiento patrimonial, esto es, que aquello en lo que se enriquece el donatario sea lo mismo en lo que se empobrece el donante; este desplazamiento patrimonial es lo que falta en la renuncia.

Por otro lado, la renuncia ha sido entendida como un acto jurídico unilateral, de manera que, para nacer a la vida del derecho, solo necesita de la voluntad del titular que abdica de su derecho, prescindiendo de la voluntad de cualquiera otra persona, incluso en el caso, conforme se examinará, que un tercero resulte beneficiado con tal renuncia. En cambio, la donación irrevocable es una convención, conforme se desprende del artículo 1.386 de nuestro Código Civil, por lo que precisa del concurso real de las voluntades de donante y donatario para nacer a la vida del derecho.

⁷⁷⁸ Peñailillo Arévalo, Ídem, cfr. p. 1.043.

⁷⁷⁹ Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 452.

⁷⁸⁰ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 328.

⁷⁸¹ Abeliuk Manasevich, *Obligaciones*, op. et ed. cits., t. II, cfr. p. 1.412.

⁷⁸² Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 328.

⁷⁸³ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op. et ed. cits., t. III, cfr. p. 166.

Este razonamiento ha sido admitido por nuestra jurisprudencia. La Corte de Apelaciones de Valdivia, en sentencia de 31 de octubre de 1929, ha sostenido que la renuncia de un derecho nunca es donación, ya que se trata de una mera abdicación, mientras que la donación requiere la transferencia de un derecho o de una porción de bienes desde el patrimonio del donante al patrimonio del donatario, aumentando éste. Agrega que la renuncia no es un acto de simple liberalidad de la mujer, sino un beneficio o privilegio que solo a ella corresponde (Considerando 12). En cuanto a los hechos, la actora demandó la rescisión de una renuncia o donación de los gananciales hecha a favor del demandado, en cuanto exceda a la cuarta parte de los bienes aportados al matrimonio o, en subsidio, que se reduzca en la forma que señalan los artículos 1.186, 1.187 y 1.425 del Código Civil⁷⁸⁴.

Sin embargo, es posible que el aspecto en estudio no resulte tan sencillo, pues, al examinar la forma como operan algunas renunciaciones, es posible advertir que se aproximan bastante a la figura de la donación entre vivos. Esto es lo que ocurre en materia de alimentos legales adeudados; derechos de usufructo, uso o habitación; servidumbres; condición resolutoria; renuncia a los gananciales; crédito de participación en los gananciales, y prescripción.

En efecto, en todos estos casos es posible advertir que la renuncia a su derecho que hace su titular no produce el efecto abdicativo que se predica de aquélla, sino que hay una persona determinada que se beneficia con la misma, como si hubiese operado una donación irrevocable entre los sujetos involucrados. Así, en el caso de los alimentos legales adeudados, cuando el alimentario renuncia a las pensiones alimenticias que se deben, el único que se beneficia es el alimentante, como si el alimentario transfiriera su crédito al alimentante y, en el momento en que éste lo adquiere, operase el modo de extinguir llamado confusión; una situación similar se observa en el caso de la renuncia al crédito de participación en los gananciales que opera después de la terminación del régimen; lo mismo ocurre en el caso de la renuncia que se contempla a propósito de la resolución: si bien, por regla general procede el efecto retroactivo, cuando la condición ha sido puesta exclusivamente a beneficio del acreedor, éste puede renunciarla y, consecuentemente, solo se beneficia el deudor, quien nada tendrá que restituir; como puede advertirse, tal renuncia solo beneficia a un sujeto determinado: el deudor. En el caso de los derechos de usufructo, uso y habitación, o servidumbres que se extinguen con la renuncia de su titular, las facultades de que se desprende dicho titular regresan al propietario (nudo propietario en los tres primeros casos, y dueño del predio sirviente en el segundo), por lo que éste es el único que se beneficia con tal renuncia, sin que se produzca el efecto abdicativo. Tratándose de la renuncia a los gananciales, se produce una situación similar, pues, en caso que la mujer o sus herederos realicen dicha, ésta solo beneficia al marido o a sus herederos, sin que se produzca el efecto abdicativo que se predica de la renuncia. Algo así ocurre también en el caso de la prescripción, pues, tratándose de la prescripción adquisitiva, si el prescribiente renuncia, solo se beneficia el propietario y, en el caso de la prescripción extintiva, si el deudor renuncia a la prescripción, el único beneficiado es el acreedor, sin que se advierta el efecto abdicativo de la renuncia.

En Italia se ha advertido este mismo fenómeno, pues se ha sostenido que la renuncia de un derecho puede importar un empobrecimiento para el sujeto que realiza la renuncia y un enriquecimiento para el sujeto que obtiene una ventaja de la misma renuncia⁷⁸⁵. La disposición puede producirse, ya sea por un acto de alienación, como a través de una renuncia abdicativa de un derecho⁷⁸⁶. Lo anterior vale tanto tratándose de la renuncia de un derecho personal, como de un

⁷⁸⁴ Corte de Apelaciones de Valdivia (1929): Villegas y otras con Lemaitre. RDJ, T. XXVII, 2ª parte, sección 1ª, p. 487.

⁷⁸⁵ Gianola, op. cit., cfr. p. 371.

⁷⁸⁶ Torrente, op. cit., cfr. p. 207.

derecho real, por lo que, habiendo espíritu de liberalidad, se plantea el problema de determinar la relación que existe entre la renuncia y la donación⁷⁸⁷.

En nuestro país, Martínez explica que este fenómeno se produce, debido a que resulta necesario distinguir entre las verdaderas renunciaciones de las falsas renunciaciones; las primeras serían las renunciaciones unilaterales y abdicativas, mientras que las segundas serían las convencionales y traslaticias⁷⁸⁸. De esta manera, por ejemplo, la remisión de una deuda ha sido entendida como una renuncia que hace el acreedor a su crédito⁷⁸⁹, siendo que, en realidad, no es tal, ya que no produce el efecto abdicativo, que se traduce en que el titular del derecho, al excluirlo de su patrimonio a través de una declaración unilateral de la voluntad, no tiene la intención de transferirlo a una persona determinada, sino que se produce un efecto traslativo, propio de las convenciones⁷⁹⁰.

A partir de lo expuesto, vamos a examinar lo que ocurre con algunas de estas figuras que, de conformidad con la doctrina italiana⁷⁹¹, en una primera aproximación podrían confundirse con una donación entre vivos, pero que – en rigor – se trata de liberalidades no donatorias por constituir casos de renuncia de un derecho, cuestión que interesa porque tales figuras también existen en nuestro ordenamiento jurídico civil, por lo que, al demostrar que no son casos de donaciones irrevocables, se estará probando que constituyen casos de liberalidades no donatorias que forman parte de nuestro derecho.

3.2.4.1 La donación liberatoria.

De acuerdo con lo señalado, en Italia Gianola explica que la donación tiene por objeto la renuncia de un derecho, siempre que vaya acompañada del espíritu de liberalidad⁷⁹², mientras que, para Biondi, tiene lugar cuando estamos frente a un contrato en el cual, interviniendo los requisitos y características sustanciales indicados genéricamente en el artículo 769 del *Codice*⁷⁹³, el titular, disponiendo de un derecho propio, atribuye a la otra parte la liberación correspondiente a la obligación o carga que recae sobre ésta⁷⁹⁴. De esta manera, podría pensarse que estamos frente a una donación irrevocable, pues podría sostenerse que el acreedor, al renunciar su crédito, lo que está haciendo es transferirlo al deudor, configurándose, de esta manera, una donación que tiene por objeto el crédito, por lo que, al adquirirlo el deudor, el derecho personal se extinguiría por haber operado la confusión como modo de extinguir las obligaciones. Del mismo modo, podría darse si el titular de un derecho real distinto y limitativo del dominio, como un usufructuario, usuario o habitador, renuncia a él, transfiriéndose las facultades de uso y goce al nudo propietario; si la consolidación va acompañada de la intención liberal, podría sostenerse que estamos frente a una donación irrevocable de dichas

⁷⁸⁷ Gianola, op. cit., cfr. p. 371.

⁷⁸⁸ Martínez Bustos, op. cit., cfr. p. 58.

⁷⁸⁹ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op. et ed. cits., t. III, cfr. p. 117. En el mismo sentido, Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, op. et ed. cits., t. II, cfr. p. 1.371.

⁷⁹⁰ Martínez Bustos, op. cit., cfr. p. 65.

⁷⁹¹ Recurrimos a la doctrina italiana, pues, en dicho país, se ha discutido si tales figuras constituyen casos de donaciones irrevocables o de liberalidades no donatorias. En Francia, tal problema no se ha presentado, señalándose derechamente que se trata de casos de liberalidades no donatorias, que en dicho país se conocen como donaciones indirectas; en este sentido, Malaurie; Aynès, op. cit., cfr. pp. 263 – 265; Beignier; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. pp. 90 – 92; Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 514 – 517.

⁷⁹² Gianola, op. cit., cfr. p. 377.

⁷⁹³ Art. 769 *Codice* “La donazione è il contratto col quale, per spirito de liberalità, una parte arricchisce l’altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto o assumendo verso la stessa un’obbligazione”.

⁷⁹⁴ Biondi, op. cit., cfr. p. 399.

facultades de uso y goce, en la que el donante es el usufructuario, usuario o habitador, y el donatario es el nudo propietario.

Para examinar este primer caso de renuncia que podría ser considerada como donación entre vivos, se hace necesario distinguir entre la donación liberatoria de un derecho personal y la donación liberatoria de un derecho real.

a. La donación liberatoria de un derecho personal: la remisión de una deuda.

Como es sabido, nuestro Código Civil no ha definido la remisión de la deuda; de ahí que, doctrinariamente, se ha sostenido que es el perdón de la deuda que hace el acreedor a su deudor⁷⁹⁵. Sin embargo, su tratamiento no resulta tan simple, pues, si bien parte de la doctrina nacional ha señalado que se trata de una renuncia que hace el acreedor a su crédito⁷⁹⁶, precisa de la voluntad del deudor, es decir, se necesita del acuerdo de voluntades entre acreedor y deudor, en el que el acreedor renuncia a su derecho y el deudor la acepta⁷⁹⁷, lo que resultaría ser incompatible con su naturaleza de renuncia y, por tanto, de acto unilateral. El tema se vuelve más complejo si se advierte que la remisión también se puede hacer en virtud del testamento, a través del legado de condonación^{798 - 799}.

A juicio de Meza, la remisión gratuita es una donación, conforme se desprendería de los artículos 1.397 y 1.653 de nuestro Código Civil⁸⁰⁰. Ramos, precisando esta afirmación, plantea que la remisión por acto entre vivos es una convención, pues precisaría de la voluntad del deudor, de manera que no puede ser considerada como un mero acto de renuncia⁸⁰¹.

En una primera aproximación, donación irrevocable y remisión son dos figuras completamente distintas, pues la primera es una convención y la segunda se discute si es un acto jurídico unilateral o bilateral. Sin embargo, ello no resulta tan claro cuando la remisión se hace por espíritu de liberalidad y hay un enriquecimiento para un sujeto, pues, en tal caso, estarían presentes los elementos propios de la donación entre vivos, pudiendo confundirse con ésta⁸⁰².

Este problema, que puede presentarse en nuestro país, se ha discutido en Italia conforme ya adelantamos, por lo que resulta útil examinar qué soluciones y argumentos se han propuesto en dicho país para luego determinar si los mismos resultan o no aplicables a nuestro país. En este sentido, es posible identificar dos opiniones distintas.

Por una parte, Biondi entiende que se trata de una donación entre vivos, pues, al examinar la sustancia del acto, si hay disposición del crédito, sea transfiriéndolo a otro o remitiéndolo al deudor con el fin de liberación, como efecto autónomo e inmediato del acto, están presentes todos los elementos de la donación: espíritu de liberalidad y enriquecimiento del deudor producto de la liberación, que corresponde a la pérdida del derecho de crédito en el donante; si bien el deudor no

⁷⁹⁵ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op. et ed. cit., t. III, cfr. p. 117.

⁷⁹⁶ En un sentido contrario, Ramos Pazos advierte que no es un caso de renuncia, sino una convención destinada a extinguir obligaciones. Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 430.

⁷⁹⁷ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op. et ed. cit., t. III, cfr. p. 117. En el mismo sentido, Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, op. et ed. cit., t. II, cfr. p. 1.371; Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 437.

⁷⁹⁸ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op. et ed. cit., t. III, cfr. p. 117.

⁷⁹⁹ De ahí que Meza no plantea que la remisión sea una convención, sino que solo habla de una renuncia que puede hacerse por testamento o por donación. Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, cfr. pp. 211 - 212.

⁸⁰⁰ Meza Barros, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*, cfr. p. 212.

⁸⁰¹ Ramos Pazos, *De las Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 432.

⁸⁰² Biondi, op. cit., cfr. pp. 405 - 406.

adquiere ningún derecho, de todas maneras experimenta un incremento patrimonial derivado de la liberación de su obligación. Por ello, a su juicio, la remisión gratuita es una donación liberatoria de una deuda. Agrega que la intención liberal no es un motivo, sino esencia del acto, y que tampoco puede tratarse de una donación indirecta porque, según el artículo 809 el *Codice*⁸⁰³, la liberalidad debe ser el resultado de un acto, mientras que, en el caso de la remisión gratuita, la liberalidad no resulta del acto, sino que constituye toda la esencia de él⁸⁰⁴.

Esta forma de razonar, en nuestro concepto, no resulta aplicable en Chile, atendida la definición de donación entre vivos que contempla el artículo 1.386 del Código Civil chileno. En primer lugar, para que pueda hablarse de donación, es necesario que exista una *transferencia* de una parte de los bienes del donante al donatario; en otras palabras, no todo enriquecimiento y empobrecimiento constituye donación para nuestro legislador, sino solamente aquellos que vienen dados por un desplazamiento patrimonial. Y, como el propio Biondi reconoce, la remisión a la que alude no se refiere a la transferencia del crédito, sino a la mera extinción de la deuda que constituye un enriquecimiento para el deudor y un empobrecimiento para el acreedor. Por otro lado, la presencia de la intención liberal no transforma a la remisión en donación entre vivos, toda vez que dicha intención está presente en toda liberalidad, sea donatoria, sea no donatoria. Finalmente, la referencia hecha al artículo 809 del *Codice* no resulta aplicable en Chile, pues nuestro Código Civil no tiene una disposición equivalente.

Por otra parte, Gianola plantea que, en Italia, la remisión de la deuda es un acto unilateral, aunque no completamente discrecional y arbitrario del disponente, toda vez que el artículo 1.236 del *Codice*⁸⁰⁵ establece que la declaración de remitir la deuda extingue el débito una vez que haya sido comunicada al deudor, a menos que él, a su vez, declare que no quiere sacar provecho de ello; de esta manera, el deudor puede oponerse a la remisión del débito, impidiéndola. En consecuencia, todo indica que la remisión liberal de la deuda parece presentar, tanto desde el punto de vista objetivo, como desde el punto de vista subjetivo, todos los elementos requeridos para ser considerada una donación típica, por lo que, si tuviésemos que aplicar íntegramente las reglas previstas para este contrato, debería sujetarse a la forma del acto público bajo pena de nulidad. Sin embargo, se ha entendido que se excluye que la remisión liberal de la deuda requiera de la forma de la donación; en efecto, en la reconstrucción efectuada, en lo que se refiere a la causa y a la forma, éstas resultan dominadas por el imperio soberano de la voluntad, de manera que la remisión del débito es un pacto que vale incluso desnudo⁸⁰⁶. Esta solución que niega la necesidad de la forma del acto público para la remisión liberal del débito encuentra sustento en la ley; el *Codice* regula la remisión sin imponer una forma en particular; su artículo 1.237⁸⁰⁷ establece que la restitución voluntaria del título al deudor de parte del acreedor constituye prueba de la liberación; a partir de esta disposición, el acreedor puede válidamente manifestar la voluntad de remitir la deuda, incluso mediante un comportamiento concluyente. También se ha argumentado que, sustancialmente, sea unilateral o no el negocio, su

⁸⁰³ Art. 809 *Codice* “Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall’art. 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d’ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari.

Questa disposizione non si applica alle liberalità previste dal secondo comma dell’art. 770 e a quelle che norma dell’art. 742 non sono soggette a collazione”.

⁸⁰⁴ Biondi, op. cit., cfr. pp. 407 – 409.

⁸⁰⁵ Art. 1.236 *Codice* “La dichiarazione del creditore di rimettere il debito estingue l’obbligazione quando è comunicata al debitore, salvo che questi dichiara in un congruo termine di non volerne profittare”.

⁸⁰⁶ Gianola, op. cit., cfr. pp. 379 – 380.

⁸⁰⁷ Art. 1.237 comma 1 *Codice* “La restituzione volontaria del titolo originale del credito, fatta dal creditore al debitore, costituisce prova della liberazione anche rispetto ai condebitori in solido”.

función siempre es solamente abdicativa⁸⁰⁸. De ahí, entonces, que se puede concluir que, para el legislador, la forma de la remisión de la deuda, incluso si es por espíritu de liberalidad, es libre⁸⁰⁹. Lo anterior no obsta a que, si la remisión tiene por finalidad directa beneficiar al deudor⁸¹⁰, debe ser calificada como una donación indirecta y, por tanto, sujetarse a las reglas de fondo que disciplinan esta figura⁸¹¹.

En nuestro sistema, esta forma de razonar no tiene cabida, por cuanto en el Código Civil chileno no existe una disposición similar al artículo 1.236 del *Codice*. En la remisión de la deuda, el consentimiento de las partes está dirigido a extinguir la obligación y no a hacer una transferencia del crédito desde el patrimonio del acreedor al patrimonio del deudor, para que dicho crédito se extinga por confusión; si la intención fuese transferir el crédito, las partes debieran sujetarse a las reglas de la cesión de créditos, lo que no ocurre en el caso de la remisión. En consecuencia, al no haber desplazamiento patrimonial, no estamos en presencia de una donación irrevocable y es por eso que el legislador ha debido establecer que, cuando procede de mera liberalidad, se sujeta a las reglas de la donación entre vivos.

En consecuencia, en nuestro concepto, en Chile debiera admitirse que las denominadas donaciones liberatorias de créditos son liberalidades no donatorias y no donaciones irrevocables. Si bien, en una primera lectura de los artículos 1.397 y 1.653 del Código Civil es posible sostener que la remisión de una deuda es donación irrevocable, toda vez que la primera de dichas disposiciones señala que “*hace donación el que remite una deuda*”, y la segunda establece que “*la remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; (...)*”, veremos que, en rigor, lo que hizo el legislador es señalar que la remisión se sujeta a las reglas de la remisión, precisamente, porque no lo es. En otras palabras, la remisión tiene una naturaleza jurídica distinta de la donación irrevocable, lo que justifica que las disposiciones legales citadas hagan necesario hacerle aplicables las reglas de la donación entre vivos.

En relación con este punto, parte de la doctrina nacional ha entendido solamente que la remisión de una deuda se sujeta a las reglas de la donación⁸¹², mientras que Guzmán derechamente la califica de donación, pues hay una “atribución patrimonial, gratuita, lucrativa y no debida”⁸¹³. Sin embargo, en nuestro concepto, no se trata de una donación, sino que el legislador solamente estableció que debían sujetarse a las reglas de la donación irrevocable.

Un primer argumento que permite desvirtuar que la remisión de una deuda tenga el carácter de donación entre vivos radica en que, para la mayoría de la doctrina de nuestro país, así como para nuestra jurisprudencia, la donación es un contrato⁸¹⁴. Si esto es así, debiéramos sostener que se trata

⁸⁰⁸ Torrente, op. cit., cfr. p. 210.

⁸⁰⁹ Gianola, op. cit., cfr. p. 380.

⁸¹⁰ En este sentido, Torrente advierte que no siempre la remisión de una deuda constituirá una donación indirecta; ello no será así cuando el motivo de la remisión no sea el de beneficiar al deudor, lo que ocurrirá, por ejemplo, si la remisión se hace con el solo objeto de evitar el pago de la riqueza sobre los bienes muebles. Torrente, op. cit., cfr. p. 211.

⁸¹¹ *Ibidem*.

⁸¹² Así, Ruz plantea que “hay donación porque la ley reenvía a las reglas de las donaciones las remisiones de deudas”. Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., p. 814; mientras que Del Solar y Muñoz sostienen que “las remisiones se califican de donaciones”. Del Solar Duarte; Muñoz Cid, op. cit., cfr. p. 32. En el mismo sentido, Lecaros Sánchez, op. cit., p. 67.

⁸¹³ Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, op. cit., p. 85.

⁸¹⁴ En este sentido, Lecaros Sánchez, op. cit., cfr. p. 15; Del Solar Duarte; Muñoz Cid, op. cit., cfr. p. 21; Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 205; Somarriva Undurraga, op. et ed. cit., t. II, cfr. p. 694. También puede verse el Considerando Quinto de la sentencia de la Corte Suprema, de 07 de diciembre de 2020, Rol N° 2.733 – 2019, caratulado Baeza Barrales, Jorge, en la que el máximo tribunal rechazó un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de

de una convención generadora de derechos personales y obligaciones; sin embargo, el efecto de la remisión no es crear derechos personales y obligaciones, sino que, por el contrario, los extingue. En consecuencia, la remisión no puede ser considerada como contrato, aunque la ley la someta a las reglas de la donación entre vivos.

Un segundo argumento para rechazar que la remisión pueda ser considerada como una donación irrevocable, radica en que, incluso si seguimos la tesis de que la donación no es siempre un contrato y, por tanto, aceptamos que nuestro Código Civil también contempla la donación de estructura real^{815 - 816}, como ocurre, por ejemplo, con la donación manual, en nuestro concepto, la remisión, de todas formas, no es donación entre vivos, por cuanto falta el desplazamiento patrimonial. En efecto, conforme hemos sostenido a lo largo de este trabajo, lo que caracteriza específicamente a las donaciones entre vivos, distinguiéndolas de las demás formas de liberalidad, radica en que, si bien, en toda liberalidad existe un enriquecimiento y/o un empobrecimiento patrimonial, en la donación irrevocable lo que hay es un *desplazamiento patrimonial*, esto es, una transferencia de un bien o derecho desde el patrimonio del donante al patrimonio del donatario. Ello no se da en la remisión de una deuda, pues, si se diese, lo que estaría haciendo el acreedor sería transferir su crédito al deudor y éste, al incorporarlo a su patrimonio, lo extinguiría por el modo de adquirir confusión; sin embargo, si ello fuese así, no tendría justificación que el legislador haya reglamentado a la remisión y a la confusión como dos modos de extinguir las obligaciones distintos entre sí, y solo habría reglamentado la confusión, pues ése sería realmente el modo de adquirir; la remisión no produciría el efecto extintivo y, por lo mismo, su reglamentación como modo de adquirir carecería de justificación. En otras palabras, si el legislador distinguió la remisión y la confusión como modos de extinguir distintos es, precisamente, por cuanto cada uno tiene su propio campo de aplicación.

Un tercer argumento, siguiendo la misma línea, radica en sostener que, si la remisión de la deuda fuese una donación entre vivos, ya que lo que en realidad estaría ocurriendo es que el acreedor transfiere el crédito a su deudor y éste, al incorporarlo a su patrimonio hace operar el modo de extinguir confusión, dicha remisión debiera someterse a las reglas de la cesión de créditos; sin embargo, el legislador no la sujeta a tales reglas, sino a las de la donación irrevocable.

b. La donación liberatoria de un derecho real distinto del dominio.

Biondi sostiene que el titular de un derecho real distinto del dominio, como el de todo derecho, puede renunciarlo a título oneroso o gratuito; la renuncia, en cualquier modo que se desee concebirla, es un acto de disposición del derecho y, por consecuencia, es siempre consentida. Nadie está obligado a conservar su propio derecho; como puede no ejercerlo, con la consecuente extinción por prescripción, del mismo modo puede renunciarse con efecto inmediato, siempre que se trate de un derecho disponible. Se trata solo de acertar al modo, o sea, al medio técnico para que actúe la renuncia con un fin liberatorio⁸¹⁷.

Apelaciones de Santiago, que confirmó la sentencia dictada por el Décimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, la cual rechazó el reclamo interpuesto por Jorge Baeza Barrales en contra del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, el cual, a su turno, había rechazado la inscripción de una escritura de cesión de derechos a título gratuito, por estimar que se trataba de una donación entre vivos en la que no se había cumplido con la solemnidad de la insinuación.

⁸¹⁵ Vid. Supra Cap. I, 4.4.6.

⁸¹⁶ Guzmán la define como "una convención donatoria no obligacional seguida de un acto de transferencia, de que la convención es causa". Guzmán Brito, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, op. cit., pp. 98 - 99.

⁸¹⁷ Biondi, op. cit., cfr. p. 402.

Agrega que el problema ya se había presentado en Roma, pues, no conociendo el negocio típico de la renuncia, fueron inducidos a implementar algún expediente para alcanzar ese propósito, explotando adecuadamente los actos reconocidos. En el usufructo, y lo mismo se puede decir del uso, la renuncia actuaba por medio de la *in iure cessio* del mismo usufructo al nudo propietario; sustancialmente se transfería el usufructo al propietario, y éste era el único caso de alienación del usufructo, o sea, al propietario, con la finalidad de extinguirlo. La causa jurídica extintiva formal era, por tanto, no la renuncia, que representaba el aspecto sustancial y voluntario de la relación, sino la confusión. La renuncia, in sustancia, tenía un carácter no puramente negativo, sino traslativo de aquella facultad de usar y gozar de que carecía el nudo propietario⁸¹⁸.

En relación con la servidumbre, la cuestión se presentaba de una manera diversa, a causa de la rigurosa concepción romana de ella, como derecho inherente al predio: si era inherente al predio y en un cierto sentido pertenece al mismo, no era admisible una renuncia de parte del actual propietario del predio dominante, ni era posible su transferencia al propietario del predio sirviente, como sí se admitía para el usufructo. Por tanto, negada la posibilidad formal de una renuncia, considerando que, en definitiva, el titular de la servidumbre es el propietario del predio dominante, para lograr el mismo resultado de la renuncia, aunque las fuentes no dicen nada al respecto, es posible pensar que se recurriera al siguiente expediente práctico: se ejercitaba de parte del propietario del predio sirviente una falsa acción negatoria que, estando de acuerdo con el titular de la servidumbre, terminaba con el reconocimiento del predio como libre de gravámenes; ni siquiera se puede excluir un expediente más complicado, consistente en la enajenación fiduciaria de uno de los predios al otro propietario con el fin de determinar la extinción de la servidumbre por confusión, con la transferencia sucesiva al antiguo propietario del predio como libre de todo gravamen⁸¹⁹.

El problema se presenta en el derecho positivo italiano dado el silencio de la ley. Para la remisión de la deuda, que en el fondo es una renuncia al crédito, el *Codice* establece una disciplina minuciosa; en cambio, para la renuncia a los derechos reales de goce se habla solo incidentalmente a propósito de la forma, que debe necesariamente ser escrita (art. 1.350, n. 5⁸²⁰), y de la necesidad de la inscripción (artículo 2.643, n. 5⁸²¹); para la hipoteca, la renuncia debe ser expresa y resultar de un acto escrito (artículo 2.879⁸²²). Tales disposiciones no resuelven el problema. A favor de la unilateralidad se puede invocar la diversa expresión utilizada en el citado numeral 5 de los artículos 1.350 y 2.643 del *Codice*, confrontada con aquella de los números precedentes: mientras éstas hablan de contratos, el numeral 5 habla de actos, haciendo suponer que la renuncia no sería un contrato. A favor de la bilateralidad, se puede argumentar más bien a partir de la necesidad de la inscripción: si se admite que basta la voluntad unilateral del renunciante, ¿a favor de quién operaría la inscripción?

⁸¹⁸ Ídem, cfr. pp. 402 – 403.

⁸¹⁹ Ídem, cfr. p. 403.

⁸²⁰ Art. 1.350 *Codice* “Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: 5) gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti;”.

⁸²¹ Art. 2.643 *Codice* “Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:

- 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili;
- 2) i contratti che costituiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente e dell'enfiteuta;
- 2-bis) i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale;
- 3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti;
- 4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione;

5) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti”.

⁸²² Art. 2.879 comma 1 *Codice* “La rinuncia del creditore all'ipoteca deve essere espressa e deve risultare da atto scritto, sotto pena di nullità”.

En consecuencia, a su juicio, si esa renuncia se hace de forma gratuita y por espíritu de liberalidad, estaremos frente a una donación liberatoria, pues el titular del derecho real, por espíritu de liberalidad, pretende enriquecer el patrimonio de quien soporta la carga, liberándolo de la misma; de esta manera, se trata de una renuncia atributiva que es una donación y, por lo mismo, precisa de la aceptación del donatario⁸²³.

Por su parte, Gianola señala que, para los actos abdicativos de derechos reales con efecto traslativo, encontramos la regla sobre la forma establecida en los artículos 1.350 y 2.879 del *Codice*, conforme a las cuales se recurre a la forma escrita si se trata de actos de renuncia a derechos reales sobre bienes inmuebles, así como sobre los efectos para los que la renuncia importa una re expansión o un aumento del derecho de la contraparte. Desde el punto de vista estructural, el acto abdicativo resulta perfecto y eficaz sobre la base de la sola manifestación de voluntad del renunciante; no hay sujetos que puedan oponerse a eso o impedir sus efectos. La regla ilustrada, sin embargo, no se aplica a las renunciaciones traslativas⁸²⁴, que son las que importan un traspaso de la propiedad sobre bienes inmuebles (renuncia del copropietario, abandonos liberatorios, renuncia a la propiedad del predio sirviente a favor del propietario del predio dominante). En estos casos la aceptación del sujeto beneficiado es necesaria porque, luego, hay un efecto traslativo⁸²⁵.

Este problema también puede presentarse en Chile. El artículo 806 de nuestro Código Civil establece que el usufructo puede extinguirse por la renuncia del usufructuario; regla que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 812 del mismo cuerpo legal, se extiende al uso y habitación, y, para las servidumbres activas, el artículo 885 N° 4 también contempla como forma de extinción la renuncia del dueño del predio dominante, por lo que podría pensarse que, cuando el titular de un derecho real distinto del dominio renuncia a él, lo que está haciendo es transferir las facultades de uso y/o goce que le confiere el correspondiente derecho real al propietario y, si esa transferencia es a título gratuito, estaríamos frente a una donación irrevocable.

Sin embargo, en nuestro concepto, no se trata de una donación irrevocable. En efecto, la doctrina nacional ha tendido a señalar que estas disposiciones no serían más que una aplicación del artículo 12 del Código Civil^{826 - 827} y que, por lo mismo, se trataría de un acto jurídico unilateral⁸²⁸, tesis que ha sido admitida por nuestra jurisprudencia⁸²⁹. Siendo así, no puede constituir una donación, toda vez que ésta es una convención y precisa, por lo mismo, de la voluntad del donatario.

De la misma manera, existe otro argumento que permite sostener que la llamada donación liberatoria de un derecho real distinto del dominio no puede ser una donación irrevocable y es, por lo tanto, un caso de liberalidad no donatoria; este argumento consiste en advertir que, si esta renuncia

⁸²³ Biondi, op. cit., cfr. p. 403 – 405.

⁸²⁴ Vid. Supra. 3.2.4.3.

⁸²⁵ Gianola, op. cit., cfr. p. 388.

⁸²⁶ En este sentido, Peñailillo Arévalo, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, op. cit., cfr. pp. 1.246, 1.252, 1.321; Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratados de los Derechos Reales*, op. et ed. cit., t. II, cfr. pp. 170, 175, 238; Troncoso Larronde, *De los Bienes*, op. cit., cfr. pp. 182 – 183; Barcia Lehmann, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los Bienes*, op. cit., cfr. p. 179.

⁸²⁷ Con todo, tratándose de los derechos de uso y habitación, Corral plantea que, atendida su naturaleza personalísima, se trataría de derechos irrenunciables. Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 513.

⁸²⁸ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 529.

⁸²⁹ La Corte Suprema, en sentencia de 16 de septiembre de 1993, sostuvo que, para que la renuncia nazca a la vida del derecho, basta la sola concurrencia de la voluntad del titular del derecho, toda vez que es éste quien se está desprendiendo de una facultad o beneficio que le reconoce o concede la ley; atendido el carácter abdicativo de la renuncia, se elimina toda posibilidad de que ella requiera del consentimiento de otra persona, pues, en abstracto, el único efecto que se persigue al renunciar es hacer salir o extinguir el derecho del patrimonio del titular. Repertorio, T. I, cfr. p. 94.

fuese una donación entre vivos, implicaría que el mecanismo de extinción del derecho real consistiría en que el titular del mismo, al renunciar, transferiría las facultades que tenía al propietario (nudo propietario o propietario del predio sirviente, en su caso), el cual, al reunir en sus manos todas las facultades del dominio, extinguiría el derecho real limitativo de que era titular el renunciante. Sin embargo, ésa no fue la opción que siguió nuestro legislador, el cual decidió reglamentar la confusión como una forma de extinción de los derechos reales limitativos del dominio de manera separada. En efecto, tratándose del usufructo, la confusión aparecería en otra de las causales del artículo 806 de nuestro Código Civil (y, por ende, aplicable a los derechos de uso y habitación): la consolidación del usufructo con la propiedad que, conforme explican Alessandri y Somarriva, se refiere a la reunión, en una sola persona, de las calidades de nudo propietario y usufructuario^{830 - 831}. Por su parte, tratándose de las servidumbres activas, su reglamentación separada aparece claramente del numeral tercero del artículo 885 de nuestro Código Civil, que, al referirse a la confusión, esto es, a que ambos predios pasan a pertenecer a una misma persona⁸³², exige que esa confusión sea perfecta e irrevocable; en este caso, la extinción es consecuencia de faltar uno de los presupuestos para que exista la servidumbre: que haya dos predios de distintos dueños⁸³³.

3.2.4.2 La renuncia al derecho de propiedad.

En Italia se ha planteado que un sujeto puede renunciar pura y simplemente a la propiedad de un bien, sin manifestar el intento de hacerlo a favor de un sujeto determinado. Si se trata de un inmueble, la renuncia deja al bien como vacante y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 827 del *Codice*⁸³⁴, pasa a formar parte del patrimonio del Estado. Incluso, en este supuesto, estamos frente a un efecto traslativo a favor de un sujeto determinado. En cambio, si se trata de un bien mueble, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 923 del *Codice*⁸³⁵, la cosa abandonada deviene *res nullius* y, por tanto, susceptible de ocupación para cualquier persona; en este caso, el efecto traslativo consecuente con la renuncia es eventual y, si se produce después, deviene a favor de un sujeto que al momento del acto pudo no ser aún determinado. La incerteza que circunda la apropiación de la cosa abandonada no excluye que el disponente pueda hacer el abandono con intención liberal; en efecto, puede ocurrir que el disponente, por generosidad, abandone la cosa mueble con el objeto de permitir la apropiación por parte de un sujeto determinado que necesita de dicho bien. Se ha entendido que la renuncia a la propiedad excluye, para su validez, de la forma del acto público, aduciendo las mismas argumentaciones (falta del espíritu de liberalidad o la estructura unilateral del acto) para negar la sujeción al acto público de la renuncia traslativa liberal a favor de un sujeto

⁸³⁰ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratados de los Derechos Reales*, op. et ed. cit., t. II, cfr. pp. 169 – 170. En el mismo sentido, Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. p. 494; Rozas Vial, Fernando, *Los Bienes*, Legal Publishing, Santiago, 4ª ed., 2007, cfr. p. 324.

⁸³¹ En un sentido distinto, Peñailillo señala que el legislador se quiso referir a la reunión de todos los atributos en el usufructuario, que llega a tener la propiedad plena. Esta forma de interpretar la consolidación del usufructo con la propiedad estaría demostrada, en palabras de Peñailillo, precisamente porque la renuncia aparece reglamentada de manera separada, donde también se reúnen todas las facultades del dominio en un mismo sujeto, pero, en este último caso, se trata del otro de los sujetos involucrados: el nudo propietario. Peñailillo Arévalo, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, op. cit., cfr. p. 1.239.

⁸³² Troncoso Larronde, *De los Bienes*, op. cit., cfr. p. 174.

⁸³³ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratados de los Derechos Reales*, op. et ed. cit., t. II, cfr. p. 237.

⁸³⁴ Art. 827 *Codice* “*I beni immobili che non sono in proprietà di alcuno spettano al patrimonio dello Stato*”.

⁸³⁵ Art. 923 *comma 1 Codice* “*Le cose mobili che non sono proprietà di alcuno si acquistano con l'occupazione*”. *Comma 2* “*Tali sono le cose abbandonate e gli animali che formano oggetto di caccia o di pesca*”.

determinado. Con todo, cabe sostener que la renuncia liberal al derecho de propiedad integra una hipótesis de donación indirecta, como parece apuntar en tal sentido el artículo 1.350 del *Codice*⁸³⁶, en el sentido conforme al cual los actos de renuncia a los derechos reales sobre bienes inmuebles deben hacerse mediante inscripción, bajo pena de nulidad⁸³⁷.

En Chile resultan aplicables las ideas precedentemente reseñadas. En efecto, si el titular de un derecho de dominio sobre un inmueble lo abandona, tal renuncia es solemne, pues se trata de aquellos títulos que deben inscribirse (artículo 52 N° 3 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces), lo que implica que debe otorgarse por instrumento público (artículos 13 y 32 del mismo Reglamento). Una vez inscrito el abandono, el inmueble pasa a ser propiedad del Fisco, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 590 del Código Civil. No puede tratarse de una donación irrevocable en la que el Fisco sea el donatario, toda vez que, en el abandono, no interviene la voluntad de éste, es decir, la renuncia sigue siendo un acto unilateral, por lo que sí estaremos frente a un caso de liberalidad no donatoria.

En el mismo sentido, si el titular de un derecho de dominio sobre un bien mueble lo abandona, tal renuncia no está sujeta a solemnidad alguna⁸³⁸, toda vez que las solemnidades son excepcionales y, por tanto, de derecho estricto; en este sentido, no existe ninguna disposición legal que exija alguna solemnidad para el abandono de un derecho de dominio constituido sobre cosa mueble. El efecto que produce tal abandono, a diferencia de lo que ocurre con los inmuebles, es que el bien mueble pasa a ser *res derelictae* y, por tanto, una cosa que no tiene dueño; en consecuencia, puede ser adquirida por su primer ocupante. Pero, en este caso, no hay tradición; no hay, por tanto, un desplazamiento patrimonial y, a mayor abundamiento, la voluntad del ocupante interviene con posterioridad, cuando la cosa ya ha sido abandonada⁸³⁹. De esta manera, no puede tratarse de una donación irrevocable, sino que de una liberalidad no donatoria.

3.2.4.3 La renuncia traslativa.

En Italia, para Biondi es aquélla en la que se concibe una liberación donatoria respecto de un derecho ajeno, pero con efecto obligatorio, esto es, cuando el donante se compromete frente al donatario a procurarle la liberación frente a un tercero, titular del derecho⁸⁴⁰.

Por su parte, según Gianola, la renuncia traslativa se presenta cuando estamos frente a un acto unilateral en que el titular de un derecho real limitativo del dominio renuncia a él⁸⁴¹; cuando

⁸³⁶ Art. 1.350 *Codice* “Devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità: 1) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 5) gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti”.

⁸³⁷ Gianola, op. cit., cfr. pp. 384 – 385. En el mismo sentido, Torrente señala que la adquisición del inmueble o del bien mueble es fruto indirecto del acto de autonomía, siendo, en cambio, consecuencia directa del mecanismo de la *inventio*. Esto no excluye, naturalmente que, si la parte se había valido de la renuncia para aventajar a la persona a quien se beneficia por ley, habría una donación indirecta. Torrente, op. cit., cfr. p. 213.

⁸³⁸ Martínez Bustos, op. cit., cfr. p. 67.

⁸³⁹ Para que opere la ocupación, el artículo 606 del Código Civil exige que el ocupante aprehenda la cosa con la intención de adquirirlas. De ahí que se ha sostenido por algunos autores que estaríamos frente a un acto jurídico, pues se trataría de una manifestación de voluntad destinada a producir consecuencias jurídicamente relevantes. Rozas Vial, op. cit., cfr. p. 124. En el mismo sentido, Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Bienes*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, cfr. p. 215. Sin embargo, esta opinión no es compartida por toda la doctrina; modernamente Hernán Corral ha planteado que esa intención de adquirir estaría implícita en el acto de apoderamiento y, por lo mismo, no se trataría de un acto jurídico, sino que de un hecho jurídico. Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, op. cit., cfr. pp. 261 – 262.

⁸⁴⁰ Biondi, op. cit., cfr. p. 399.

⁸⁴¹ Que nosotros, por razones más bien didácticas, toda vez que la forma en que operan es diferente, hemos tratado por separado. Vid. Supra. 3.2.4.2.

renuncia un copropietario; cuando se renuncia al derecho de propiedad a favor de un sujeto determinado en los casos en que ello es posible, como cuando se renuncia a la propiedad del predio sirviente a favor del propietario del predio dominante; cuando renuncia un coheredero o colegatario, o cuando renuncia el titular de un derecho real de garantía. Se habla de renuncia traslaticia, por cuanto ella produce un efecto traslativo, importando un empobrecimiento del disponente y un enriquecimiento para otro sujeto: el titular de la nuda propiedad; el destinatario de la renuncia; los otros propietarios, coherederos o colegatarios, o el propietario del bien que estaba gravado con la garantía. En los casos en que dicha renuncia es gratuita, puede responder tanto a motivaciones puramente altruistas, o bien, a fines interesados⁸⁴².

A juicio de Messineo, es incorrecto hablar de renuncia traslaticia, porque ésta es un tipo especial de transferencia, mientras que la renuncia verdadera y propia implica la dimisión de un derecho, sin influjo sobre la suerte futura del mismo; por la misma razón, no constituyen renuncia las denominadas renuncia restitutoria ni la renuncia remisiva⁸⁴³.

Gianola agrega que, en la renuncia traslaticia, es posible advertir el esquema propio de la donación entre vivos. Si bien se discute la necesidad de la aceptación del donatario, mayoritariamente se entiende que es aplicable, incluso a la donación, el esquema de formación previsto en el artículo 1.333 del *Codice*⁸⁴⁴, conforme al cual el contrato con obligaciones solo para el proponente se perfecciona si, a la propuesta, sigue la falta de rechazo del ofrecimiento. Ello se justifica en el tenor literal de la disposición citada, ya que no distingue entre contrato formal y no formal, así como también por el hecho que la previsión de una cierta forma responde a la exigencia de garantizar la ponderación de la voluntad de aquél que se obliga. Por tanto, no habría ninguna razón para adoptar las mismas precauciones, incluso frente a ese sujeto, el promisorio, que de la conclusión del contrato no sufre perjuicio alguno. La aceptación se haría necesaria, y estaría sujeta al requisito de la forma pública cuando el acto liberal importa la transferencia de la propiedad de un bien inmueble, pues, en tal caso, el donatario, además de lucrar de las ventajas, también asume las responsabilidades asociadas a la titularidad de aquel derecho. Agrega que, a la posibilidad de aplicar también a la donación el esquema de perfeccionamiento previsto en el artículo 1.333 del *Codice*, es posible agregar otro dato: la oposición entre el contrato con obligaciones solo para el proponente a que se refiere el artículo citado y el acto unilateral se ha redimensionado con el paso del tiempo y actualmente ha devenido muy tenue. Por lo tanto, la estructura unilateral del acto abdicativo no aparece en grado suficiente para justificar la exclusión de la aplicación a la renuncia traslaticia liberal de las reglas previstas para la donación, en particular aquellas establecidas para la forma⁸⁴⁵.

Por ello, a su juicio, las razones para excluir la necesidad del acto público para la validez de la renuncia traslaticia liberal son otras: en primer lugar, se ha visto en esta figura una hipótesis de donación indirecta (que hemos preferido denominar liberalidad no donatoria). El legislador se ocupa en diversos casos de la renuncia traslaticia, sin distinguir la renuncia liberal de aquella interesada y limitándose a establecer formas particulares cuando el acto abdicativo concierne ciertos bienes; así, el artículo 1.350 del *Codice* establece que los actos de renuncia a los derechos reales sobre bienes raíces deben hacerse por escrito so pena de nulidad, mientras que el artículo 2.879⁸⁴⁶ del mismo cuerpo legal prevé que la renuncia del acreedor a la hipoteca debe hacerse por acto escrito. También es posible concluir que, como para la remisión de la deuda, también para la renuncia traslaticia liberal,

⁸⁴² Gianola, op. cit., cfr. pp. 380 – 381.

⁸⁴³ Messineo, op. cit., T. II, cfr. p. 52.

⁸⁴⁴ Art. 1.333 comma 1 *Codice* “La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata”.

⁸⁴⁵ Gianola, op. cit., cfr. pp. 382 – 383.

⁸⁴⁶ Art. 2.879 comma 1 *Codice* “La rinunzia del creditore all'ipoteca deve essere espressa e deve risultare da atto scritto, sotto pena di nullità”.

el legislador prevé la libertad de forma, excepto cuando se trata de un derecho real sobre bienes inmuebles, pues, en tal caso, se precisa de la escritura⁸⁴⁷.

Una segunda razón en apoyo a esta solución deriva de la fuerte capacidad atractiva atribuida al derecho de propiedad. Se observa como la función de la nuda propiedad se expresa al constituir el catalizador de última instancia en el cual se insertan los mecanismos automáticos de consolidación. Como la propiedad es el derecho más extenso que un particular pueda tener sobre una cosa, podría ser la única candidata a tal rol de catalizador de última instancia, asegurando, en cierto modo, que ninguna utilidad quede sin titular, no obstante el admitido desmembramiento del dominio. La consolidación con la propiedad parece también ser un mecanismo de última instancia, regla de clausura del sistema, el cual, con base a un principio de eficiencia, requiere de un contrato para constituir un derecho real en cosa ajena, pero no lo requiere para producir el efecto inverso. Por tanto, la renuncia traslativa liberal no se sujeta a las reglas del contrato liberal, en particular, no requiere de la forma prevista para este último⁸⁴⁸.

Esta idea no es compartida por Biondi quien sostiene que no se observa que la liberación derive del carácter de elasticidad, que es propio del dominio (observación vale para la propiedad y no para las obligaciones). La elasticidad se conecta al carácter abstracto de la propiedad; denota el fundamento de la extinción, pero no excluye el carácter atributivo de la renuncia: el derecho se extingue no en virtud de la elasticidad, que sirve de justificación a la extinción, sino porque este resultado es conforme a la voluntad del agente, la cual es ciertamente un primer respeto a la extinción y es determinante⁸⁴⁹.

El problema señalado también puede tener cabida en nuestro país. Si un comunero renuncia a su cuota en la cosa común, solamente se benefician los otros comuneros, quienes verán incrementadas sus cuotas en dicha cosa; algo similar se puede sostener respecto del coheredero o colegatario que repudia su asignación, de manera que desaparece el carácter abdicativo de la renuncia, toda vez que existiría una transferencia de la cuota de quien renuncia a favor de aquellos con los cuales comparte el derecho que existe sobre una misma cosa. Esta renuncia tendría mucha semejanza con la donación entre vivos si la referida renuncia se hace sin recibir nada a cambio.

Sin embargo, en nuestro concepto, el hecho de faltar el carácter abdicativo de esta clase de renuncia no es suficiente para que se pueda sostener que estamos frente a una donación irrevocable. En efecto, tratándose del comunero que renuncia a su cuota en la cosa común, dado que el legislador adoptó la concepción romano – clásica de la comunidad, en la que se hace necesario distinguir entre la cosa común y la cuota que cada comunero tiene en la cosa común, de manera que respecto de dicha cuota cada comunero es visto como dueño único, exclusivo y excluyente⁸⁵⁰, nada impediría que pudiera renunciar a su cuota⁸⁵¹; incluso si se hace por espíritu de liberalidad y tiene un beneficiario determinado que se conoce anticipadamente, la figura no se transforma en donación entre vivos, toda vez que – al ser una renuncia – no precisa de la aceptación de los demás comuneros, es decir, sigue siendo un acto unilateral. Esta forma de razonar podría, aparentemente, entrar en conflicto con el principio que señala que nadie puede adquirir derechos contra su voluntad, pues, en este caso, los

⁸⁴⁷ Gianola, op. cit., cfr. pp. 383 – 384.

⁸⁴⁸ Ídem, cfr. p. 384.

⁸⁴⁹ Biondi, op. cit., cfr. p. 402.

⁸⁵⁰ La Corte de Temuco, en sentencia de 25 de marzo de 1969, sostuvo que “el comunero de una comunidad de objeto singular tiene el dominio de su cuota en la masa y ésta se identifica con el único bien común”. Repertorio, T. IX, cfr. p. 143. En la misma línea, la Corte Suprema, mediante sentencia de 13 de enero de 1994, señaló que cada comunero es poseedor de su cuota. Repertorio, T. IX, cfr. p. 143.

⁸⁵¹ En este sentido, Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Bienes, op. cit., cfr. p. 100; Troncoso Larronde, *De los Bienes*, op. cit., cfr. p. 33; Barcia Lehmann, *Lecciones de Derecho Civil*. Los Bienes, op. cit., cfr. p. 36; Rozas Vial, op. cit., cfr. p. 109; Peñailillo Arévalo, *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, op. cit., cfr. pp. 496 – 497.

demás comuneros estarían adquiriendo la cuota del comunero que renuncia sin que haya intervenido la voluntad de aquellos; sin embargo, este conflicto es más bien aparente, pues siempre los demás comuneros conservan la facultad de renunciar a sus propias cuotas, de manera que, si no renuncian a ellas, habrá de entenderse que han aceptado adquirir la parte proporcional de la cuota del comunero que renunció.

En el caso del coasignatario que repudia su asignación tampoco se configura una donación entre vivos. Un primer argumento para sostener esto, por cuanto la repudiación es un acto jurídico unilateral⁸⁵² y, por lo tanto, el asignatario que repudia no precisa de la voluntad de los demás coasignatarios. Un segundo argumento para justificar la no configuración de una donación entre vivos, radica en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.239 del Código Civil, los efectos de la repudiación de una herencia o de un legado de especie o cuerpo cierto se retrotraen al momento de la delación, por lo tanto, ha de entenderse que el coasignatario que repudia nunca ha tenido derechos sobre su asignación, de manera que no puede predicarse el desplazamiento patrimonial que caracteriza a la donación irrevocable⁸⁵³.

3.2.4.4 La renuncia que se hace en una convención.

En este caso, el problema se presenta cuando, pudiendo realizarse el efecto adquisitivo del derecho a favor de otro en virtud de una renuncia abdicativa propiamente tal, como resultado indirecto de un negocio unilateral, las partes acuerdan otra cosa: que la renuncia sea aceptada por la otra parte⁸⁵⁴.

En este caso, Cariota – Ferrara entiende que se está frente a un contrato que, si se ha hecho a título gratuito, debe calificarse de donación⁸⁵⁵. Como consecuencia de ello, a juicio de Gianola las reglas dadas para la donación irrevocable encuentran aplicación cuando la renuncia asume la estructura de un acuerdo. El acuerdo abdicativo liberal constituye una donación directa – la donación liberatoria – y, por tanto, está sujeta al requisito del acto público⁸⁵⁶; entonces, la pregunta que surge es si las normas dadas para el contrato regulan también el acto abdicativo liberal.

La opinión del carácter contractual se basa sobre la consideración que la renuncia no es disposición del derecho, sino que no significa que solo el titular del derecho pueda actuarla por sí y que no pueda concurrir la libertad de otro sujeto. Del resto, se observa, en la ley estarían configurados casi como renunciaciones contractuales el mutuo disenso y la renuncia a la herencia⁸⁵⁷.

En nuestro país, este caso puede presentarse a propósito de la renuncia a los gananciales que puede pactarse en las capitulaciones prematrimoniales. Como es sabido, si la renuncia se hace en las capitulaciones prematrimoniales, solo puede renunciar la mujer y, como se trata de una renuncia, estamos frente a un acto jurídico unilateral, pues solamente precisaría de la voluntad de ella⁸⁵⁸; sin

⁸⁵² En este sentido, Elorriaga De Bonis, *Derecho Sucesorio*, op. cit., cfr. p. 88; Domínguez Benavente; Domínguez Águila, op. et ed. cits., t. I, cfr. p. 193; Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op. et ed. cits., vol. 1, cfr. p. 68; Troncoso Larronde, *Derecho Sucesorio*, op. cit., cfr. p. 239; Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. p. 197.

⁸⁵³ En el caso del legatario de género, se ha entendido que, como solo ha adquirido un crédito o derecho personal por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte, tanto su repudiación como su aceptación operan hacia el futuro, mirándose como legatario solamente desde que acepta. Domínguez Benavente, Ramón; Domínguez Águila, Ramón, op. et ed. cits., t. I, cfr. p. 219.

⁸⁵⁴ Torrente, op. cit., cfr. p. 214.

⁸⁵⁵ Cariota – Ferrara, Luigi, *El Negocio Jurídico* (traducción de Manuel Albaladejo). Aguilar, Madrid, 1956, cfr. pp. 116 -117.

⁸⁵⁶ Gianola, op. cit., cfr. p. 386.

⁸⁵⁷ Torrente, op. cit., cfr. p. 216.

⁸⁵⁸ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, op., vol et ed. cits., cfr. p. 296.

embargo, como se incorpora en una capitulación prematrimonial, que por definición son convenciones celebradas por los esposos⁸⁵⁹, también precisaría de la voluntad del esposo⁸⁶⁰.

A partir de la tesis sostenida por Patricio – Ignacio Carvajal, quien sostiene que la sociedad conyugal es una propiedad fiduciaria⁸⁶¹, Aedo plantea que si la mujer siempre ha tenido una titularidad, sujeta a la condición de la renuncia, ésta siempre sería un acto de disposición, en el sentido que ella tiene, durante la vigencia del régimen, un derecho latente o potencial y, una vez disuelto el régimen, un derecho que se consolida⁸⁶²; sin embargo Aedo⁸⁶³ adhiere a la tesis de Inés Pardo, para quien, esta renuncia a los gananciales que se hace en las capitulaciones prematrimoniales no constituye un acto unilateral de renuncia, sino que un pacto celebrado entre los esposos para establecer un régimen patrimonial del matrimonio distinto al de sociedad conyugal⁸⁶⁴, de manera que, en rigor, no se trataría de un acto de disposición.

Compartimos la idea de que la disposición de un derecho que aún no se adquiere no puede ser considerada como donación irrevocable, precisamente, por cuanto si el derecho aún no se adquiere, esto es, si el derecho todavía no se ha incorporado al patrimonio del disponente, no puede tener lugar el desplazamiento patrimonial que caracteriza a toda donación entre vivos.

Esta opinión ha sido compartida por la Corte Suprema, la cual, en un fallo del 16 de septiembre de 1929, sostuvo que la renuncia de los gananciales no importa donación; a partir de los artículos 1.715, 1.787 y 1.788 de nuestro Código Civil se desprende que se renuncia a los gananciales y donación entre vivos son dos instituciones diversas, toda vez que la renuncia solo puede hacerla la mujer a favor del marido, mientras que éste no puede renunciar, pero sí puede donar una parte de sus propios bienes a la mujer; por otro lado, las donaciones deben recaer sobre bienes que el cónyuge donante aporta al matrimonio, los que deben determinarse en las capitulaciones matrimoniales y, por

⁸⁵⁹ Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 19.

⁸⁶⁰ En este sentido, Aedo califica este hecho de paradójico, agregando que juega en ella la voluntad del otro contrayente. Aedo Barrena, Cristián, “Aspectos Relativos a la Renuncia a los Gananciales”, en Mondaca, Alexis; Aedo Cristián (ed.), *Estudios de Derecho de Familia IV. Cuartas Jornadas Nacionales. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Católica del Norte*, Thomson Reuters, Santiago, 2019, cfr. p. 266.

⁸⁶¹ Para sostener esta tesis, plantea que, disuelta la sociedad conyugal, se forma una comunidad, presumiéndose que la mujer aceptará los gananciales, a menos que ocurra el evento de que ella renuncie a los referidos gananciales. De esta manera, durante la vigencia de la sociedad conyugal, el marido es dueño de los bienes sociales, de conformidad con el artículo 1.750 del Código Civil, siendo considerado como propietario fiduciario, mientras que la mujer sería la fideicomisaria, pues, durante la vigencia de la sociedad conyugal, no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales y a ella pasa la propiedad de su mitad de gananciales al disolverse la sociedad conyugal, en el evento que no intervenga su renuncia. Carvajal Ramírez, Patricio – Ignacio, “El Haber Social como Propiedad Fiduciaria. Cuestiones sobre el Término de la Sociedad Conyugal y la Protección del Cónyuge más Débil”, en Domínguez, Carmen (coord.), *Estudios de Derecho de Familia III. Terceras Jornadas Nacionales. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018, cfr. p. 27. Agrega que, solo reconociendo cierta titularidad a la mujer desde el inicio de la sociedad conyugal, puede entenderse el artículo 1.783 del Código Civil. Carvajal, Patricio – Ignacio, op. cit., cfr. p. 139.

⁸⁶² Aedo Barrena, op. cit., cfr. p. 270.

⁸⁶³ *Ibidem*.

⁸⁶⁴ Pardo de Carvalho, Inés, “Consideraciones sobre los Regímenes Matrimoniales en la Legislación Chilena”, en *Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11, 1987, cfr. p.14. Agrega que, no obstante el tenor literal del artículo 1.719 del Código Civil, no es posible sostener que estemos en presencia de una auténtica sociedad conyugal, toda vez que, de los tres elementos que constituyen este régimen patrimonial - formación de un haber social, administración de los patrimonios por el marido y distribución de las ganancias por partes iguales al término del régimen - con la renuncia a los gananciales hecha en las capitulaciones prematrimoniales, solo subsiste uno de esos elementos: la administración de los patrimonios del marido. En consecuencia, la sociedad conyugal ha sido a tal punto desfigurada, que, necesariamente, ha de tratarse de un régimen patrimonial. Pardo de Carvalho, op. cit., cfr. pp. 12 – 16.

cuanto, para que haya donación, es menester que exista, de parte del donante, una disminución de su patrimonio y un aumento del patrimonio del donatario, mientras que los gananciales constituyen un mero derecho futuro e incierto, que no puede decirse que sea un bien que haya sido incorporado en el patrimonio de la mujer al momento de celebrarse las capitulaciones matrimoniales⁸⁶⁵.

3.2.4.5 La disposición de un derecho que aún no se adquiere.

En una primera aproximación, puede sostenerse que este tipo de renuncia no es donación, pues, quien renuncia a un derecho que aún no adquiere no se empobrece. Sin embargo, dando un paso más allá, podría sostenerse que la renuncia a la adquisición de un derecho que se tiene la facultad de adquirir puede importar un empobrecimiento⁸⁶⁶.

En nuestro país esta situación también puede presentarse a propósito de la renuncia a los gananciales que efectúa la mujer en las capitulaciones prematrimoniales. En este sentido, Aedo plantea que no puede tratarse de un acto de disposición⁸⁶⁷, dado que la mujer estaría renunciando a un derecho que adquirirá condicionalmente, sujeto a una doble condición para un acto de disposición de derechos futuros: que el matrimonio se celebre y que luego éste termine; a mayor abundamiento, durante la vigencia de la sociedad conyugal la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales⁸⁶⁸.

Compartimos la idea de que la disposición de un derecho que aún no se adquiere no puede ser considerada como donación irrevocable, precisamente, por cuanto si el derecho aún no se adquiere, esto es, si el derecho todavía no se ha incorporado al patrimonio del disponente, no puede tener lugar el desplazamiento patrimonial que caracteriza a toda donación entre vivos⁸⁶⁹. Ahora bien, tratándose de la renuncia anticipada de derechos hereditarios, esto es, de los derechos hereditarios que se adquirirán cuando fallezca una persona que está viva al momento de perfeccionarse la renuncia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.463 de nuestro Código Civil, dicha renuncia adolece de objeto ilícito y está sancionada con la nulidad absoluta.

4. Conclusiones del Capítulo Segundo

En el presente capítulo se ha podido demostrar que, en nuestro país, existe el principio de la libre disposición de los bienes, conforme al cual, el titular del derecho de dominio puede traspasar sus bienes sin que existan obstáculos o impedimentos que entraben la circulación de la propiedad, a menos que la ley los establezca expresamente y, en todo caso, sin que se pueda afectar el contenido esencial del derecho de propiedad, conforme lo establece el texto constitucional. Esa libre disposición es una manifestación del derecho de propiedad, sin perjuicio que, para ciertos casos de liberalidades

⁸⁶⁵ Repertorio, T. VII, cfr. pp. 188 – 189.

⁸⁶⁶ Torrente, op. cit., cfr. p. 214.

⁸⁶⁷ Comparte esta idea Inés Pardo, quien sostiene que la renuncia que se hace en las capitulaciones prematrimoniales se formula respecto de un derecho que no se ha generado y que podría no generarse; se trata, por tanto, de renunciar a una mera expectativa. Pardo de Carvalho, “Consideraciones sobre los Regímenes Matrimoniales en la Legislación Chilena”, op. cit., cfr. p.15.

⁸⁶⁸ Aedo Barrera, op. cit., cfr. p. 267.

⁸⁶⁹ En este sentido, una sentencia de la Corte de Valdivia señaló que la renuncia de los gananciales no es donación, ya que ésta exige la transferencia de parte de los bienes del donante al donatario y, aunque son bienes tanto las cosas corporales como las incorporales, cuando la mujer renuncia a los gananciales no transfiere ningún bien, sino que solo renuncia a una mera expectativa a cambio de algo positivo: la seguridad de salvar sus bienes de toda responsabilidad. Repertorio, T. IV, pp. 492 – 493.

no donatorias, como ocurre con la estipulación a favor de otro, se pueda utilizar como un fundamento adicional el principio de la autonomía privada.

Como consecuencia de lo anterior, la reglamentación legal de las donaciones entre vivos se perfila como una situación de excepción, pues, al establecer solemnidades para la celebración de este acto jurídico, claramente está configurando una limitación a la libre disposición de sus bienes que tiene el propietario de los mismos. Ello conlleva a que tales reglas limitativas de la donación entre vivos sean aplicables exclusivamente a ésta, no pudiendo aplicarse por analogía a las liberalidades no donatorias, atendido su carácter excepcional, conforme se verá en el siguiente capítulo.

Dichas liberalidades no donatorias, debidamente fundamentadas en el principio de la libre disposición de los bienes, pueden revestir diversas formas: la estipulación a favor de otro, la renuncia de un derecho, la renuncia, la remisión de la deuda, el contrato a favor de tercero, el acto de dotación en la función, la constitución del fondo patrimonial, el cumplimiento de la obligación ajena ejecutado con *animus donandi*, la inscripción del título de propiedad a nombre de otro, los alimentos voluntarios, etc. De ellas, se ha analizado con detalle la situación de la estipulación a favor de otro y la renuncia de un derecho.

En el caso de la estipulación a favor de otro, resulta claro que no se trata de una donación entre vivos. En efecto, el artículo 1.386 del Código Civil chileno exige, para estar frente a una donación irrevocable, que el bien donado forme parte del patrimonio del donante y que, en virtud de la donación, sea transferido al patrimonio del donatario, cuestión que no ocurre en la estipulación a favor de otro, toda vez que, en nuestro país, se ha aceptado, en cuanto a la naturaleza jurídica de esta figura, la teoría de la creación directa del derecho, lo que significa que el derecho nace directamente en el patrimonio del beneficiario y que nunca ha formado parte del patrimonio del estipulante, por lo que no se produce la transferencia que exige la disposición legal citada.

En el caso de la renuncia, también aparece claro que no se trata de una donación entre vivos. En efecto, si bien puede distinguirse entre renuncia abdicativa (o verdadera renuncia) y renuncia traslativa (o falsa renuncia), advirtiéndose claramente que en la primera no hay un efecto traslativo, pues nadie se beneficia con ella o, en caso que alguien se beneficie con ella, tal beneficio aparecería de manera indirecta, en la renuncia traslativa tampoco existe una transferencia del derecho del patrimonio del renunciante al patrimonio de otra persona, pues, siendo la renuncia un acto jurídico unilateral, no precisa de la voluntad de otra persona e, incluso en el evento que concurra en dicha renuncia la voluntad de quien pudiera resultar beneficiado, ello no la transforma en una donación entre vivos, toda vez que el efecto traslativo viene establecido por la ley y no depende de la voluntad de las partes.

Como se ha podido apreciar, la figura de las liberalidades no donatorias tiene consagración en el ordenamiento jurídico chileno, fundada en el principio de la libre disposición de los bienes. En el próximo capítulo corresponde examinar la incidencia de la distinción entre la donación irrevocable y las liberalidades no donatorias en dos aspectos que resultan relevantes: la exigencia de la insinuación de la donación, la formación de los acervos imaginarios, y la protección legal a la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal frente a la generosidad de su marido administrador ordinario de la sociedad conyugal.

Debido a que las figuras señaladas precedentemente, al aplicarse exclusivamente a las donaciones irrevocables, puede provocar una liberalización de las asignaciones forzosas, también se examinará, en el próximo capítulo, los límites a las liberalidades no donatorias, que tienen por finalidad proteger los derechos de terceros. Al hablar de límites, nos referimos a que los particulares no podrán recurrir a las liberalidades no donatorias, y deberán utilizar la figura jurídica de la donación entre vivos, cuando pretendan eludir una disposición legal de carácter imperativo o perjudicar a terceros.

CAPÍTULO III: LÍMITES A LAS LIBERALIDADES NO DONATORIAS Y ALGUNAS INSTITUCIONES APLICABLES SOLO A LA DONACIÓN ENTRE VIVOS

1. Introducción al Capítulo Tercero

Como ya hemos examinado en los capítulos anteriores, en nuestro sistema podemos distinguir claramente entre el contrato de donación entre vivos y otro tipo de liberalidades – que hemos denominado liberalidades no donatorias – y que se caracterizan por cuanto existiendo un enriquecimiento y un empobrecimiento, no hay, sin embargo, un desplazamiento patrimonial, el cual sería una característica propia del contrato de donación entre vivos.

Por otro lado, hemos advertido que, en nuestro sistema jurídico es admisible el reconocimiento a estas formas de liberalidad distintas del contrato de donación entre vivos, debido a que éstas encuentran su fundamento en el principio de la libre disposición de los bienes, sin perjuicio que algunos casos, como ocurre con la estipulación a favor de otro, puedan, además, justificarse en el principio de la autonomía privada, el cual permite que las personas podamos regular nuestros intereses de la manera que nos parezca más adecuada lo que incluye, por cierto, poder determinar quién se verá beneficiado por un acto que estemos celebrando.

La distinción entre donación irrevocable y liberalidades no donatorias tiene importancia en diversas figuras jurídicas: solo las donaciones entre vivos exigen el requisito de la insinuación; solo tales donaciones son útiles para la formación de los acervos imaginarios; solo ellas están sujetas a pagar el impuesto contemplado en la Ley N° 16.271; el marido casado bajo régimen de sociedad conyugal solo está autorizado para hacer donaciones de poca monta sin autorización de la mujer; etc. Sin embargo, tales situaciones no son aplicables a las liberalidades no donatorias, pues han sido concebidas exclusivamente para ser aplicadas a las donaciones irrevocables.

A partir de lo anterior, el propósito del presente capítulo es demostrar que la insinuación de la donación irrevocable es un requisito exigido exclusivamente para la donación irrevocable y la formación de los acervos imaginarios es un efecto propio del contrato de donación entre vivos, de manera que no cabe aplicarlos a las otras formas de liberalidades, que hemos denominado no donatorias. Solo se analizarán estas tres figuras jurídicas: insinuación, formación de acervos imaginarios y donaciones de poca monta que puede hacer el marido sin autorización de la mujer, cuando están casados bajo régimen de sociedad conyugal, por tratarse de situaciones propias del Derecho civil y del ámbito de las liberalidades. En efecto, incluir el análisis de la ley sobre Impuesto a las Herencias, Asignaciones y Donaciones implicaría adentrarse en otra rama del Derecho, con reglas y principios propios, lo que excedería del propósito de redactar una tesis dogmática de Derecho civil.

Dado que la insinuación de la donación, la formación de los acervos imaginarios y la posibilidad del marido de hacer donaciones de poca monta sin autorización de la mujer son figuras exclusivas del contrato de donación entre vivos, ello producirá como efecto la liberalización de la legítima como asignación forzosa, toda vez que, con ello, será posible celebrar ciertos actos dispositivos, a título gratuito que, por una parte, no requerirán de la insinuación y, por otra, no serán considerados a la hora de formar los acervos imaginarios, lo que se traduce en ampliar el abanico de actos jurídicos dispositivos que una persona puede celebrar en vida, sin que ello implique vulnerar a las legítimas en tanto asignación forzosa. Por otro lado, el hecho de limitar las disposiciones a título gratuito que puede hacer el marido casado bajo régimen de sociedad conyugal sin necesidad de contar con autorización de la mujer constituye una importante protección para ella cuando está casada bajo régimen de sociedad conyugal.

Finalmente, se hará una referencia a los límites al principio de la libre disposición de los bienes, que se encuentran en las figuras del fraude a la ley, pues la existencia de liberalidades no

donatorias puede implicar su utilización con el objeto de lesionar derechos de terceros, constituyendo una hipótesis de fraude a la ley, de manera que se hace necesario establecer que si el propósito de la liberalidad no donatoria es lesionar tales derechos, el tercero lesionado contará con algún mecanismo establecido por el ordenamiento jurídico para poder restablecer su derecho, y de la simulación, pues también resulta posible que las partes pretendan disfrazar una donación irrevocable bajo la forma de una liberalidad no donatoria con el propósito de lesionar los derechos de terceros.

2. La insinuación de la donación

2.1 La noción de insinuación.

La insinuación de la donación se encuentra regulada en el artículo 1.401 de nuestro Código Civil, cuyo inciso 2º dispone que la insinuación es “*la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario*”, agregando su inciso 3º que “*El juez autorizará las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal*”⁸⁷⁰.

Como explica Merino, se trata de una autorización judicial para proceder a la donación, solicitada por el donante o el donatario, y constituye una solemnidad de este contrato, pues se trata de un requisito externo exigido por la ley en consideración a la naturaleza del mismo y no al estado o calidad de las partes^{871 - 872}. Es, por tanto, una autorización previa⁸⁷³ que debe dar el juez competente, en un procedimiento no contencioso⁸⁷⁴; para tales efectos, el tribunal debe analizar las

⁸⁷⁰ Esta figura aparece en los trabajos publicados en El Araucano por Andrés Bello; el inciso 2º del artículo 22 del Título XX del Libro sobre Contratos y Obligaciones Convencionales, establecía que “*Se entiende por insinuación la autorización de juez competente de que conste por escritura pública firmada por él y el donante*”, disposición que después pasó a ser el artículo 218 del Libro De los Contratos y Obligaciones Convencionales, Bello, Andrés, *Obras Completas. Proyectos de Código Civil*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, Vol. XI, 1887, cfr. pp. 191, 460. Aparece luego en el Proyecto de 1853, cuyo artículo 1.581 inciso 2º disponía que “*Se entiende por insinuación la autorización de juez competente, solicitada por el donante*”. Bello, Andrés, *Obras Completas. Proyecto de 1853*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, Vol. XII, 1888, cfr. p. 374. En idénticos términos aparece en el artículo 1.581 inciso 2º del Proyecto Inédito. Bello, Andrés, *Obras Completas. Proyecto Inédito*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, Vol. XIII, 1890, cfr. p. 356.

⁸⁷¹ Merino Scheihing, op. cit., cfr. pp. 28 - 29.

⁸⁷² Cabe tener presente que, en la actualidad, el artículo 1.401 del Código Civil exige la insinuación para toda donación en la que el valor del objeto donado exceda de dos centavos. Originalmente, esta suma era de dos mil pesos; la cual fue modificada a veinte mil pesos en virtud de la Ley Nº 7.612; con posterioridad, con la conversión del peso al escudo que tuvo lugar en virtud de la Ley Nº 13.305, dichos veinte mil pesos pasaron a ser veinte escudos y, finalmente, al volverse al peso en virtud del DL Nº 1.123 de 1974, los veinte escudos pasaron a ser dos centavos de escudo. Corral Talciani, Hernán, “En Defensa de la *Insinuatio Donationis*”, Informe sobre el Proyecto de Ley que Elimina el Trámite de la Insinuación para las Donaciones entre Vivos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, Nº 3, 1999, cfr. p. 635. En la práctica, ello se ha traducido en que toda donación precisa de insinuación. Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. p. 808. De ahí que se ha presentado un proyecto de ley para actualizar dicha suma: se trata del boletín Nº 1367 - 07, que buscaba reemplazar la expresión “dos centavos” por “quince Unidades Tributarias Mensuales”, el cual, sin embargo, no prosperó y en la actualidad se encuentra archivado.

⁸⁷³ Aunque, en concepto de Somarriva, no es necesario que la donación y la insinuación se hagan simultáneamente, pues incluso se ha aceptado que la insinuación sea posterior a la donación, e incluso posterior a la aceptación del donatario. Somarriva Undurraga, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 706.

⁸⁷⁴ Dado que se trata de un procedimiento voluntario, es juez competente el del domicilio del interesado, teniendo presente que siempre será el interesado el donatario y, consecuentemente, será juez competente el del

condiciones de cada contratante, la determinación de la cosa que se trata de donar, el monto líquido del haber total del donante y sus cargas de familia y la causa de la donación⁸⁷⁵.

2.2 El fundamento de la insinuación.

Esta figura aparece en el Derecho romano postclásico cuando Constantino, a través de una ley del año 323, prescribió que la donación debía otorgarse por escrito ante un número indeterminado de testigos, inscribiéndose en un registro público y entregándose la cosa al donatario también ante testigos; en la legislación posterior, el trámite de la inscripción aparece como *insinuare actis, insinuatio*. Por su parte, Justiniano retornó al sistema clásico de la donación en la que actuaba como causa que podía operar a través de diversos actos, dando al mismo tiempo valor a la mera convención, para que así quedase el donante obligado a hacer la tradición de la cosa, creando, con ello, un nuevo acto donatorio típico que incluye en sí mismo la causa y la operación, pasando a ser la tradición el cumplimiento de una obligación nacida del contrato. Con todo, Justiniano mantuvo la exigencia de la insinuación, entendida como registro de un acto escrito, para las donaciones que superaran cierto valor, de manera que, si faltaba el documento escrito, la donación no vale en cuanto al exceso⁸⁷⁶.

La insinuación fue introducida en interés del donante y de su familia, protegiéndolos de las liberalidades exageradas y, además, en interés de terceros extraños, amparándolos de las liberalidades clandestinas⁸⁷⁷.

Este mecanismo de protección ha seguido diversos derroteros al examinar el derecho extranjero. En efecto, en Francia ha derivado en la exigencia de su otorgamiento ante notario, por regla general⁸⁷⁸, aunque se ha fundamentado dicha solemnidad, no solo en la necesidad de dejar constancia fehaciente de la voluntad exteriorizada⁸⁷⁹; sino también en la necesidad de garantizar la irrevocabilidad de la donación, lo que va en directo beneficio del donatario^{880 - 881}; en la protección al donante (debido a la propensión irreflexiva de mucha gente a despojarse de sus bienes⁸⁸²); así como

domicilio del donatario; pero, dependiendo de las circunstancias, también puede ser interesado el donante y, en tal caso, será juez competente el del domicilio de éste. Ídem, cfr. p. 707.

⁸⁷⁵ Solar Duarte; Muñoz Cid, op. cit., p. 39.

⁸⁷⁶ Guzmán Brito, *Derecho Romano*, op., vol. y ed. cit., cfr. p. 703 - 704.

⁸⁷⁷ Domínguez Hidalgo, Carmen, *Elogio de la Gratuidad*, Seminario de Titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1989, cfr. pp. 13 - 14.

⁸⁷⁸ Art. 931 Code «Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité».

⁸⁷⁹ Terré; Lequette; Gaudamet, op. cit., cfr. p. 474.

⁸⁸⁰ Conforme explica Piédelièvre, se garantiza la irrevocabilidad de la donación, pues el acta notarial queda materialmente en poder del notario y, por lo mismo, se asegura que el donante no pueda destruir dicha acta. Piédelièvre, op. cit., cfr. p. 586. Lo anterior, conforme señalan Terré, Lequette y Gaudemet, va en directo beneficio del donatario, pues impide que el donante pueda aniquilar este acto y recuperar la cosa donada. Terré; Lequette; Gaudamet, op. cit., cfr. p. 475.

⁸⁸¹ Malurie y Brenner explican que, en el antiguo Derecho francés, a partir del Siglo XIII, la irrevocabilidad de la donación se garantizaba mediante la tradición real e irrevocable de la cosa donada que, progresivamente, se transformó de una regla de forma a una regla de fondo. A partir del siglo XVIII, la exigencia de un acta notarial sustituyó la exigencia de la tradición. Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 239. Terré, Lequette y Gaudemet precisan que, en el Derecho intermedio, el juez de paz sustituyó al notario, volviéndose a la regla original por los redactores del Code. Terré; Lequette; Gaudamet, op. cit., cfr. p. 474.

⁸⁸² Terré, Lequette y Gaudemet explican que el legislador ha visto con desconfianza la intención liberal y, consecuentemente, los actos gratuitos. De esta manera, sin prohibir la donación, el legislador estima necesario que la voluntad del donante sea particularmente libre, lo que supone a la vez que sea otorgado al margen de

también para salvaguardar los intereses de la familia del donante⁸⁸³, pues el donante dudará de privarse de sus bienes en presencia de un notario⁸⁸⁴, y desalentará las donaciones inmorales. Además de lo anterior, el acta notarial permite conservar la prueba de la celebración de la donación⁸⁸⁵.

Por su parte, en España también se ha sostenido que se trata de un contrato formal, lo que se justifica en una exigencia de mayor madurez y reflexión por parte del donante, que la que se exige en los actos onerosos; ello, debido a la incidencia que la donación tendrá en su patrimonio, evitando, de esta manera, las donaciones impulsivas y precipitadas⁸⁸⁶. Por otro lado, la justificación de la exigencia de solemnidades también se encuentra en la necesidad de proteger a los acreedores y legitimarios del donante⁸⁸⁷; en la necesidad de una mayor posibilidad de prueba, especialmente si se trata de bienes de cierta trascendencia económica. Si se trata de bienes muebles, la donación puede ser verbal (en cuyo caso se exige la entrega simultánea de la cosa, entrega que puede ser real o ficta, esta última, siempre y cuando implique que la cosa donada ha pasado a poder del donatario) o por escrito (describiendo los bienes donados). Si se trata de inmuebles, se exige escritura pública, en la que deben individualizarse los bienes donados y el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario^{888 - 889}.

Por otro lado, en Italia la donación también es considerada como un negocio solemne, ya que debe ser hecha por acto público y en presencia de testigos⁸⁹⁰, solemnidades que se exigen cualquiera sea la naturaleza del bien donado – mueble o inmueble – o su valor⁸⁹¹; además, tratándose de la donación de cosas muebles, el acto o la nota que lo acompaña también debe contener la indicación específica de los objetos donados y de su valor⁸⁹². El acto público está definido en el artículo 2.699 del *Codice*⁸⁹³, como el documento redactado, con la requerida formalidad, por un notario o por otro funcionario público autorizado para atribuirle la fe pública en el lugar donde se constituya la escritura. Según Messineo, estas solemnidades se fundamentan en la función práctica de influir en la voluntad

toda presión y que sea extremadamente claro sobre el alcance de su acto. Terré; Lequette; Gaudamet, op. cit., cfr. p. 475.

⁸⁸³ Como explican Terré, Lequette y Gaudamet la idea de la conservación de los bienes en las familias impregna profundamente el derecho de las liberalidades. *Ibidem*.

⁸⁸⁴ Piédelièvre agrega que se espera que el deber de aconsejar del notario, a este respecto, sea eficaz, y que él alertará al donante contra los peligros que la donación puede conllevar para los suyos. Piédelièvre, Stéphane, op. cit., cfr. p. 586.

⁸⁸⁵ Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 241.

⁸⁸⁶ Martínez de Aguirre, De Pablo, Pérez y Parra, junto con señalar la necesidad de proteger al donante de irreflexivos impulsos de generosidad, llevándolo a que actúa con mayor deliberación, también se refieren a evitar la posibilidad de captar su voluntad. Martínez de Aguirre Aldaz, Carlos; De Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel Ángel; Parra Lucán; María Ángeles, *Curso de Derecho Civil (II)*. Derecho de Obligaciones, Colex, Madrid, 4ª ed., 2014, cfr. p. 573.

⁸⁸⁷ Esta protección se justifica en que la donación supone un acto de disposición sin contraprestación; de esta manera, la exigencia de solemnidades facilita el ejercicio de las acciones que protegen a acreedores y legitimarios. *Ibidem*.

⁸⁸⁸ Costas Rodal Lucía, “Contrato de Donación”, en Bercovitz, Rodrigo (Director), *Tratado de Contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, T. II, 3ª ed., 2020, pp. 2.860 – 2.941, cfr. pp. 2.875 – 2.876.

⁸⁸⁹ Art. 633 inc. 1º CC español “Para que sea válida la donación de cosa inmueble, ha de hacerse en escritura pública, expresándose en ella individualmente los bienes donados y el valor de las cargas que deba satisfacer el donatario”.

⁸⁹⁰ Art. 782 comma 1º Codice “La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell'atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio”.

⁸⁹¹ Bondi, op. cit., cfr. p. 430.

⁸⁹² Trabucchi, op. cit., cfr. pp. 667 – 668.

⁸⁹³ Art. 2.699 Codice “L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato”.

del donante, en el sentido que sea consciente respecto de la importancia económica del acto que realiza, así como también respecto del empobrecimiento que el acto importa para él⁸⁹⁴. A juicio de Biondi, tales exigencias dan cuenta de una hostilidad legislativa a la donación⁸⁹⁵.

Las razones dadas para justificar las solemnidades de la donación entre vivos no son compartidas por Biondo Biondi, quien las califica de insensatas y arbitrarias, pues – al examinar la reglamentación que ha hecho la legislación italiana – ésta solo da cuenta de una regulación neutra. En efecto, a su juicio, no es posible sostener que la exigencia de la forma pública de la donación tenga por finalidad frenar las donaciones, si, por otro lado, la misma ley permite realizar una amplia gama de liberalidades de forma distinta del acto público⁸⁹⁶, solo que se concretan en un acto distinto del contrato⁸⁹⁷.

De esta manera, excluida esta supuesta hostilidad del legislador hacia la donación – continúa – es difícil encontrar una razón que permita justificar la necesidad de un acto público en la donación, especialmente si se tiene en consideración que tal exigencia deriva de la naturaleza misma del acto y no del valor o de la naturaleza del bien donado. Así, puede entenderse que se haya intentado justificar estas solemnidades en la irrevocabilidad de la donación, pues, en el Derecho romano tardío, la donación era considerada como un acto jurídico unilateral, escrito por el mismo donante, de manera que existía el riesgo de que éste destruyera el documento a su arbitrio, debilitando la referida irrevocabilidad. De ahí que el ordenamiento francés haya exigido que el acto en el que consta la donación debiese quedar en poder del notario. Sin embargo, esta justificación ya no tiene razón de ser, toda vez que si, por una parte, lo que se busca es proteger la irrevocabilidad del acto, para ello no era necesaria la exigencia de la forma pública y, por otra parte, dado que el *Codice* entiende que la donación es un contrato y, consecuentemente, un acto jurídico bilateral que, por tanto, se entiende que en su otorgamiento intervienen tanto la voluntad del donante como del donatario, bastaba con el otorgamiento de dos copias del mismo instrumento en el que consta la donación para garantizar la irrevocabilidad⁸⁹⁸.

Por otro lado, continúa Biondi, si la razón que justifica el acto público de la donación se encuentra en la protección de la familia y, en particular, en la conservación de los bienes en la familia, ya que, si al imponer la solemnidad se ha querido llamar la atención del donante respecto de los intereses de la familia, así como proporcionar una prueba indiscutible en torno a la existencia y valor de la donación, tales consideraciones carecen de valor en la actualidad, toda vez que los intereses familiares están resguardados por la institución de la legítima, sin que el acto notarial proporcione, respecto del hecho de la donación, como respecto de su valor, mayor certeza de aquélla que puede proporcionar una escritura privada⁸⁹⁹.

Algo similar, sostiene Biondi, acontece cuando se recurre, para justificar la exigencia del acto público en la donación, a la protección de los intereses de terceros, de los acreedores o de los legitimarios. En efecto, los intereses de terceros están suficientemente protegidos con la transcripción que con el acto notarial; los intereses de los acreedores están resguardados por la acción pauliana, ordinaria y concursal, y no por la forma notarial, y, en cuanto a los intereses de los legitimarios, éstos se encuentran protegidos por la reducción, para la cual la forma notarial resulta indiferente, toda vez

⁸⁹⁴ Messineo, op. et ed. cit., t. V, cfr. p. 22.

⁸⁹⁵ Biondi, op. cit., cfr. p. 435.

⁸⁹⁶ El autor da como ejemplo el artículo 809 del *Codice* que, en su inciso primero dispone “*Le liberalità, anche se risultano da atti diversi da quelli previsti dall'art. 769, sono soggette alle stesse norme che regolano la revocazione delle donazioni per causa d'ingratitude e per sopravvenienza di figli, nonché a quelle sulla riduzione delle donazioni per integrare la quota dovuta ai legittimari*”.

⁸⁹⁷ Biondi, Biondo, op. cit., cfr. p. 436.

⁸⁹⁸ Ídem, cfr. pp. 436 – 437.

⁸⁹⁹ Ídem, cfr. p. 437.

que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 809 del *Codice*, la reducción se aplica tanto a la donación entre vivos como a los actos de liberalidad diversos del contrato de donación⁹⁰⁰.

Por otro lado, continúa Biondi, se ha dicho que la exigencia del acto público excluye o atenúa la posibilidad de la captación⁹⁰¹, fundamento que no comparte, pues, si bien es cierto que la presencia de un notario hace menos posible la captación, también debe considerarse que la ley permite que se otorgue un testamento sin la intervención de un notario, y en éste la captación es más frecuente, de manera que no se observa por qué en la donación el legislador exigió la forma pública con la finalidad de hacer más difícil la captación; si ésta es más frecuente en los actos *mortis causa*, entonces la ley debería haber prescrito para ellos, al igual que para la donación, la forma pública⁹⁰².

Otra razón que se ha dado para justificar la exigencia del acto público en la donación, continúa Biondi, es la protección de los intereses del donante, ya que la forma solemne pretende excluir que una persona, empujada por un impulso altruístico momentáneo, sea inducido a hacer una donación que podría comprometer gravemente su patrimonio. Sin embargo, esta preocupación es más imaginaria que real; el impulso altruístico y contrabalanceado, también superado, del sentimiento egoísta de la conservación del propio patrimonio, por encima de cualquier providencia legislativa, aparece también cuando se dispone por causa de muerte; quien lo hace ha comprendido que ya no puede conservar su patrimonio, por lo tanto, necesariamente es inducido a hacer aquella liberalidad que quizás nunca habría hecho en vida, por cuanto, por el resguardo de la donación, el disponente está muy consciente que su patrimonio permanece agotado, y que atribuye a los otros aquello que muy bien podría conservar⁹⁰³.

Concluye sus reflexiones señalando que, si bien la exigencia del acto público da lugar a una mayor reflexión y consciencia por el hecho de presentarse delante de un notario, en relación con la simple redacción de una escritura privada, ello no es suficiente para justificar que la donación deba otorgarse en una forma más rigurosa que aquella requerida para cualquier otro acto de disposición⁹⁰⁴.

En Chile, la prueba de que la insinuación tiene por finalidad proteger a la familia se encuentra en el artículo 1.406 del Código Civil, ya que las donaciones por causa de matrimonio, esto es, las que se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales, no requieren de esa solemnidad, precisamente, porque se entienden establecidas para favorecer la formación de una familia matrimonial⁹⁰⁵.

Meza entiende que el fundamento de la insinuación se encuentra en el propósito del legislador de garantizar las asignaciones forzosas⁹⁰⁶; en efecto, el juez solo autorizará la donación si el patrimonio del donante es de tal fuerza que la donación no perjudicará el derecho futuro de legitimarios y asignatarios de cuarta de mejoras⁹⁰⁷.

Hernán Corral, dando un paso más allá, entiende que la insinuación en las donaciones entre vivos se presenta como un límite al derecho de propiedad, fundado en su función social: su finalidad es impedir que se ejerza abusivamente el derecho de propiedad, de manera que la disposición gratuita

⁹⁰⁰ *Ibidem*.

⁹⁰¹ Se entiende por captación el proceso lento y preciso que adopta una persona para hacerse, dolosamente, de la benevolencia de un tercero con el fin de obtener una ventaja para sí misma. La captación produce la ineficacia de la manifestación de voluntad del tercero que la recibe.

⁹⁰² Biondi, *op. cit.*, cfr. pp. 437 – 438.

⁹⁰³ *Ídem*, cfr. p. 438.

⁹⁰⁴ *Ídem*, cfr. pp. 438 – 439.

⁹⁰⁵ Domínguez Hidalgo, *op. cit.*, cfr. p. 36.

⁹⁰⁶ Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, *op. cit.*, cfr. p. 209.

⁹⁰⁷ Somarriva Undurraga, *op.*, vol. et ed. *cits.*, cfr. p. 359.

que haga de sus bienes su titular, ello redunde en un beneficio no solamente para el propietario, sino que también para su familia⁹⁰⁸.

A nuestro entender, la exigencia de la insinuación de la donación se encuentra tanto en la protección del donante, como en la protección de su familia, y en la protección del donatario.

Por una parte, resulta claro que la insinuación de la donación protege al donante, pues, como se ha señalado, se busca protegerlo de actos que puedan privarlo de un bien sin que exista una contraprestación; de esta manera, se busca proteger la libertad del donante evitando que su voluntad pueda ser influida por un beneficiario particularmente hábil en captar la donación; en consecuencia, se busca la voluntad del donante sea particularmente libre, para lo cual se pretende que tenga cabal conocimiento de la envergadura del acto que va a celebrar, protegiéndolo, al mismo tiempo, de las presiones de que pueda ser objeto⁹⁰⁹.

Por otra parte, se busca proteger a la familia del donante y, particularmente, se pretende proteger el patrimonio familiar. En efecto, la exigencia de la insinuación permite, en primer lugar, facilitar la prueba de la donación entre vivos, pues asegura la conservación de la misma, lo que tiene importancia en la otra figura que se examinará más adelante: la formación de los acervos imaginarios⁹¹⁰. Entendemos que, cuando el juez autoriza la donación, es porque ha considerado el total del fuerzas del patrimonio del donante y advierte que la donación no implicará una disminución considerable del mismo que vaya a perjudicar a la familia del donante, tanto durante la vida de éste, en el entendido que lo que resta de su patrimonio es suficiente para solventar sus gastos y los de su familia, como al momento de su fallecimiento, pues las donaciones entre vivos celebradas con terceros extraños no serán de tal magnitud que impliquen un desconocimiento de las asignaciones forzosas.

Finalmente, se protege al donatario, pues, al autorizarse la donación por el juez, se entiende que dicha donación entre vivos, salvo circunstancias excepcionales, no debiera ser ineficaz, es decir, no debiera anularse, resolverse o revocarse.

Todas estas razones justifican que existan dos categorías de donaciones entre vivos que no estén sujetas a insinuación, conforme se desprendería del artículo 1.188 inciso 2º del Código Civil chileno: el don manual o donación de cosas corporales muebles cuyo valor no supere los dos centavos y los regalos de costumbre⁹¹¹ o liberalidades de uso⁹¹². Sin perjuicio de ello, debemos advertir que el artículo 5º del DL N° 359, de 1974, establece que las donaciones que se hagan a corporaciones o fundaciones de carácter benéfico estarán exentas del trámite de la insinuación.

2.3 Razones que justifican que la insinuación sea un requisito exclusivo del contrato de donación entre vivos.

Como ya se ha anticipado, una de las razones por las cuales interesa la distinción entre la donación entre vivos y las liberalidades no donatorias, se encuentra en que la figura de la insinuación de las donaciones sería un requisito (en rigor, una solemnidad) de las donaciones entre vivos, pero no se trataría de una exigencia de las liberalidades no donatorias.

Ya se ha demostrado, a lo largo de esta investigación, que entre las expresiones “liberalidad” y “donación entre vivos” existe una relación de género a especie, en la que “liberalidad” es el género

⁹⁰⁸ Corral Talciani, “En Defensa de la *Insinuatio Donationis*. Informe sobre el Proyecto de Ley que Elimina el Trámite de la Insinuación para las Donaciones entre Vivos”, op. cit., cfr. p. 638.

⁹⁰⁹ Domínguez Hidalgo, op. cit., cfr. p. 50.

⁹¹⁰ Domínguez Hidalgo, op. cit., cfr. pp. 51 – 52.

⁹¹¹ Que, en la práctica, entendemos no existen.

⁹¹² Rogel entiende que la expresión “liberalidades de uso” se refiere a los regalos y presentes de costumbre realizados en cumplimiento de un uso que constriñe a ello. Rogel Vide, op. cit., cfr. p. 23.

y la “donación entre vivos” es solo un tipo de liberalidad, de ahí que existen buenas razones para sostener que la figura de la insinuación solo se aplica a las donaciones entre vivos.

2.3.1 La reglamentación que ha hecho el legislador de la donación entre vivos.

Cabe sostener que la insinuación es una exigencia que se ha establecido exclusivamente para la donación entre vivos, precisamente, porque el legislador la ha reglamentado en el artículo 1.401 del Código Civil, a propósito de dicha figura. En consecuencia, el legislador no ha establecido la insinuación como una institución aplicable a toda liberalidad.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia. En una sentencia de la Corte Suprema del año 2007, el máximo tribunal rechazó un recurso de casación en el fondo en el que se buscaba anular una compra para otro por no haberse cumplido con el trámite de la insinuación de la donación, debido a que, a juicio de la Corte, existe una clara diferencia entre la estipulación a favor de otro y la donación entre vivos. En la primera, una de las partes, llamada estipulante, contrata directamente con otra parte, llamada promitente, para que los efectos favorables de la convención se radiquen definitivamente en el patrimonio de un tercero, llamado beneficiario, quien los acepta para sí; mientras que, en la donación entre vivos, una de las partes, llamada donante, transfiere de manera gratuita bienes, que forman parte de su patrimonio, a la otra parte, llamada donatario, quien los acepta para sí, incorporándolos a su patrimonio⁹¹³.

2.3.2 Cuando el legislador quiso hacer aplicables las reglas de la donación entre vivos a otras figuras jurídicas, lo dijo expresamente.

Como se ha demostrado, las reglas establecidas entre los artículos 1.386 a 1.436 del Código Civil, en principio, solo son aplicables a la donación entre vivos y, cuando el legislador las ha querido aplicar a otras figuras jurídicas, lo ha dicho de manera expresa, como ocurre en las siguientes disposiciones:

2.3.2.1 Artículo 403 del Código Civil.

Esta disposición está ubicada a propósito de la administración de bienes que hacen tutores y curadores, y señala que *“La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación”*.

A partir de esta disposición se puede sostener que, en concepto del legislador, si bien la remisión gratuita de un derecho no es una donación, se sujeta a las reglas de la misma; en consecuencia, si un tutor o curador desea hacer una remisión gratuita de una deuda tendrá que pedir la correspondiente autorización judicial para poder proceder a ella.

2.3.2.2 Artículo 1.653 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito de la remisión como modo de extinguir las obligaciones y señala que *“La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita”*.

Como puede advertirse, este artículo se está refiriendo a la condonación de una obligación que hace el acreedor sin obtener, de parte de su deudor, una contraprestación. Luego, esta disposición no solo hace aplicables las reglas de donación entre vivos, sino que expresamente señala que necesita de insinuación en los mismos casos en que se exige para la donación entre vivos.

⁹¹³ Considerando octavo. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2.039 – 2005, caratulados “Díaz con Chávez”.

2.3.2.3 Artículo 2.278 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito del contrato de constitución de renta vitalicia y señala, en su inciso primero, que “*Cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente, no hay contrato aleatorio*”, agregando su inciso segundo que “*Se sujetará por tanto a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables*”, es decir, esta disposición, al referirse al contrato de constitución de renta vitalicia a título gratuito, establece, en primer lugar, que no es un contrato aleatorio y, en segundo lugar, que sin calificarlo expresamente como una donación entre vivos, le hace aplicable las reglas de esta, lo que se traduce en que será necesario contar con la autorización judicial constitutiva de la insinuación.

2.3.3 El fundamento mismo de la figura de la insinuación.

Como hemos señalado, la insinuación y, en general, las solemnidades a que la ley sujeta la donación, tienen por finalidad proteger al donante, a su familia y al donatario.

Si examinamos lo que ocurre con las liberalidades no donatorias, advertiremos que no se necesita tal protección. En efecto, cuando hablamos de proteger al donante, lo que se busca es que no vea disminuido su patrimonio a tal punto que se encuentre en una situación tal que no pueda subsistir por sí mismo, peligro que no se corre en los casos en que ejecuta o celebra en algunos casos de liberalidad no donatoria, por ejemplo, en la estipulación a favor de otro, toda vez que no sale un bien del patrimonio del estipulante. Por otro lado, en la renuncia, atendido su carácter abdicativo, no se hace necesario proteger a quien pudiera beneficiarse con esa renuncia, pues la renuncia no se hace para beneficiar a una persona determinada.

2.3.4 Una aplicación extensiva de la insinuación a las liberalidades no donatorias afecta la tendencia a la globalización de las figuras jurídicas.

Es sabido que, desde hace algún tiempo, ha surgido un movimiento que busca la armonización de los ordenamientos jurídicos en materia de obligaciones y contratos. Este proceso ha surgido en Europa, por necesidades del comercio internacional⁹¹⁴, a partir de diversos instrumentos que han dado origen a un nuevo derecho europeo de los contratos⁹¹⁵, justificándose en que la enorme diversidad de legislaciones en esta materia, se traduce en un aumento de los costos en la contratación transfronteriza, lo que, a su turno, se traduce en una barrera al comercio⁹¹⁶; en este sentido, la elección de la legislación aplicable por las partes, no siempre es una solución al problema de los mayores costos, pues, por una parte, existen normas imperativas que limitan la elección de legislación y, por otra, la diferencia del poder negociador entre los contratantes impide sostener que la elección de la legislación aplicable corresponda a una decisión libremente consentida entre los contratantes⁹¹⁷.

Por otro lado, también se ha argumentado a favor de la armonización, sosteniéndose que la diversidad legislativa produce incertidumbre jurídica que afecta el adecuado funcionamiento del

⁹¹⁴ Prado López, Pamela, *La Colaboración del Acreedor en los Contratos Civiles*, Thomson Reuters, Santiago, 2015, cfr. p. 12.

⁹¹⁵ Juan Pablo Pérez menciona, dentro de estos instrumentos, los Principios de Derecho Contractual Europeo, el Marco Común de Referencia Académico, y la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a una Normativa Común de Compraventa Europea. Pérez Velásquez, Juan Pablo, *El Proceso de Modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson S.L., Madrid, 2013, cfr. pp. 89 – 151.

⁹¹⁶ Smits, Jan M, "Introduction to special issue. Harmonisation of Contract Law: an Economic and Behavioural Perspective". En *European Journal of Law and Economics*, Vol. 33, 2012, cfr. p. 474 (traducción libre).

⁹¹⁷ Ídem, cfr. p. 475 (traducción libre).

mercado interior; de esta manera, un derecho contractual armonizado, y como consecuencia de una disminución de los costos, promovería la competencia y la confianza de los consumidores para efectuar transacciones transfronterizas⁹¹⁸.

Esta tendencia armonizadora no se ha quedado circunscrita al ámbito europeo, sino que también ha alcanzado al ámbito latinoamericano, donde ya contamos con unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos⁹¹⁹.

Si entendemos, entonces que la armonización del derecho privado en materia de obligaciones y contratos nace por necesidades del comercio internacional, no tendría sentido pretender, en nuestro país, hacer extensiva la figura de la insinuación a las liberalidades no donatorias. En efecto, conforme hemos examinado, la insinuación, concebida como una solemnidad consistente en una autorización judicial, no se encuentra recogida en otras legislaciones ni siquiera para la donación y, por lo mismo, tampoco resulta exigible para las otras figuras que en este trabajo hemos denominado liberalidades no donatorias.

En nuestro país, la insinuación existe, pero solo se exige para las donaciones entre vivos, por lo que, pretender exigirla para otras figuras jurídicas, esto es, a las otras formas de liberalidad reconocidas por nuestro ordenamiento y que son distintas de la donación irrevocable, implicaría retroceder en esta tendencia armonizadora, afectando la globalización de las figuras jurídicas.

2.3.5 La imposibilidad de aplicar por analogía las reglas de la insinuación a actos distintos de la donación irrevocable.

En una primera aproximación, la expresión “analogía” nos evoca la idea de semejanza o similitud⁹²⁰. Se trata de un razonamiento que va de lo particular a lo particular⁹²¹.

Jurídicamente, la analogía puede ser encontrada dentro del estudio de la interpretación de la ley o de la integración de ella⁹²². En el primer caso se habla de *analogia legis*, mientras que en el segundo se habla de *analogia juris*⁹²³.

Cuando se emplea la analogía como elemento de interpretación de la ley, se trata de determinar el sentido y alcance de un texto legal recurriendo al sentido de otras disposiciones legales que regulan una situación jurídica semejante^{924 - 925}. La *analogia legis* estaría reconocida

⁹¹⁸ Momberg Uribe, Rodrigo, “Análisis Crítico del Proceso de Armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea”. En *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N° 1. Universidad Austral de Chile, Julio 2009, cfr. p. 19.

⁹¹⁹ Incluso, en el ámbito europeo, la tendencia armonizadora ha ido más allá del ámbito contractual, existiendo en la actualidad, también unos Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil y unos Principios de Derecho Europeo de Familia.

⁹²⁰ Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª ed., 2014, cfr. p. 602.

⁹²¹ Atienza, Manuel, “Algunas Tesis sobre la Analogía en el Derecho”. En *Doxa*, N° 2, 1985, cfr. p. 223. Disponible en <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10988> [Última lectura: 16 de junio de 2021]

⁹²² Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Parte General y Acto Jurídico, op. cit., cfr. p. 135. En el mismo sentido, Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil*. Partes Preliminar y General, op. et ed. cit., t. I, cfr. p. 200.

⁹²³ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 183.

⁹²⁴ Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil*. Parte General y Acto Jurídico, op. cit., cfr. p. 135.

⁹²⁵ En un sentido diverso, Squella explica que tanto la *analogia legis* como la *analogia juris* son procedimientos para llenar lagunas legales; solo que la diferencia se encontraría en que la primera consiste en extender la solución dada por la ley a un caso a otro caso no previsto por ella, pero que es parecido al que sí está regulado; mientras que la segunda consiste en recurrir a los principios generales del derecho para colmar una laguna legal. Squella Narducci, op. cit., cfr. pp. 603 – 604. En el mismo sentido, Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil*. Partes Preliminar y General, op. et ed. cit., t. I, cfr. p. 202. Así entendida la *analogia juris*, es lo que Guastini denomina construcción de una norma implícita por vía de

expresamente en nuestro Código Civil como regla de interpretación, en el artículo 22 inciso 2º del referido cuerpo legal⁹²⁶.

Por otro lado, cuando se emplea la analogía como elemento de integración de la ley, se trata de trasladar la solución prevista por la ley para un caso jurídicamente relevante a otro caso, no previsto por la ley, aunque similar al que sí se encuentra previsto, debido a que existe una razón de justicia para ello o, al menos, algún motivo plausible que justifique que al caso no regulado se le aplique la solución dada para el caso que sí está regulado⁹²⁷.

El caso que nos ocupa se refiere a uno de integración de la ley, pues hemos advertido que el legislador solo reglamentó la insinuación a propósito de las donaciones irrevocables, pero nada dijo respecto de las otras formas de liberalidad. Por lo tanto, el problema que se trata de resolver es si resulta posible o no aplicar por analogía las reglas sobre insinuación que el legislador estableció para las donaciones entre vivos. Para resolver este problema, examinaremos dos aspectos: los requisitos de la *analogia juris* para determinar si concurren o no en el presente caso y los límites a la *analogia juris*, con el propósito de precisar si cabe aplicarla al caso en examen o si éste se encuentra dentro de los casos en los que la analogía no puede ser aplicada.

Tratándose de los requisitos de la *analogia juris*, se ha sostenido que estos son: un caso jurídicamente relevante de la vida social, que no ha sido regulado por la ley; un caso similar, aunque no idéntico al anterior, que sí está regulado por la ley; semejanza relevante entre ambos casos, y una razón de justicia u otro motivo plausible que haga aconsejable trasladar la solución contemplada para el caso regulado por la ley al caso no regulado por ella⁹²⁸.

Tratándose de los límites de la *analogia juris*, se ha sostenido que no puede aplicarse tratándose de reglas excepcionales⁹²⁹. En este sentido, siguiendo a Chiassoni, es posible distinguir, a lo menos, cuatro clases de reglas excepcionales: las reglas especiales derogatorias, las reglas derogatorias de una exclusividad, las reglas que derogan prescripciones configurables como reglas generales, comunes o estructurales, y las reglas individuales de privilegio, que atribuyen posiciones favorables o desfavorables a sujetos determinados⁹³⁰. El caso que nos ocupa formaría parte del tercer grupo al que alude el autor italiano: la exigencia de la insinuación de las donaciones constituiría una regla que deroga prescripciones configurables como reglas generales, comunes o estructurales; en efecto, a partir del principio de la autonomía privada, se ha entendido que la regla general, desde el punto de vista de su perfeccionamiento, viene dada por los actos jurídicos consensuales, de manera que los actos solemnes (al igual que los reales) constituyen una situación de excepción⁹³¹. En consecuencia, las reglas legales que establecen solemnidades son, de por sí, excepcionales, lo que impide que puedan aplicarse analógicamente a casos para los cuales el legislador no los ha previsto. A mayor abundamiento, dentro del capítulo de las solemnidades, la exigencia de una autorización judicial resulta ser – a su turno – excepcional.

analogía. Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar* (trad. Álvarez Medina, Silvina), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª ed., 2018, cfr. p. 274.

⁹²⁶ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cits., t. I, cfr. p. 200.

⁹²⁷ Squella Narducci, op. cit., cfr. p. 602.

⁹²⁸ Ídem, cfr. p. 603.

⁹²⁹ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cits., t. I, cfr. p. 201.

⁹³⁰ Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de Interpretación Jurídica. Breviario para Juristas* (trad. Luque Sánchez, Pau; Narváez Mora, Maribel), Marcial Pons, Madrid, 2011, cfr. p. 277.

⁹³¹ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 520. En el mismo sentido, Domínguez Águila, *Teoría General del Negocio Jurídico*, op. cit., cfr. p. 33.

2.4 ¿Se justifica la exigencia de la insinuación de la donación entre vivos?

La pregunta surge porque diversos autores nacionales han señalado que, si el donante cumple voluntariamente una donación nula absolutamente por no haberse insinuado, no puede repetir lo pagado, pues habría pagado una obligación natural, de las contempladas en el artículo 1.470 N° 3 del Código Civil⁹³². En consecuencia, cabe preguntarse qué sentido tiene exigir la insinuación si, en caso de no cumplirse con ella, de todas maneras no tendría lugar el efecto restitutivo propio de la nulidad, lo que se traduce en que el donatario retiene el bien donado y, desde un punto de vista práctico, se traduce en que no es necesaria la insinuación de la donación, pues, con insinuación o sin ella, de todas maneras se obtiene el propósito de transferir el dominio del objeto donado desde el donante al donatario⁹³³.

El *Code*, después de la reforma del año 2016, reconoce las obligaciones naturales en los nuevos artículos 1.100⁹³⁴ y 1.302⁹³⁵. Para Buffelan – Lanore y Larribau – Terneyre, se trata de deberes de conciencia que son considerados como obligatorios para aquel respecto del cual pesan. El pago de estas obligaciones, en tanto sea hecho voluntariamente, no puede ser cuestionado; de ahí que tal pago no constituye una donación y no cabe exigir su repetición⁹³⁶.

El Código Civil italiano, a diferencia del nuestro, no contiene una definición de obligación natural. El artículo 2.034 del *Codice*⁹³⁷ se limita a señalar los casos en los que la repetición no está autorizada y la doctrina de ese país se encuentra dividida en torno a la noción de obligación natural recogida por el legislador italiano. Por una parte, autores como Oppo, señalan que lo que define a la obligación natural son los deberes morales o sociales que menciona la referida disposición legal⁹³⁸; mientras que, por otra, autores como Messineo, sostienen que lo que define a la obligación natural es la ausencia de acción de repetición⁹³⁹.

⁹³² Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de las Obligaciones*, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 84. En el mismo sentido, Abeliuk Manasevich, *Las Obligaciones*, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 425; Peñailillo Arévalo, *Obligaciones*, op. cit., cfr. p. 160.

⁹³³ Esta pregunta es a tal punto pertinente, que con fecha 05 de septiembre de 2018, se presentó un proyecto de ley a tramitación por el Congreso Nacional, Boletín N° 12.083/07, que busca suprimir el trámite de la insinuación de la donación entre vivos, por cuanto se considera a esta exigencia como una traba a la libre adquisición de los bienes; por ser contraria al principio de la autonomía privada, y por cuanto el desarrollo legislativo y constitucional posterior a la entrada en vigencia del Código Civil permite resguardar suficientemente los intereses del donante y de los terceros. Este proyecto de ley se suma a otro ingresado al Congreso Nacional con fecha 04 de julio de 2018, Boletín N° 11.878 – 07, que también busca derogar el trámite de la insinuación, por considerarlo obsoleto para una sociedad que busca la cooperación de sus integrantes y que se funda en la libertad de los particulares.

⁹³⁴ Art. 1.100 *Code* “*Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi.*”

Elles peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui”.

⁹³⁵ Art. 1.302 alinéa 2 *Code* “*La restitution n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées*”.

⁹³⁶ Buffelan – Lanore; Larribau – Terneyre, op. cit., 16° édition, cfr. p. 56.

⁹³⁷ Art. 2.034 comma 1 *Codice* “*Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace*”.

⁹³⁸ Oppo, op. cit., cfr. p. 206.

⁹³⁹ Messineo, op. et ed. cit., vol. IV, cfr. p. 373. En este sentido, Messineo explica que la figura de la obligación natural es encuadrada por la ley dentro del ámbito de la repetición de lo indebido, aunque bajo un perfil de derogación, siendo reducida a un caso en que la ley niega la repetición; de ahí que el presupuesto del que depende el efecto propio de la obligación natural es un cumplimiento ya efectuado, prescindiéndose por completo de lo que, en abstracto, podría ser el elemento constitutivo de la obligación natural.

El problema solo se presenta en el caso de la donación irrevocable – contrato. Si sostenemos que la obligación nace como natural desde que se contrae, debiéramos entender que, con el solo consentimiento entre donante y donatario surgiría la obligación natural, de manera que, si con posterioridad el donante paga, entregando la cosa donada, no podría repetir en contra del donatario, pues habría cumplido voluntariamente con una obligación natural. Sin embargo, si después se declarara judicialmente la nulidad, en virtud del efecto restitutivo, el donante podría recuperar la cosa donada, aunque teniendo presente que el donante carecería de legitimación activa para demandarla, debido a que celebró el contrato sabiendo o debiendo saber del vicio que lo invalidaba. Por el contrario, si sostenemos que la obligación solo adquiere el carácter de natural desde que existe una sentencia judicial que declara la nulidad de la donación, entonces el donante que entrega la cosa donada al donatario, estaría cumpliendo una obligación civil, por lo que no procede la restitución; sin perjuicio de lo cual, si, entregada la cosa donada, después se declara judicialmente la nulidad, en virtud del efecto restitutivo, el donatario tendría que entregar la cosa donada al donante⁹⁴⁰.

Entonces, la omisión de la insinuación – más que tener importancia en la etapa previa a la declaración de nulidad de la donación – cobra relevancia una vez que se ha declarado judicialmente la nulidad, pues, cualquiera que sea la opción que se adopte, el donatario tendrá que restituir la cosa donada al donante, cuestión que también nos deja entrever que las obligaciones naturales siguen teniendo plena vigencia.

Este problema no se presentará tratándose de las liberalidades no donatorias, pues, al no ser exigible la insinuación, la ausencia de ella en ningún caso supondrá la necesidad de restitución.

3. La formación de los acervos imaginarios.

3.1 La noción de acervos imaginarios.

Esta noción se construye a partir del acervo líquido o partible que es el que, en principio, está destinado a distribuirse entre los asignatarios, pero que, si el causante hizo en vida algunas donaciones a algún legitimario o a un tercero extraño, se hace necesario reconstruir ideal o contablemente su patrimonio como si no hubiese hecho tales liberalidades, pues, de no haberlas efectuado, tales bienes se encontrarían en su patrimonio al momento de la apertura de la sucesión⁹⁴¹. Para tales efectos, se aumenta la masa partible colacionando las donaciones hechas a algún legitimario o se acumula el exceso de lo donado irrevocablemente a terceros^{942 - 943}.

⁹⁴⁰ Como se sabe, éste es un tema discutido en doctrina como explican, entre muchos, Abeliuk, *Las Obligaciones*, op., vol. et ed. cit., cfr. pp. 426 – 427.

⁹⁴¹ Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 106.

⁹⁴² Ruz Lártiga, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*, op. cit., cfr. p. 557.

⁹⁴³ Los acervos imaginarios ya aparecen en las publicaciones que hizo Andrés Bello en *El Araucano*; el artículo 12 del Título VIII del Libro de la Sucesión por Causa de Muerte, establecía que “*Se llama colación real o imaginaria de ciertas asignaciones hechas a los legitimarios en vida o muerte, para ajustar entre ellos las legítimas a las proporciones de la sucesión intestada*”. Bello, Andrés, op. cit., Vol. XI, cfr. p. 84; mientras que el artículo 19 inciso 1º del mismo Título y Libro señalaba que “*Las donaciones a personas que a la fecha de ellas no eran legitimarios verdaderos o putativos del donante, se imputarán a la parte de los bienes de que el donante pudo disponer a su arbitrio, con cualesquiera palabras que se otorguen, i aunque sea bajo la condición de pasar a ser legitimarios del donante; pero las donaciones a legitimarios putativos no valdrán, aunque sean hechas con calidad de mejora*”. Bello, Andrés, op. cit., Vol. XI, cfr. p. 89. Con posterioridad, el citado artículo 12 pasó a ser el artículo 202 del Libro sobre la Sucesión por causa de muerte, cambiando, sin embargo, en parte su redacción, pues pasó a señalar que “*Se llama colación la acumulación imaginaria de todo lo que se ha dado a los legitimarios por cuenta de sus legítimas: la colación tiene por objeto*”

3.2 El fundamento de la formación de los acervos imaginarios.

Se trata de un medio indirecto de protección a legítimas y mejoras⁹⁴⁴, toda vez que el causante, estando vivo, pudo haber hecho algunas liberalidades, disponiendo del todo o parte de sus bienes a favor de algún legitimario o de un tercero extraño; en el primer caso, esto es, cuando el beneficiado con la liberalidad es un legitimario, el acervo hereditario en el que deben calcularse las legítimas de los demás habrá disminuido, perjudicándolos injustificadamente en relación con el beneficiado; en el segundo caso, esto es, cuando el beneficiado con la liberalidad es un tercero extraño, todos los legitimarios se verán perjudicados por igual, pudiendo, incluso, llegarse, en los hechos, a un desheredamiento⁹⁴⁵.

De esta manera, la figura de los acervos imaginarios viene a constituirse como una limitación a las donaciones que puede realizar una persona que, en principio, puede disponer libremente y sin restricción alguna⁹⁴⁶.

En Francia existe una protección similar, constituida por la reserva hereditaria, que es una porción de la sucesión reservada por la ley a ciertos herederos, llamados herederos reservatarios, quienes no pueden ser privados de su reserva por las liberalidades consentidas por el causante⁹⁴⁷. El resto de la herencia se denomina la cuota disponible⁹⁴⁸.

El fundamento de esta reserva hereditaria se encuentra en que, en presencia de la familia cercana, el deber social de transmitir sus bienes prevalece, al menos parcialmente, por sobre la libertad

igualar las legítimas". Bello, Andrés, op. cit. Vol. XI, cfr. p. 363. Por su parte, el citado artículo 19 se dividió en dos disposiciones; el primero, es el artículo 209 del referido Libro, que estableció que "*Las donaciones a legitimarios putativos, esto es, a personas que el donante reputaba legitimarios sin serlo, no valdrán aunque sean hechas con calidad de mejora*". Bello, Andrés, op. cit., Vol. XI, cfr. p. 364, y el artículo 215 (b) del mismo Libro, que dispuso que "*Todo lo que hubiere sido dado o prometido a título gratuito, y de que no se hubiere hecho tradición antes de la muerte, será comprendido en el cuerpo o cúmulo de bienes del difunto para el cálculo de las legítimas; y las respectivas donaciones o promesas no valdrán, sino en cuanto cupieren en la porción de que el testador pudo disponer libremente, y en cuanto fueren compatibles con otras obligaciones preferentes*". Bello, Andrés, op. cit., Vol. XI, cfr. p. 366. Por su parte, el Proyecto de 1853 señalaba en su artículo 1.346 inciso 1º, que "*Para computar las legítimas rigurosas, se agregarán imaginariamente a la masa, acervo o cuerpo de bienes las donaciones revocables o irrevocables, otorgadas por escritura pública e imputables a legítima*". Bello, Andrés, op. cit., Vol. XII, cfr. p. 318; mientras que su artículo 1.347 disponía que "*Si el que tenía a la sazón descendientes legítimos hubiere hecho donaciones entre vivos no imputables a legítima, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo con las agregaciones y deducciones expresadas en el artículo 1346, tendrán derecho los descendientes legítimos que fueren legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas*". Bello, Andrés, op. cit., Vol. XII, cfr. p. 319. Finalmente, en el Proyecto Inédito, encontramos el primer acervo imaginario en el inciso 1º del artículo 1.357, que señalaba "*Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior de tal, autentico aparezca que el legado o la donación ha sido a título de mejora*". Bello, Andrés, op. cit., Vol. XIII, cfr. p. 309; mientras que el segundo acervo imaginario quedó en el inciso 1º del artículo 1.359 del referido proyecto, al disponer "*Si se hiciera una donación revocable o irrevocable, a título de legítima, a una persona que no fuere entonces legitimaria del donante, y el donatario no adquiriere después la calidad de legitimario, se resolverá la donación*". Bello, Andrés, op. cit., Vol. XIII, cfr. p. 309.

⁹⁴⁴ Somarriva Undurraga, op. vol. et ed. cit., cfr. p. 391.

⁹⁴⁵ Meza Barros, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. pp. 105 – 106.

⁹⁴⁶ Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op. et ed. cit., V. II, cfr. p. 336.

⁹⁴⁷ Beignier, Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 216.

⁹⁴⁸ Piédelièvre, op. cit., cfr. p. 420.

de disponer gratuitamente, reservando a aquélla una parte del patrimonio del difunto, de manera tal que toda disposición a título gratuito que obste a ese mínimo sucesoral intangible puede ser amputado, con el fin de reconstituirlo. De esta manera, se logra un equilibrio armonioso entre la libertad de disponer a título gratuito y los requisitos que justifican la devolución legal⁹⁴⁹.

Son herederos reservatarios los descendientes; el cónyuge sobreviviente solo es considerado como heredero reservatario si el causante no ha dejado descendientes⁹⁵⁰.

Habiendo herederos reservatarios, la parte de los bienes del causante de la cual él pudo disponer para hacer liberalidades, no puede exceder de la cuota de libre disposición⁹⁵¹; en consecuencia, resulta necesario conocer a cuánto asciende la cuota de libre disposición, la que depende del número de infantes que haya dejado el causante: la mitad si ha dejado uno, un tercio, si ha dejado dos y un cuarto si ha dejado tres o más⁹⁵²; a partir de lo anterior, se desprende que, en caso que el causante haya dejado un infante, la reserva asciende a la mitad del acervo; si ha dejado dos infantes, la reserva corresponde a los dos tercios del acervo y, si el causante ha dejado tres o más infantes, la reserva asciende a los tres cuartos del acervo⁹⁵³. En caso que ella exceda de dicha cuota, tales liberalidades deben ser reducidas para no perjudicar a la reserva hereditaria, ya que ésta es considerada de orden público⁹⁵⁴.

En Italia también es posible encontrar un sistema de protección similar, constituido por la reunión ficta, la colación y la reducción.

En el caso de la reunión ficta, que tiene lugar cuando los bienes relictos no son suficientes para enterar las legítimas, debe agregarse, contablemente, los bienes de los que el causante había dispuesto por donación⁹⁵⁵. Esta operación se tomará en cuenta para calcular la porción disponible y, consecuentemente, la legítima⁹⁵⁶; hasta este momento, no se afectan las donaciones, de manera que los bienes donados permanecen en poder del donatario⁹⁵⁷, toda vez que la reunión ficta es solo una operación de cómputo, que no aumenta la masa a dividir; la masa hereditaria queda intacta y solo cuando no resulta ser suficiente para satisfacer las pretensiones de los legitimarios, procede la reducción de las donaciones hechas por el causante durante su vida⁹⁵⁸. Si de este proceso no aparece una lesión a la legítima, las disposiciones testamentarias quedan íntegras y ejecutables, y también quedan firmes las donaciones; en caso contrario, es decir, si del resultado del proceso aparece que se ha lesionado la legítima, debe procederse a reconstituir efectivamente la porción legítima concreta, a través de la reintegración de la legítima, lo que se obtiene por medio del ejercicio de la acción de reducción⁹⁵⁹, aunque autores como Trabucchi también señalan que, en este caso debe procederse a la colación⁹⁶⁰.

La colación tiene lugar cuando existe un concurso entre descendientes o entre descendientes y el cónyuge o el conviviente civil sobreviviente⁹⁶¹. La colación se produce cuando el causante había dejado una donación a algún descendiente o a su cónyuge. La colación tiene por objeto remover la disparidad de tratamiento que las donaciones crean entre los coherederos que tienen la calidad de

⁹⁴⁹ Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. pp. 618 – 619.

⁹⁵⁰ Beignier, Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 217.

⁹⁵¹ Ídem, cfr. pp. 217 – 218.

⁹⁵² Terré; Lequette; Gaudemet, op. cit., cfr. p. 629.

⁹⁵³ Piédelièvre, op. cit., cfr. p. 428.

⁹⁵⁴ Beignier, Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 218.

⁹⁵⁵ Messineo, op. et ed. cits., t. VII, cfr. p. 218.

⁹⁵⁶ Ídem, cfr. p. 219.

⁹⁵⁷ Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. p. 414.

⁹⁵⁸ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 640.

⁹⁵⁹ Messineo, op. et ed. cits., T. VII, cfr. p. 220.

⁹⁶⁰ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 640.

⁹⁶¹ *Ibidem*.

cónyuge y descendientes, y encuentra su fundamento en la habitual valoración social de la donación hecha al heredero como una anticipación de su herencia, cumpliendo, de esta manera, una función de restablecimiento de la igualdad de la posición hereditaria del cónyuge y de los descendientes, en el sentido de no crear una situación de disparidad entre ellos. También se han mencionado como fundamentos la voluntad presunta del ascendiente, la comunión patrimonial de la familia, el interés superior de la familia, la anticipación de la herencia, la fuerza atractiva de las sucesiones, la exigencia de igualdad entre los descendientes e, incluso, la mejor justicia distributiva⁹⁶². Con la colación la reunión entre el patrimonio relicto y los bienes donados no es ficticia, sino que real, en cuanto, por efecto de ella, se reconstituye – aumentándola – la efectiva masa hereditaria que deberá ser dividida entre los coherederos⁹⁶³.

Según el artículo 737 del *Codice*, toda donación da lugar a la colación, sea remuneratoria, de valor módico, modal, simulada e indirecta⁹⁶⁴. En efecto, de conformidad con la referida disposición, todo acto o negocio que, aunque no constituya donación en el sentido establecido en el artículo 769 del *Codice*, determine una liberalidad, debe ser considerado en la colación, por ejemplo, la plantación o construcción en suelo ajeno, la renuncia a una herencia o legado, el registro de un bien a nombre de otro⁹⁶⁵.

La colación actúa tanto en la sucesión intestada como en la testada, siempre que los descendientes o el cónyuge sean llamados a una cuota, y siempre que el causante no haya dispuesto una dispensa. De esta manera, la colación no es inderogable en resguardo del disponente, ya que, al hacer la donación o al otorgar testamento, puede exonerarla de la colación, pero siempre dentro de los límites de lo que puede disponer. Además, el donatario puede evitar la colación repudiando la herencia, toda vez que, de esta manera, se excluye la comunidad hereditaria que es el presupuesto para la formación de la masa común que a dividirse y, por tanto, para la colación⁹⁶⁶.

Como consecuencia de la colación, se verifica un incremento de la masa hereditaria a la cual debe hacerse referencia, en sede de partición, para formar las hijuelas de los coherederos en conformidad con la cuota establecida por la ley o el testamento; de esta manera, las donaciones hechas en vida al cónyuge, hijos y descendientes que pueden concurrir a la sucesión del donante, se consideran, de este modo, como un anticipo de la futura sucesión. Pero este aumento solamente se genera en beneficio de los coherederos que sean descendientes, cónyuge o conviviente civil, porque las cuotas de los otros coherederos que no tengan dicho vínculo familiar con el causante, por ejemplo, derivadas de las indicaciones testamentarias, serán computadas únicamente sobre el patrimonio relicto⁹⁶⁷.

Según el artículo 555 del *Codice*, todas las donaciones cuyo valor exceda de la cuota de la que el causante podía disponer están sujetas a reducción, la cual opera solamente después que, agotado el valor de los bienes de los cuales se podía disponer por testamento, persiste aún la lesión de los derechos reservados a los legitimarios⁹⁶⁸. La reducción puede tener por objeto todas las donaciones, incluyendo las de valor módico, modales, remuneratorias, indirectas o simuladas, excluyéndose, empero, los gastos hechos para el mantenimiento o educación de los hijos, los gastos de enfermedad, ropa, boda, para la instrucción artística o profesional que no excedan de un valor

⁹⁶² Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. pp. 403 – 404. En el mismo sentido, Trabucchi, op. cit., cfr. p. 640.

⁹⁶³ Trabucchi, op. cit., cfr. pp. 640 – 641.

⁹⁶⁴ Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. p. 405.

⁹⁶⁵ Ídem, cfr. p. 407.

⁹⁶⁶ Trabucchi, op. cit., cfr. p. 641.

⁹⁶⁷ Ídem, cfr. pp. 641 – 642.

⁹⁶⁸ Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. p. 413.

ordinario, tomando en consideración las condiciones económicas del causante, así como también las meras liberalidades de uso a que alude el inciso 2º del artículo 770 del *Codice*⁹⁶⁹.

Si se acoge la acción de reducción interpuesta por un legitimario, los bienes que excedan de la porción disponible corresponden a él y, eventualmente, también a los otros legitimarios lesionados, debiendo ser restituidos en la medida de lo que quede comprendido dentro del ámbito de la legítima⁹⁷⁰; Iacovino et al. precisan que la ineficacia de las donaciones es relativa, dado que solamente opera en resguardo del legitimario que ha accionado y en el límite dentro del cual la legítima es reconstituida⁹⁷¹. Para saber cuál o cuáles donaciones debe ser dejadas sin efecto, el artículo 559 del *Codice* dispone que se debe proceder en orden inverso a sus fechas, principiando por la más reciente; la razón se encuentra en que se entiende que han sido las últimas donaciones las que han provocado la lesión a la legítima⁹⁷².

Si el bien donado ha sido transferido a un tercero, en su contra procede la acción restitutoria, la cual presupone que se ha ejercido con éxito la acción de reducción en contra del donatario⁹⁷³; además, el artículo 563 del *Codice* exige que antes de requerir al tercero adquirente la restitución del bien, debe hacer la excusión de los bienes del donatario para obtener el reembolso del valor del bien; si el donatario está en condiciones de cumplir, la adquisición por parte del tercero es respetada, en caso contrario, el legitimario lesionado puede dirigirse en contra del tercero⁹⁷⁴.

El sistema de la reserva hereditaria francesa y de la colación y reducción del sistema italiano, se asemejan a la formación de los acervos imaginarios existente en Chile. En efecto, como se ha sostenido, su función es proteger a los herederos reservatarios contra las liberalidades hechas por el causante e impone que sea calculada sobre una masa hereditaria que represente el valor que habría tenido el patrimonio del causante al día de su fallecimiento, si no hubiere hecho ninguna liberalidad⁹⁷⁵.

3.3 Razones que justifican que la formación de los acervos imaginarios sean un efecto exclusivo del contrato de donación entre vivos.

Existen varias razones que justifican sostener que solo las donaciones entre vivos producen el efecto de dar lugar a la formación de los acervos imaginarios, pero que las liberalidades no donatorias no producen tal efecto⁹⁷⁶.

⁹⁶⁹ Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. pp. 413 – 414.

⁹⁷⁰ Messineo, op. et ed. cits., t. VII, cfr. p. 232.

⁹⁷¹ Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. p. 414.

⁹⁷² *Ibidem*. Estos autores advierten que esta solución es diferente de la que establece el artículo 558 del *Codice*, que se refiere al caso en que la vulneración de las legítimas se produce por una disposición testamentaria, pues, en esta hipótesis, todas esas disposiciones testamentarias que lesionan la legítima, deben reducirse proporcionalmente; la razón que justifica esta solución radica en que – a diferencia de las donaciones que pudieron tener lugar en distintos momentos, de manera tal que fueron las últimas las que lesionaron las legítimas – en el caso de las disposiciones testamentarias, todas ellas tuvieron lugar en el mismo momento. *Ibidem*.

⁹⁷³ Messineo, op. et ed. cits., t. VII, cfr. p. 233.

⁹⁷⁴ Iacovino; Tavassi, Cassandro, op. cit., cfr. p. 420.

⁹⁷⁵ Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. pp. 427 – 428.

⁹⁷⁶ Cabe tener presente que una sentencia de la Corte Suprema, de 12 de enero de 1894, estableció que, aunque el causante haya celebrado con el hijo un contrato de arrendamiento por una renta baja – caso de liberalidad no donatoria – no procede imputar a la legítima la diferencia entre la renta convenida y el justo valor de ella. Repertorio, T. IV, cfr. p. 258.

3.3.1 La clara distinción que establece el Código Civil chileno entre liberalidad y donación entre vivos, en relación a lo que ocurre en el derecho foráneo.

Conforme se ha venido señalando, en nuestro Código Civil es posible sostener la distinción formulada por el legislador entre liberalidad y donación irrevocable, en cuanto entre ambas existe una relación de género a especie: el género viene dado por la liberalidad, que comprende todo acto gratuito en el que existe un enriquecimiento y/o un empobrecimiento para alguna de las partes; mientras que la donación entre vivos es un tipo de liberalidad, pues precisa que ese enriquecimiento y empobrecimiento sean recíprocos, esto es, que exista un desplazamiento de un bien o derecho desde el patrimonio del donante al patrimonio del donatario. Esta diferencia no aparece clara en los textos legales foráneos; así, si se examina la situación en Francia, el *Code* ha establecido que, por regla general, todas las liberalidades hechas en vida por el difunto deben ser consideradas para los efectos de determinar la reserva hereditaria, lo que implica sostener que, para los efectos de determinar la asignación forzosa, todas las liberalidades son consideradas como donaciones irrevocables. Así se desprende, por una parte, de la reglamentación que formula el legislador francés en el artículo 893 del *Code*⁹⁷⁷, al señalar que las liberalidades solamente pueden ser de dos clases: testamento y donaciones entre vivos, como de sus artículos 912⁹⁷⁸, 913⁹⁷⁹, 914 – 1⁹⁸⁰, 916⁹⁸¹, 919 – 1⁹⁸², 919 – 2⁹⁸³, 920⁹⁸⁴, 924⁹⁸⁵ y 924 – 3⁹⁸⁶.

⁹⁷⁷ Art. 893 *Code* « *La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.*

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament ».

⁹⁷⁸ Art. 912 *Code* « *La réserve héréditaire est la part de biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».*

⁹⁷⁹ Art. 913 *Code* « *Les libéralités, soit par actes entre vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant ; le tiers, s'il laisse deux enfants ; le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre ».*

⁹⁸⁰ Art. 914 – 1 *Code* « *Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder les trois quarts de biens si, à défaut de descendant, le défunt laisse un conjoint survivant, non divorcé ».*

⁹⁸¹ Art. 916 *Code* « *A défaut de descendant et de conjoint survivant non divorcé, les libéralités par actes entre vifs ou testamentaires pourront épuiser la totalité des biens ».*

⁹⁸² Art. 919 – 1 *Code* « *La donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui accepte la succession s'impute sur sa part de réserve et, subsidiairement, sur la quotité disponible, s'il n'en pas été autrement convenu dans l'acte de donation. L'excédent est sujet à réduction.*

La donation faite en avancement de part successorale à un héritier réservataire qui renonce à la succession est traitée comme une donation faite hors part successorale. Toutefois, lorsqu'il est astreint au rapport en application des dispositions de l'article 845, l'héritier qui renonce est traité comme un héritier acceptant pour la réunion fictive l'imputation et, le cas échéant, la réduction de la libéralité qui lui a été consentie »

⁹⁸³ Art. 919 – 2 *Code* « *La libéralité faite hors part successorale s'impute sur la quotité disponible. L'excédent est sujet à réduction ».*

⁹⁸⁴ Art. 920 *Code* « *Les libéralités, directes ou indirectes, qui portent atteinte à la réserve d'un ou plusieurs héritiers, sont réductibles à la quotité disponible lors de l'ouverture de la succession ».*

⁹⁸⁵ Art. 924 *Code* « *Lorsque la libéralité excède la quotité disponible, le gratifié, successible ou non successible, doit indemniser les héritiers réservataires à concurrence de la portion excessive de la libéralité, quel que soit cet excédent.*

Le paiement de l'indemnité par l'héritier réservataire se fait en moins prenant et en priorité par voie d'imputation sur ses droits dans la réserve ».

⁹⁸⁶ Art. 924 – 3 *Code* « *L'indemnité de réduction est payable au moment du partage, sauf accord entre les cohéritiers. Toutefois, lorsque la libéralité a pour objet un des biens pouvant faire l'objet d'une attribution préférentielle, des délais peuvent être accordés par le tribunal, compte tenu des intérêts en présence, s'ils ne*

De ahí que Beignier y Torricelli – Chrifi señalen que, en la reunión ficticia de las donaciones se deben considerar todas las donaciones consentidas por el causante, cualquiera que sea su naturaleza; su forma o el donatario. En este sentido, cobra especial importancia la forma de la donación, pues tanto las donaciones notariadas, como las indirectas; los dones manuales o las donaciones disfrazadas deben ser consideradas en la formación de la reserva hereditaria⁹⁸⁷. Solo se excluyen los bienes y sumas a que se refiere el artículo 852 del *Code*, esto es, los regalos de uso, gastos de alimentación y de entretenimiento, educación, aprendizaje y equipamiento que no puedan subsumirse dentro del régimen de las donaciones⁹⁸⁸. De la misma manera, se excluyen las ventajas matrimoniales en la medida que no puedan ser vistas como donaciones, y los frutos e ingresos de los bienes donados; sin embargo, los bienes vendidos por el causante a un heredero en línea directa con el cargo por renta vitalicia, a fondos perdidos o con reserva de usufructo, se acumulan, porque se presumen constitutivos de donación; con el fin de descartar la presunción, los herederos reservatarios pueden consentir en el acto, ya que se trata de un pacto sobre una sucesión futura autorizada por la ley⁹⁸⁹. También se incluyen en la acumulación ficticia las ventajas indirectas que constituyen liberalidades⁹⁹⁰.

Sin embargo, en Chile, esta forma de razonar no resulta aplicable, pues en nuestro Código Civil no existe ninguna disposición que establezca que la liberalidad solo pueda ser de dos clases: testamento o donación, por lo que nuestro legislador abre el abanico de posibilidades a que existan otras formas de liberalidad, en la que exista un incremento patrimonial para una parte, sin que tenga que hacer algún tipo de desembolso.

El mismo resultado se advierte al comparar la situación chilena con la italiana, país en el que existe el artículo 782 del *Codice*, ya citado, del cual no existe una disposición similar en el Código Civil chileno. A mayor abundamiento, la existencia del artículo 737 del *Codice*⁹⁹¹ también permite sostener que se trata de un efecto propio de la donación entre vivos.

l'ont pas été par le disposant. L'octroi de ces délais ne peut, en aucun cas, avoir pour effet de différer le paiement de l'indemnité au-delà de dix années à compter de l'ouverture de la succession. Les dispositions de l'article 828 sont alors applicable au paiement des sommes dues.

A défaut de convention ou de stipulation contraire, ces sommes sont productives d'intérêt au taux légal à compter de la date à laquelle le montant de l'indemnité de réduction a été fixé. Les avantages résultant des délais et modalités de paiement accordés ne constituent pas une libéralité.

En cas de vente de la totalité du bien donné ou légué, les sommes restantes dues deviennent immédiatement exigibles ; en cas de ventes partielles, le produit de ces ventes est versé aux cohéritiers et imputé sur les sommes encore dues ».

⁹⁸⁷ Beignier ; Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 219.

⁹⁸⁸ *Ibidem*.

⁹⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁹⁰ *Ibidem*.

⁹⁹¹ Art. 737 *Codice* "Quando il testatore ha stabilito particolari norme per formare le porzioni, queste norme sono vincolanti per gli eredi, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda alle quote stabilite dal testatore.

Il testatore può disporre che la divisione si effettui secondo la stima di persona da lui designata che non sia erede o legatario: la divisione proposta da questa persona non vincola gli eredi, se l'autorità giudiziaria, su istanza di taluno di essi, la riconosce contraria alla volontà del testatore o manifestamente iniqua".

3.3.2 Cuando el legislador nacional ha querido aplicar las reglas de las donaciones entre vivos a otro tipo de liberalidades, lo ha dicho expresamente.

Como se ha demostrado, las reglas establecidas entre los artículos 1.386 a 1.436 del Código Civil, en principio, solo son aplicables a la donación entre vivos y, cuando el legislador las ha querido aplicar a otras figuras jurídicas, lo ha dicho de manera expresa, como ocurre en las siguientes disposiciones:

3.3.2.1 Artículo 403 del Código Civil.

Esta disposición está ubicada a propósito de la administración de bienes que hacen tutores y curadores, y señala que *“La remisión gratuita de un derecho se sujeta a las reglas de la donación”*.

A partir de esta disposición se puede sostener que, en concepto del legislador, si bien la remisión gratuita de un derecho no es una donación, se sujeta a las reglas de la misma; en consecuencia, si un tutor o curador desea hacer una remisión gratuita de una deuda tendrá que pedir la correspondiente autorización judicial para poder proceder a ella.

3.3.2.2 Artículo 1.653 del Código Civil.

Esta disposición se ubica a propósito de la remisión como modo de extinguir las obligaciones y señala que *“La remisión que procede de mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita”*.

Como puede advertirse, este artículo se está refiriendo a la condonación de una obligación que hace el acreedor sin obtener, de parte de su deudor, una contraprestación. Luego, esta disposición no solo hace aplicables las reglas de donación entre vivos, sino que expresamente señala que necesita de insinuación en los mismos casos en que se exige para la donación entre vivos.

3.3.2.3 Artículo 2.278 del Código Civil.

Esta disposición se encuentra ubicada a propósito del contrato de constitución de renta vitalicia y señala, en su inciso primero, que *“Cuando se constituye una renta vitalicia gratuitamente, no hay contrato aleatorio”*, agregando su inciso segundo que *“Se sujetará por tanto a las reglas de las donaciones y legados, sin perjuicio de regirse por los artículos precedentes en cuanto le fueren aplicables”*, es decir, esta disposición, al referirse al contrato de constitución de renta vitalicia a título gratuito, establece, en primer lugar, que no es un contrato aleatorio y, en segundo lugar, que sin calificarlo expresamente como una donación entre vivos, le hace aplicable las reglas de esta, lo que se traduce en que será necesario contar con la autorización judicial constitutiva de la insinuación.

3.3.3 El tenor literal del artículo 1.185 del Código Civil.

Esta disposición establece, en su inciso primero, que *“Para computar las cuartas de que habla el artículo precedente, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones revocables e irrevocables, hechas en razón de legítimas o de mejoras, según el estado en que se hayan encontrado las cosas donadas al tiempo de la entrega, pero cuidando de actualizar prudencialmente su valor a la época de la apertura de la sucesión”*.

Como puede advertirse, el tenor literal de esta disposición es claro al establecer que lo que se acumula solo son las donaciones, sean revocables o irrevocables, sin perjuicio de la discusión

doctrinaria que existe en orden a si es efectivo o no que se acumulan las donaciones revocables⁹⁹². Cualquiera que sea la opinión que se siga en esta materia, resulta claro que lo que se acumula son donaciones y no otro tipo de figuras constitutivas de liberalidades.

En este orden de cosas, la Corte Suprema, en un fallo de 12 de enero de 1894, sostuvo que, aunque el causante haya celebrado con el hijo un contrato de arrendamiento por una renta baja, no procede imputar a la legítima la diferencia entre la renta convenida y el justo valor de ella⁹⁹³, lo que está demostrando que, para nuestro máximo tribunal, lo que se acumula son las donaciones y no otras formas de liberalidad.

En un sentido distinto, Ramos señala que, si el causante hubiera celebrado una estipulación a favor de alguno de sus hijos, procede la acumulación si el estipulante hubiere pagado de su peculio las obligaciones que hubiere hecho en virtud de la referida estipulación; pero dicha acumulación, en rigor, no procede por el hecho de haber existido una estipulación a favor de su hijo, sino porque el estipulante soportó el pago del precio, por lo que sería aplicable el artículo 1.203 del Código Civil⁹⁹⁴. No concordamos con esta opinión, pues, como ya se ha señalado, el beneficiario (el hijo en el ejemplo que propone Ramos) no es parte del contrato, por lo que no cabe sostener que el estipulante está pagando una deuda de un legitimario; al no ser parte del contrato, no cabe afirmar que tenga la calidad de deudor, puesto que no ha operado ninguna de las fuentes de las obligaciones que contempla nuestro Código Civil. En consecuencia, como el estipulante no está pagando una deuda del legitimario beneficiario, no cabe aplicar el artículo 1.203 del mismo cuerpo legal, por lo que no cabe la acumulación.

3.3.4 El tenor literal del artículo 1.186 del Código Civil.

Esta disposición señala que *“Si el que tenía a la sazón legitimarios hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere de la cuarta parte de la suma formada por este valor y el del acervo imaginario, tendrán derecho los legitimarios para que este exceso se agregue también imaginariamente al acervo, para la computación de las legítimas y mejoras”*.

Como puede advertirse, este artículo expresamente señala que, para determinar si procede o no formar el segundo acervo imaginario, debe examinarse el valor de las donaciones entre vivos hechas a terceros extraños y comparar ese valor con la suma correspondiente a la cuarta parte de la

⁹⁹² Como es sabido, la doctrina es unánime en orden a sostener que las donaciones irrevocables son acumulables, pero no existe el mismo acuerdo en relación con las donaciones revocables. Por una parte, hay autores que han señalado que las donaciones revocables no se acumulan, toda vez que los bienes donados no han salido del patrimonio del causante, toda vez que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.141 del Código Civil estas donaciones, cuando son a título singular, se rigen por las reglas de los legados. En este sentido, Meza Barros, *Manual de Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, op. cit., cfr. p. 107; Elorriaga de Bonis, op. cit., cfr. pp. 503 – 504. Otros señalan que habrá que formular una distinción en torno a estas donaciones revocables para saber si deben ser acumuladas o no: si las cosas donadas no habían sido entregadas al donatario durante la vida del donante, los bienes siguen estando en el patrimonio de éste, por lo que no cabe la acumulación; en cambio, si los bienes donados habían sido entregados al donatario durante la vida del donante, los bienes habían salido del patrimonio de éste, por lo que procedería la acumulación. En este sentido, Troncoso Larronde, *Derecho Sucesorio*, op. cit., cfr. p. 162. Finalmente, hay quienes han señalado que sí procede hacer la acumulación de los bienes que han sido objeto de una donación revocable, toda vez que, al momento de fallecer el donante, el donatario adquiere, por sucesión por causa de muerte, el dominio de las especies donadas, de manera que tales bienes ya no están en el patrimonio del causante. En este sentido, Domínguez Benavente; Domínguez Águila, op., vol. et. ed. cits., cfr. p. 996; Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op. et ed. cits., V. I, pp. 339 – 340.

⁹⁹³ Repertorio, T. IV, cfr. p. 258.

⁹⁹⁴ Ramos, “Algunas Consideraciones en Relación con la Estipulación en Favor de Otro”, op. cit., cfr. p. 693.

suma formada por el valor de las donaciones irrevocables hechas a terceros más el acervo líquido o el primer acervo imaginario si éste se hubiese formado. Es decir, del tenor literal de esta disposición se desprende claramente que, para la determinación de la formación del segundo acervo imaginario, solo se consideran las donaciones irrevocables hechas a extraños, sin que deban ser tomadas en cuenta las liberalidades no donatorias.

3.3.5 El tenor literal del artículo 1.188 del Código Civil.

El inciso segundo de esta disposición establece que *“Ni se tomarán en cuenta los regalos moderados, autorizados por la costumbre en ciertos días y casos, ni los dones manuales de poco valor”*.

Esta disposición establece que hay dos figuras que – no obstante ser, por su propia naturaleza, clases de donaciones irrevocables – no se considerarán para los efectos de la formación de los acervos imaginarios. Tal es el caso de los regalos de costumbre o liberalidades de uso y los dones manuales de poco valor.

Tratándose de los regalos de costumbre, en concepto de Rogel, no estamos frente a una verdadera donación, pues, por una parte, el “donante” no tiene libertad de elegir al “donatario” y, por otra, porque el “donante”, en alguna medida, se ve compelido a realizar la “donación”, en razón de tener que observar una regla establecida por los usos sociales⁹⁹⁵; sin embargo, no compartimos este razonamiento, toda vez que, en nuestro concepto, para determinar si estamos o no frente a una donación, deberemos examinar si la figura responde o no a la definición del artículo 1.386 de nuestro Código Civil; en este sentido, se trata de actos por los cuales una parte transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a la otra, que la acepta; en el caso de las liberalidades de uso hay una transferencia gratuita e irrevocable, por lo que ha de entenderse que estamos frente a una verdadera donación; a mayor abundamiento, lo que constreñiría al donante a dar el regalo al donatario sería una costumbre, la cual no resulta obligatoria, pues la ley no se remite a ella, sino que solo la autoriza para determinar en qué días y casos se podrá hacer un regalo moderado sin que con ello haya de formarse los acervos imaginarios. En todo caso, la disposición establece que, para que estos regalos de costumbre no deban acumularse, deben ser moderados, lo que se considera como tal atendida la capacidad patrimonial del causante⁹⁹⁶.

En el caso de los dones manuales, se trata de donaciones entre vivos que se realizan por la entrega, de la mano a la mano, de la cosa donada⁹⁹⁷. Se habla de la tradición real del objeto donado del donante al donatario; en consecuencia, se trata de un contrato real que solo puede operar tratándose de bienes corporales muebles, aunque también se ha reconocido su validez tratándose de bienes incorporeales materializados en un título⁹⁹⁸.

Como puede advertirse, si, en ambos casos, no obstante tratarse de donaciones entre vivos, no se consideran para los efectos de la formación de los acervos imaginarios, con mayor razón no cabe considerar, para la formación de los referidos acervos, las liberalidades no donatorias.

3.3.6 El tenor literal del artículo 1.198 del Código Civil.

Esta disposición señala, en su inciso primero, que *“Todos los legados, todas las donaciones, sean revocables o irrevocables, hechas a un legitimario, que tenía entonces la calidad de tal, se*

⁹⁹⁵ Rogel Vide, op. cit., cfr. p. 27. En nota al pie precisa que, en su concepto, no corresponde utilizar los términos “donación”, “donante” y “donatario” en esta sede.

⁹⁹⁶ Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op. et ed. cit., vol. I, cfr. p. 342.

⁹⁹⁷ Nicod, “Les Libéralités Ordinaires: Les Donations”, op. cit., cfr. p. 816.

⁹⁹⁸ Beignier, op. cit., cfr. p. 67.

imputarán a su legítima, a menos que en el testamento o en la respectiva escritura o en acto posterior auténtico aparezca que el legado o la donación a sido a título de mejora”.

En su inciso segundo agrega que, “Sin embargo, los gastos hechos para la educación de un descendiente no se tomarán en cuenta para la computación de las legítimas, ni de la cuarta de mejoras, ni de la cuarta de libre disposición, aunque se hayan hecho con la calidad de imputables”. La explicación que se ha dado para que estos gastos no se tomen en cuenta para la computación de las legítimas y – consecuentemente – tampoco se consideren en la formación de los acervos imaginarios, es que se trata de una obligación impuesta por la ley a padres y, a falta de éstos, a los abuelos⁹⁹⁹, de manera que no tienen el carácter de donaciones¹⁰⁰⁰.

Finalmente, su inciso tercero establece que “Tampoco se tomarán en cuenta para dichas imputaciones los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio, ni otros regalos de costumbre”. Esta solución que da el legislador se justifica, por una parte, en razones de orden social y, por otra, en que estos regalos no se hacen con la intención de beneficiar a un legitimario por sobre los otros, rompiendo – de esta manera – al igualdad que debe existir entre ellos; por el contrario, se trata de regalos de costumbre que se hacen a toda persona que se encuentre en esa situación; de ahí que no serán acumulables en la medida en que su cuantía se encuentre dentro de lo que pueda ser considerado como habitual, pues, si resultan ser excesivos atendidas las fuerzas patrimoniales del causante, pasarían a ser colacionables¹⁰⁰¹.

Esta disposición permite reforzar las razones esgrimidas para sostener que las liberalidades no donatorias no producen el efecto de formar los acervos imaginarios, toda vez que, en este artículo, el legislador es claro en sostener que solo las donaciones se consideran para los efectos de la acumulación e imputación, pero no otras figuras jurídicas que pudiesen parecerse a una erogación gratuita. A mayor abundamiento, el inciso tercero permite sostener, incluso, que hay ciertas donaciones, cuya cuantía no sea excesiva, que tampoco cabría colacionar para los efectos de formar los acervos imaginarios.

3.3.7 La imposibilidad de aplicar por analogía las reglas de la formación de los acervos imaginarios a actos distintos de las donaciones irrevocables.

Conforme se señaló precedentemente¹⁰⁰², las reglas excepcionales no pueden ser aplicadas por analogía, por lo tanto, resulta relevante, en este punto, demostrar que las reglas que se refieren a la formación de los acervos imaginarios son excepcionales y, por lo mismo, no susceptibles de aplicación analógica.

Tal como ocurre con la insinuación, el problema de la posible aplicación analógica de las reglas sobre la formación de los acervos imaginarios sería un caso de *analogia juris*, toda vez que se trata de ver si es posible aplicar estas reglas a las liberalidades no donatorias, teniendo presente que los artículos 1.185 y 1.186 expresamente aluden a las donaciones (revocables e irrevocables, en el primer caso y solo a las irrevocables en el segundo) y que, por lo mismo, si nos atenemos al tenor literal de ambas disposiciones, solo las donaciones producirían el efecto de generar acervos imaginarios, a menos que se pueda sostener que, no obstante la letra de estos dos artículos, la solución por ellos planteada, esto es, que las donaciones generan los acervos imaginarios, pueda aplicarse a las liberalidades no donatorias, atendida la similitud que pudiese desprenderse entre éstas y las donaciones; en efecto, ambas son liberalidades y, por lo mismo, presentan los caracteres comunes a toda liberalidad: se trata de actos gratuitos, de actos de alienación y se necesita de intención liberal.

⁹⁹⁹ Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 511.

¹⁰⁰⁰ Domínguez Benavente; Domínguez Águila, op., vol. et ed. cits., cfr. p. 1.002.

¹⁰⁰¹ Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 510.

¹⁰⁰² Vid. Supra. Cap. III, 2.3.5.

Sin embargo, a nuestro juicio, estas semejanzas son insuficientes para aplicar analógicamente las reglas sobre formación de acervos imaginarios a las liberalidades no donatorias. En primer lugar, si bien existen similitudes entre liberalidades no donatorias y donaciones irrevocables, no puede perderse de vista que se trata de dos categorías que es posible distinguir dentro del campo más amplio que es el de las liberalidades; en otras palabras, las liberalidades pueden distinguirse entre donaciones entre vivos y liberalidades no donatorias, atendiendo a si el acto de alienación, que se traduce en un enriquecimiento y/o empobrecimiento, se traduce o no en un desplazamiento patrimonial; en el primer caso, estamos frente a una donación irrevocable, mientras que, en el segundo, frente a una liberalidad no donatoria. Esta distinción, como se ha visto a lo largo del presente trabajo, no es extraña en nuestro Código Civil, ni es baladí, pues el legislador, teniendo presente esta distinción entre donaciones entre vivos y liberalidades no donatorias, estableció ciertas reglas exclusivamente para la donación irrevocable y, cuando quiso hacerlas extensivas a aquéllas, lo dijo expresamente (por ejemplo, en el artículo 1.653 del Código Civil). A mayor abundamiento, la formación de los acervos imaginarios constituye una situación excepcional y, por lo mismo, debe interpretarse de manera estricta, sin que tenga cabida la analogía. En consecuencia, si los artículos 1.185 y 1.186 del referido cuerpo legal hablan de donación, no es posible extender la formación de los acervos imaginarios a otras figuras distintas.

En segundo lugar, el artículo 1.185 del Código Civil señala que también se colacionan las donaciones revocables¹⁰⁰³ y esto permite sostener que no cabe su aplicación por analogía a las liberalidades no donatorias, pues no existen las mismas semejanzas entre éstas y las donaciones por causa de muerte.

En tercer lugar, tratándose de las liberalidades no donatorias, no aparece el mismo fundamento que sirve para justificar la formación de los acervos imaginarios en caso que el causante, en vida, haya hecho donaciones, sea a un legitimario, sea a un tercero. En efecto, la formación de los acervos imaginarios busca reconstituir contablemente el patrimonio del causante, como si éste no hubiese hecho tales donaciones; en consecuencia, se trata de reintegrar aquello que salió del referido patrimonio para beneficiar a un legitimario o a un tercero, de manera que es posible sostener que lo que justifica la formación de estos acervos es el desplazamiento patrimonial sin correlativo que experimentó el patrimonio del causante. De esta manera, solo las donaciones irrevocables autorizan la formación de estos acervos, pues solo en ellas se produce el desplazamiento patrimonial que el legislador trata de deshacer aritméticamente. Tal desplazamiento patrimonial no se da en las liberalidades no donatorias, por lo que no resulta posible determinar qué es lo que se debiera acumular contablemente; piénsese, por ejemplo, en una estipulación a favor de otro en la que una persona compra algo para otro: ¿qué es lo que debiera acumularse al patrimonio del causante?, ¿lo que él pagó al vendedor o el valor del bien comprado para el beneficiario? Si ambos valores fuesen exactamente iguales, no habría problema de establecerlo como valor a acumular, pero, en la práctica, ello raramente ocurre, por lo que no podría determinarse qué es lo que se debiera acumular. Esta razón justifica que el legislador haya establecido la formación de los acervos imaginarios como un efecto exclusivo de las donaciones y, por lo mismo, no podría aplicarse dicho efecto, por analogía, a las liberalidades no donatorias.

¹⁰⁰³ Esto, sin perjuicio de la discusión doctrinaria en torno a si, en rigor procede acumularlas o no. A favor, Rodríguez Grez, *Instituciones de Derecho Sucesorio*, op. et ed. cits., vol. I, cfr. pp. 339 – 340; en contra, Domínguez Benavente; Domínguez Águila, op., et ed. cits., t. II, cfr. pp. 994 – 996; mientras que sostiene una postura intermedia Somarriva Undurraga, *Derecho Sucesorio*, op. et ed. cits., t. II, cfr. pp. 395 – 396.

4. El marido casado bajo régimen de sociedad conyugal necesita de autorización de la mujer para disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales

Como es sabido, la administración ordinaria de la sociedad conyugal corresponde al marido, quien, en principio, cuenta con amplias facultades administrativas¹⁰⁰⁴. Empero, la ley se ha preocupado de proteger a la mujer, estableciendo que, excepcionalmente, para que el marido pueda celebrar ciertos actos, necesita contar con autorización de la mujer.

Dentro de esos casos excepcionales en que el marido precisa de la autorización de la mujer, encontramos el artículo 1.749 inc. 4º del Código Civil que dispone: “No podrá tampoco, sin dicha autorización disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales salvo el caso del artículo 1735, (...)”.

La doctrina nacional ha discutido el campo de aplicación de esta situación de excepción, pues hay autores que sostienen que solo se aplica a los bienes muebles, ya que los inmuebles estarían comprendidos en la enajenación a que se refiere el inciso 3º del mismo artículo¹⁰⁰⁵; a mayor abundamiento, esta disposición fue modificada por la Ley Nº 18.802 que tuvo por finalidad limitar las facultades del marido respecto de la disposición de bienes muebles a título gratuito, ya que antes de dicha ley el marido podía hacerlo libremente, pero, en la actualidad, requiere de la autorización de la mujer¹⁰⁰⁶. Otros señalan que se aplica tanto a los bienes muebles como a los inmuebles¹⁰⁰⁷, ya que el legislador no ha distinguido. Finalmente, hay quienes han sostenido que, si bien se aplica tanto a los muebles como a los inmuebles, solo cobra importancia tratándose de los muebles, porque la limitación referida a los inmuebles está comprendida en el inciso 3º de la disposición en comento¹⁰⁰⁸.

Ahora bien, el artículo 1.749 inc. 4º del Código Civil expresamente contempla una contraexcepción: el caso del artículo 1.735 del mismo cuerpo legal, que señala: “El cónyuge que administre la sociedad conyugal podrá hacer donaciones de bienes sociales si fueren de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social”. Sin perjuicio de ello, se ha sostenido que habría otra excepción en el artículo 1.742 del referido Código, que establece: “El marido o la mujer deberá a la sociedad recompensa por el valor de toda donación que hiciera de cualquiera parte del haber social; a menos que sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social, o que se haga para un objetivo de eminente piedad o beneficencia, y sin causar un grave menoscabo a dicho haber”, es decir, el marido podría donar bienes sociales para un objeto de eminente piedad o beneficencia y sin causar un grave menoscabo al referido haber¹⁰⁰⁹; sin embargo, no compartimos esta opinión, pues, en nuestro concepto, los artículos 1.735 y 1.742 del Código Civil están reglamentando situaciones diferentes: el primero de ellos se refiere a la facultad de donar sin contar con autorización de la mujer, mientras que el segundo se refiere a que las donaciones, por regla general, generan recompensa, salvo los casos que la misma disposición señala (donaciones de poca monta y las hechas para un objetivo de eminente piedad o beneficencia), las cuales no generarían recompensa.

Un punto que resulta de interés para esta investigación, es que parte de la doctrina nacional, al identificar la disposición a título gratuito con la donación irrevocable, ha entendido que la situación excepcional a que alude el artículo 1.749 inciso 4º del Código Civil se limita a las donaciones entre vivos, es decir, que el marido solamente está impedido de donar bienes sociales sin autorización de

¹⁰⁰⁴ Entre muchos, Rodríguez Grez, *Regímenes Patrimoniales*, op. cit., cfr. p. 110.

¹⁰⁰⁵ Aedo Barrera; Mondaca Miranda, “Régimen Económico del Matrimonio”, op. cit., cfr. pp. 311 – 312.

¹⁰⁰⁶ Troncoso Larronde, *Derecho de Familia*, op. cit., cfr. p. 170.

¹⁰⁰⁷ Barcia Lehmann, Rodrigo, *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia*, 2 vols., Thomson Reuters, Santiago, 2020, t. I, cfr. p. 268.

¹⁰⁰⁸ Court Murasso, *Curso de Derecho de Familia*. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho, op. cit., cfr. p. 159.

¹⁰⁰⁹ Quintana Villar, *Derecho de Familia*, op. cit., cfr. pp. 198 – 199.

la mujer¹⁰¹⁰. De esta manera, de seguirse este razonamiento, debiéramos llegar a la conclusión que, como el marido solamente no puede donar bienes sociales sin autorización de la mujer, podría celebrar cualquier otro acto constitutivo de una liberalidad no donatoria respecto de bienes muebles sin la autorización de ella¹⁰¹¹.

Nuestra propuesta, sin embargo, y a partir del tenor literal de los artículos 1.749 inciso 4º y 1.735 del Código Civil es distinta. En efecto, la primera de estas disposiciones señala que el marido no puede disponer a título gratuito de los bienes sociales, lo que comprende toda liberalidad, sea una donación entre vivos o una liberalidad no donatoria; en otras palabras, el marido siempre necesita de la autorización de la mujer para celebrar cualquier acto constitutivo de una liberalidad, independientemente que se trate de una donación irrevocable o de una liberalidad no donatoria. Por su parte, la segunda de estas disposiciones solo establece que, tratándose de donaciones de poca monta, el marido no está obligado a obtener la autorización de la mujer para poder celebrarlas libremente, es decir, solo tratándose de las donaciones irrevocables de poca monta el marido tiene amplia libertad para celebrarlas. Pero, si el marido quiere celebrar otro acto jurídico constitutivo de una liberalidad no donatoria, aunque sea de poca monta, necesita de la autorización de la mujer, pues resulta aplicable la regla del artículo 1.749 inciso 4º del Código Civil, toda vez que el marido estaría disponiendo de bienes sociales a título gratuito.

Este punto puede resultar interesante tratándose de la estipulación a favor de otro. En efecto, podría ocurrir que el marido, casado bajo régimen de sociedad conyugal, utilizara dinero social para comprar un inmueble para su amante, recurriendo a la figura de la estipulación a favor de otro, de manera que él celebra la compraventa, pero lo hace a favor de ella, quien, al requerir la correspondiente inscripción conservatoria, estaría manifestando su voluntad de aceptar. En rigor, como hemos señalado, no se trata de una donación del inmueble del marido a un tercero, pues falta el desplazamiento patrimonial; sino que lo que hay es una compraventa, en la que el estipulante paga el precio al promitente y éste se obliga a entregar el inmueble al beneficiario. Si se observa, el estipulante ha dispuesto de dineros sociales sin recibir ninguna contraprestación, por lo que nos encontramos frente a una liberalidad no donatoria y, por lo mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.749 inciso 4º del Código Civil, para que el marido pueda disponer de ese dinero social a título gratuito, requiere de la autorización de la mujer.

¹⁰¹⁰ Es posible citar entre estos autores a López Díaz, op. cit., cfr. p. 423; Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, op. vol. et ed. cit., cfr. p. 227; Rodríguez Pinto, op. cit., cfr. p. 406, quien además comprende la promesa de donación; Court Murasso, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*, op. cit., cfr. p. 159, quien, indistintamente habla de disponer a título gratuito o de donar; Aedo Barrera; Mondaca Miranda, “Régimen Económico del Matrimonio”, op. cit., cfr. pp. 311 – 312, quienes siguen la misma línea de Court.

¹⁰¹¹ Cabe advertir que este razonamiento no resulta aplicable al régimen de participación en los gananciales, toda vez que la redacción que el legislador dio al artículo 1.792 – 15 N° 1 del Código Civil es diferente a la del artículo 1.749 inciso 4º; en efecto, mientras aquella se refiere exclusivamente a las donaciones irrevocables, esta habla de “disponer entre vivos a título gratuito”. En consecuencia, en un régimen de participación en los gananciales cualquiera de los cónyuges puede, en principio, conforme se dirá, recurrir a una liberalidad no donatoria sin contar con la autorización del otro cónyuge, sin que ello se traduzca en una acumulación imaginaria a su patrimonio final; en cambio, en un régimen de sociedad conyugal, el marido no puede disponer de los bienes sociales recurriendo a una liberalidad no donatoria sin autorización de la mujer, a menos que se trate de una donación de poca monta. De esta manera, M^a Soledad Quintana incurre en un error al sostener que el artículo 1.792 – 15 N° 1 del Código Civil tiene su fundamento en proteger al otro cónyuge de una liberalidad excesiva. Quintana Villar, op. cit., cfr. p. 248, toda vez que la protección se refiere solamente a las donaciones irrevocables excesivas, pero no impiden que uno de los cónyuges pueda utilizar alguna de las figuras constitutivas de liberalidades no donatorias sin autorización del otro cónyuge, y sin que ello signifique hacer una acumulación imaginaria en la determinación del patrimonio final.

Como puede advertirse, nuestra propuesta, que resulta ser acorde con el tenor literal de las disposiciones legales en comento, se traduce en una mayor protección para la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, toda vez que se requerirá de su autorización para que el marido pueda celebrar todo acto jurídico constitutivo de una liberalidad y la única excepción estaría dada – conforme lo señala el artículo 1.735 del Código Civil – por las donaciones irrevocables de poca monta.

5. Los efectos del principio de la libre disposición de los bienes en la liberalización de la legítima, como asignación forzosa

Como ha podido observarse, el Código Civil chileno distingue claramente entre las nociones de gratuidad, liberalidad y donación. La gratuidad se caracteriza por la simple falta de contraprestación, la liberalidad porque si bien existe un enriquecimiento o un empobrecimiento patrimonial, no hay, necesariamente, un desplazamiento patrimonial, es decir, no necesariamente va a haber un patrimonio que se enriquezca en la misma medida en que otro patrimonio se empobrezca. Finalmente, lo que caracteriza a la donación es que existe un desplazamiento patrimonial, es decir, es necesario que el patrimonio del donante se empobrezca en la misma medida en que se enriquece el patrimonio del donatario o, para ser aún más precisos, es necesario que el patrimonio del donatario se enriquezca precisamente con aquello con lo que se empobrece el patrimonio del donante.

También se ha advertido que en el Código Civil chileno es posible encontrar diversas figuras que responden a la noción de liberalidad no donatoria, dentro de las cuales encontramos a la estipulación a favor de otro y la renuncia de un derecho. La figura de las liberalidades no donatorias, como se examinó, encuentran su fundamento en el principio de la libre disposición de los bienes, en cuya virtud se entiende que el titular del derecho de propiedad, por regla general, puede incorporar o excluir bienes de su patrimonio; esa exclusión se puede realizar a través de la enajenación o gravamen de sus bienes, o a través de la renuncia abdicativa.

Por otro lado, se ha podido establecer que la insinuación es una exigencia propia de la donación entre vivos y que la formación de los acervos imaginarios es un efecto que solo produce la donación irrevocable.

De lo anterior se puede colegir que no se requiere de insinuación para ejecutar o celebrar válidamente una liberalidad no donatoria y, de la misma manera, la ejecución o celebración de una liberalidad no donatoria no producirá el efecto de formar acervos imaginarios.

Todo lo anterior redundará en una liberación de la legítima, como asignación forzosa, toda vez que, como se puede advertir, al no ser la insinuación una solemnidad para la ejecución o celebración de una donación liberatoria, por ejemplo, una estipulación a favor de otro, ello significa que ninguna persona precisa de una autorización judicial para poder introducir esta modalidad a un contrato. En otras palabras, cualquier persona puede extraer bienes de su patrimonio, a través de una liberalidad no donatoria, sin contar con una autorización del juez, lo que implica sostener que tal disminución patrimonial dependerá exclusivamente de la voluntad de su titular. De la misma manera, si una persona dispone de sus bienes a través de una liberalidad no donatoria, no resultará aplicable la formación de los acervos imaginario, toda vez que este mecanismo de protección de la legítima rigurosa solo resulta aplicable a la donación entre vivos (y, en rigor, como ya se examinó, a la generalidad de los casos de donaciones irrevocables, pero el propio legislador ha establecido algunas excepciones), lo que implica que un futuro causante podrá recurrir sin problemas a la figura de la liberalidad no donatoria sabiendo que las mismas no tendrán incidencia en el acervo hereditario y que tampoco podrán perder su eficacia como consecuencia del ejercicio de una acción de inoficiosa donación.

Este fenómeno de revisión de las asignaciones forzosas no es nuevo en del derecho extranjero, el cual, en cierta medida, se ha traducido en una liberalización de las mismas. Así, por ejemplo, en Francia, el *Code* original consideraba como herederos reservatarios a los ascendientes y descendientes, regla que se fundaba en la idea de que debían ser considerados aquellos a quienes se les había dado la vida y aquellos de quienes se había recibido la vida. Sin embargo, la reforma de 03 de diciembre de 2001 incorporó al cónyuge sobreviviente dentro de los herederos reservatarios¹⁰¹², la de 23 de junio de 2006 retiró del catálogo a los ascendientes¹⁰¹³ y, a juicio de Malaurie y Brenner, produjo tres cambios significativos en los principios tradicionales de la reserva hereditaria: ya no se ejerce en naturaleza; ya no es, en todos los casos, de orden público, y su cuantía ya no es invariable¹⁰¹⁴.

En Luisiana la reserva hereditaria también ha sido objeto de revisión. El artículo 1.493 del Código Civil del referido Estado ha limitado dicha reserva a los hijos del causante que, a la fecha del fallecimiento, tenían veintitrés años o menos, o a los hijos del causante de cualquier edad que, debido a una incapacidad mental o enfermedad física, se encuentran permanentemente incapacitados para cuidar de su persona o para administrar sus bienes a la fecha del fallecimiento del causante, pudiendo operar el derecho de representación a favor de los hijos del representado que se encuentre en cualquiera de las situaciones ya descritas¹⁰¹⁵; dicha disposición ha sido reformada por las *Acts* N° 884, §1, de 1981; N° 788, §1, de 1989; N° 147, §1, de 1990; N° 1.180, §1, de 1995; 1st Ex. Sess., No. 77, §1, de 1996; No. 1207, §2, de 2003.

Por otro lado, hay ordenamientos en que se ha preferido privilegiar a los parientes que tengan alguna incapacidad, de manera que la protección no se dirige solamente a los familiares más cercanos por el solo hecho de ser tales, sino que la protección que brinda el legislador se enfoca en aquellos

¹⁰¹² Solo para el caso en que el causante no hubiese dejado descendientes. Beignier, Torricelli – Chrifi, op. cit., cfr. p. 217 (traducción libre).

¹⁰¹³ Grimaldi, Michel, *Droit des Successions*, Lexis Nexis, Paris, 8^e édition, 2020, cfr. p. 243 (traducción libre).

¹⁰¹⁴ Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. p. 420 (traducción libre). Agregan que los beneficiarios ya no son sancionados con la reducción en naturaleza de la liberalidad excesiva, sino con una indemnización; que el heredero reservatario puede renunciar válidamente a ejercer una eventual acción de reducción en una sucesión no abierta, con el consentimiento del futuro causante, con tal que la renuncia se hecha en beneficio de una o más personas determinadas, y finalmente, que el hijo que repudia la sucesión no será considerado dentro del número de hijos que tenía el causante, a menos que tenga descendientes con derecho a representar, lo que implica disminuir la cuantía de la reserva hereditaria, que antes se mantenía invariable, no obstante tal repudiación. Malaurie; Brenner, op. cit., cfr. pp. 420 – 421 (traducción libre).

¹⁰¹⁵ Art. 1493. A. *Forced heirs are descendants of the first degree who, at the time of the death of the decedent, are twenty-three years of age or younger or descendants of the first degree of any age who, because of mental incapacity or physical infirmity, are permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent.*

B. *When a descendant of the first degree predeceases the decedent, representation takes place for purposes of forced heirship only if the descendant of the first degree would have been twenty-three years of age or younger at the time of the decedent's death.*

C. *However, when a descendant of the first degree predeceases the decedent, representation takes place in favor of any child of the descendant of the first degree, if the child of the descendant of the first degree, because of mental incapacity or physical infirmity, is permanently incapable of taking care of his or her person or administering his or her estate at the time of the decedent's death, regardless of the age of the descendant of the first degree at the time of the decedent's death.*

D. *For purposes of this Article, a person is twenty-three years of age or younger until he attains the age of twenty-four years.*

E. *For purposes of this Article "permanently incapable of taking care of their persons or administering their estates at the time of the death of the decedent" shall include descendants who, at the time of death of the decedent, have, according to medical documentation, an inherited, incurable disease or condition that may render them incapable of caring for their persons or administering their estates in the future".*

familiares que se encuentran en una situación de desventaja o respecto de los cuales se piensa no están en condiciones de subsistir por sí mismos. En este sentido, en España, en el año 2003, se modificaron los artículos 808¹⁰¹⁶ y 813¹⁰¹⁷ Código Civil de ese país, con la finalidad de establecer una excepción a la intangibilidad cuantitativa de la legítima, con el propósito de favorecer a los discapacitados, pero en perjuicio de los demás legitimarios, quienes no podrán gozar de sus derechos en la sucesión del causante, sino una vez fallecido el fiduciario¹⁰¹⁸. En la misma línea, el Código Civil y Comercial argentino, en su artículo 2.448¹⁰¹⁹, contempla la posibilidad de mejorar al heredero con discapacidad¹⁰²⁰.

La tesis que planteamos va en la misma línea, pues, al interpretar de la forma que hemos propuesto las nociones de liberalidad y donación irrevocable, planteando, consecuentemente, el reconocimiento de las liberalidades no donatorias, toda persona podrá, en principio, disponer libremente de sus bienes, siendo aplicables las restricciones que establece la ley – necesidad de la insinuación y formación de los acervos imaginarios – solamente a las donaciones entre vivos, pero no a las otras formas de liberalidad, lo que resulta ser coherente con el principio de libre disposición de los bienes que informa nuestro ordenamiento jurídico y que implica que toda limitación, atendido su carácter excepcional, solamente puede ser impuesta por la ley, debiendo ser interpretada de manera estricta¹⁰²¹.

¹⁰¹⁶ Art. 808 Código Civil español “Constituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre.

Sin embargo podrán éstos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes.

Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos.

La tercera parte restante será de libre disposición”.

¹⁰¹⁷ Art. 813 Código Civil español “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”.

¹⁰¹⁸ Esta solución del legislador español plantea ciertas dudas a Gómez, quien, si bien defiende la modificación al Código Civil, le genera ciertas dudas por cuanto, en aras de proteger a algunos de los hijos discapacitados, podría estar desprotegiéndose a otros que, con posterioridad, puedan encontrarse en una situación igual o peor que la de los discapacitados protegidos; en especial, también pueden devenir discapacitados. Gómez Gállico, Francisco Javier, “La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 687, enero – febrero 2005. Disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/329062> [Última lectura: 29 de junio de 2021].

¹⁰¹⁹ Art. 2.448 CC y Co argentino “Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

¹⁰²⁰ En nuestro país, Barría se ha pronunciado a favor de una revisión de las asignaciones forzosas, protegiendo a quienes realmente se debe proteger: hijos menores e hijos discapacitados; pero, tratándose de los ascendientes, la protección debiera ir a través del derecho de alimentos y, para el cónyuge, a través de una regulación asistencial. Barría Paredes, op. cit., cfr. pp. 245 – 280.

¹⁰²¹ Cabe tener presente que, la posición que hemos adoptado, en ningún caso suponer rechazar la existencia de las asignaciones forzosas ni abogar por su derogación. Ello, en nuestro concepto, no es posible, especialmente si consideramos que el sistema anglosajón, considerado tradicionalmente como el sistema en que existe una

6. Los límites a las liberalidades no donatorias

Como se ha podido observar, en nuestro ordenamiento jurídico es posible distinguir claramente entre la donación entre vivos y las liberalidades no donatorias, sirviendo como fundamento de estas últimas el principio de la libre disposición de los bienes. De esta manera, es posible sostener que ciertas figuras y disposiciones legales solamente se aplican a la donación entre vivos y no a las liberalidades no donatorias; esto es lo que ocurre con la formación de los acervos imaginarios, la insinuación de la donación y la limitación legal del marido casado en régimen de sociedad conyugal para donar bienes sociales, en cuanto necesita de la autorización de su mujer o de cualquiera de los cónyuges casados bajo régimen de participación en los gananciales, en cuanto requieren de la autorización del otro para donar irrevocablemente parte de sus bienes, si no quieren que el valor del bien donado se agregue a su patrimonio final, cuando se proceda a la determinación de los gananciales.

Sin embargo, en principio es fácil advertir que, de no existir límites a la libertad de disposición, las liberalidades no donatorias podrían servir fácilmente para el fraude, causando perjuicios a terceros, como acreedores o legitimarios. Con el propósito de evitar su uso fraudulento, se ha identificado como límites a las liberalidades no donatorias, el fraude a la ley y la simulación¹⁰²².

libertad absoluta para testar, ha incorporado limitaciones a la misma. Así, Anderson nos explica que esta amplia libertad de testar se traduce en que no se restringe la facultad del futuro causante de disponer de todos sus bienes por testamento, independientemente de quiénes sean sus parientes o familiares sobrevivientes, así como tampoco se protegen las expectativas económicas de estos últimos, a través de una figura jurídica similar a nuestra legítima. Con todo, a partir de 1938, con la dictación de la Inheritance (Family Provision) Act, el legislador ha permitido que ciertas personas, allegados del causante, puedan solicitar al tribunal que se les concedan los medios de subsistencia, con cargo al caudal relicto. Esta facultad se concede al cónyuge viudo o conviviente civil sobreviviente; al ex cónyuge y el que contrajo matrimonio nulo, siempre que no haya contraído nuevas nupcias; a la persona que ha convivido con el causante durante los dos últimos años; a los hijos del causante; a los menores o adultos a quienes el causante hubiere tratado como hijos en razón de matrimonio, en cualquier tiempo, y a los dependientes del causante. Para poder acceder a este beneficio, es necesario que la distribución de los bienes hecha, ya sea por testamento o por aplicación de las reglas de la sucesión intestada, no responda adecuadamente a las necesidades y situación del solicitante, de acuerdo a un criterio objetivo, atendiendo a los parámetros que establece la ley para cada solicitante, y que el juez decida otorgar una orden, atendiendo a los parámetros que establece la ley, decisión que es discrecional para el juez. Anderson, Miriam: "Una Aproximación al Derecho de Sucesiones Inglés". En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Fascículo 3, 2006, pp. 1.243 – 1.281, cfr. pp. 1.275 – 1.278.

¹⁰²² Pese a que, desde un punto de vista conceptual, conforme se examinará, el fraude a la ley y la simulación son dos figuras diferentes, toda vez que en la primera se celebra uno o más actos, aparentemente válidos, pero queridos por las partes (aunque, en definitiva, se obtiene un resultado contrario al espíritu de la ley), en la segunda ello no es así, pues se produce una divergencia entre la voluntad real y la declarada. Sin embargo, doctrinariamente la diferencia entre ambas figuras no resulta ser tan nítida, pues se ha señalado que la interposición de persona es una forma de simulación; en este sentido, Pescio Vargas, op. cit., cfr. pp. 262 – 265; Díez Duarte, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno*, op. et ed. cits., cfr. pp. 159 – 166; Ferrara, op. cit., cfr. pp. 253 – 286; Parra Labarca, Ricardo, *La Simulación. Doctrina y Jurisprudencia*, La Ley Ediciones Jurídicas, Santiago, 1994, cfr. pp. 426 – 488; Court Murasso, *Curso de Derecho Civil. Teoría General del Acto Jurídico*, op. cit., cfr. p. 120; Vial Del Río, op. cit., cfr. p. 146; Figueroa Yáñez, *Curso de Derecho Civi. Teoría de los Actos Jurídicos*, op. cit., cfr. p. 37; Cariota – Ferrara, op. cit., cfr. pp. 445 – 446; Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*, op. et ed. cits., t. II, cfr. pp. 366 – 368; Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. pp. 730 – 731. Sin embargo, hay autores que, al referirse al fraude a la ley, colocan como ejemplo un caso de interposición de personas; en este sentido, Díez plantea, como ejemplo de fraude a la ley en el que se combinan diversos actos jurídicos para obtener un fin prohibido por la ley, el caso en que los cónyuges se separan judicialmente para burlar la prohibición que existe de celebrar la compraventa entre ellos (artículo 1.796 del Código Civil); así uno

Cuando hablamos de límites a las liberalidades no donatorias, nos estamos refiriendo a situaciones en las que, si bien se utiliza alguna de estas figuras aparentemente de manera válida, en rigor lo que se busca es eludir la aplicación de una disposición legal obteniendo un fin reprobado por el Derecho o causar perjuicios a terceros. En consecuencia, frente a situaciones como las descritas, el ordenamiento jurídico debe reaccionar con el propósito que el fin que se haya de obtener mediante la utilización de una liberalidad no donatoria no sea reprobado por el Derecho, o bien, enmendando el perjuicio causado a terceros.

6.1 El fraude a la ley.

Como explica Federico De Castro, existe fraude de la ley cuando se pretende eludir la finalidad de ella salvando lo dicho en su letra; en un sentido más moderno se presenta cuando se intenta amparar el resultado contrario a una ley en otra disposición que, en rigor, existe con una finalidad diversa¹⁰²³. Se trata, en consecuencia, de burlar la aplicación de una disposición desfavorable, buscando y obteniendo la aplicación de otra disposición que sea favorable; para tales efectos, se realiza una conducta voluntaria con el fin exclusivo de obtener un fin ilícito a través del empleo de un medio lícito¹⁰²⁴. A juicio de Hernán Corral, hay fraude a la ley cuando se realiza una serie de actos relacionados, todos ellos verdaderos (no simulados) que, vistos de manera aislada, son conformes a la ley, pero que, mirados en su conjunto, permiten obtener un resultado prohibido o reprobado por otra ley o por el ordenamiento jurídico en su integridad¹⁰²⁵; de ahí que Enrique Barros plantee que, en general, hay fraude a la ley cuando se constituye un abuso de derechos potestativos con el fin de esquivar ilícitamente una norma obligatoria, mediante un acto formalmente válido¹⁰²⁶, y en sentido estricto entiende que “el fraude a la ley sanciona el propósito de sustraerse a una prohibición legal de desarrollar una actividad o de una norma imperativa de orden público que prescribe una conducta”¹⁰²⁷. En cambio, para Ángel Carrasco, el fraude de ley es una forma de abuso de derecho objetivo o institucional; se trata del abuso objetivo de la norma de cobertura, o bien del abuso subjetivo de la persecución de fines indirectos que no se encuentran amparados por dicha norma¹⁰²⁸.

A partir de lo expuesto puede advertirse que el fraude a la ley constituye un límite al ejercicio de los derechos potestativos privados, puesto que, si bien las leyes intentan definir con precisión las situaciones fácticas que son objeto de una prohibición legal, los particulares, en virtud del principio

de ellos vende a un tercero y éste, con posterioridad, vende el mismo bien al otro cónyuge. Díez Duarte, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno*, op. et ed. cit., cfr. p. 303; Corral menciona el mismo ejemplo en el fraude a la ley. Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 120. Debido a que este tema excede del propósito de la presente investigación, pues sea que se considere como un caso de simulación o como un caso de fraude a la ley, de todas maneras, constituye un límite a las liberalidades no donatorias, no será tratada la diferencia en esta oportunidad, sin perjuicio de poder dejarla para una futura investigación.

¹⁰²³ De Castro, Federico, *El Negocio Jurídico*. Civitas, Madrid, 1985, cfr. pp. 369 – 370.

¹⁰²⁴ Mansilla y Mejía, M^a Elena, “Fraude a la Ley: Fraus Legis Facta”. *Revista Cultura – Derecho*. N^o 1, Diciembre 2010 – Febrero 2011, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de México, 2010, cfr. p. 107.

¹⁰²⁵ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 119.

¹⁰²⁶ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. I, 2^a ed., 2020, cfr. p. 696.

¹⁰²⁷ Ídem, cfr. p. 699.

¹⁰²⁸ Carrasco Perera, Ángel, *Tratado del Abuso de Derecho y del Fraude de Ley*, Aranzadi SA, Pamplona, 2016, cfr. pp. 351 – 352.

de la autonomía privada, pueden descubrir resquicios para obtener, por medios formalmente lícitos, el fin que la ley pretende evitar¹⁰²⁹.

Díez – Picazo señala que el fraude se compone de dos elementos: por una parte, un medio o mecanismo que se presenta como un aparato engañoso, o sea, como un subterfugio o ardid, y, por otra, un fin o resultado perseguido y conseguido, que es frustrar o eludir la aplicación de una disposición legal imperativa¹⁰³⁰. En consecuencia, los autores del fraude realizan una circunvolución de la ley, es decir, utilizan un medio indirecto para eludir la aplicación de una disposición, tratando de ampararse en otra disposición legal que, solo de manera aparente, protege el acto realizado. De ahí que este mecanismo presupone la existencia de dos disposiciones legales: la ley defraudada, que es aquélla cuya aplicación se pretende eludir, y la ley de cobertura, que es aquélla que – indirectamente – se utiliza para dar protección al negocio de que se trate¹⁰³¹.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se ha sostenido que se trata de un medio de tutela creado por el legislador, con el fin de prevenir o sancionar las conductas ilícitas que tiendan a evitar el cumplimiento de una ley imperativa¹⁰³²; el fraude a la ley interviene para lograr la ineficacia de aquellos comportamientos contra los cuales la regla jurídica es impotente¹⁰³³.

A partir de lo expuesto, es posible sostener que el negocio en fraude a la ley es una manifestación especial del fraude a la ley, que consiste en utilizar un tipo de negocio o procedimiento negocial con el fin de evitar las disposiciones existentes que regulan otro negocio: aquél cuya regulación es la que corresponde al resultado que se pretende conseguir con la actividad puesta en práctica¹⁰³⁴. En otras palabras, estaremos frente a un negocio en fraude a la ley cuando se utilice uno o más negocios o procedimientos para evitar disposiciones prohibitivas. Dicho de otro modo, se utiliza uno o diversos procedimientos formalmente lícitos que operan como normas de cobertura, las cuales han sido dictadas con otros fines y que los infractores utilizan con el propósito de enervar los efectos de la norma defraudada, dándose un resultado contrario a una norma jurídica amparándose en otra norma que ha sido dictada con una finalidad distinta. Luego, no se trata de una figura especial de negocio jurídico, sino que de una anomalía en el procedimiento¹⁰³⁵.

Para que un negocio pueda ser calificado jurídicamente de fraude, es necesario que se entienda que la ley evitada debe aplicarse a dicho negocio y que las demás normas en consideración no sean suficientes, por sí mismas, para otorgarle validez, lo que se traduce en proceder a hacer una interpretación extensiva y finalista de la regla defraudada, de manera de poder incluir el negocio en cuestión dentro de su ámbito de aplicación y, por otro lado, una interpretación estricta de las otras reglas utilizadas como cobertura¹⁰³⁶.

De esta manera, es posible advertir que la utilización de las liberalidades no donatorias puede prestarse para el fraude a la ley, especialmente si se trata de defraudar a terceros. Así, por ejemplo, las partes pueden recurrir a la estipulación a favor de otro en vez de utilizar la donación entre vivos, con el objeto de eludir la exigencia de la insinuación de la donación, el pago del impuesto establecido

¹⁰²⁹ Barros Bourie, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 699.

¹⁰³⁰ Díez – Picazo y Ponce de León, Luis, “El Abuso del Derecho y el Fraude de la Ley en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil Español y el Problema de sus Recíprocas Relaciones”. *Ius et Veritas*, N° 5, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, cfr. p. 10.

¹⁰³¹ Ídem, cfr. p. 12.

¹⁰³² Mansilla, op. cit., cfr. p. 109.

¹⁰³³ Díez – Picazo, op. cit., cfr. p. 9.

¹⁰³⁴ De Castro, op. cit., cfr. p. 370.

¹⁰³⁵ Tomé, op. cit., cfr. p. 240.

¹⁰³⁶ Ídem, cfr. p. 241.

en la Ley N° 16.271, o para evitar la formación de los acervos imaginarios. Del mismo modo, es posible utilizar la renuncia de un derecho con fines similares¹⁰³⁷.

A nivel jurisprudencial, se ha reconocido esta figura a propósito de la cláusula penal establecida en el contrato u operación de leasing¹⁰³⁸, puesto que hay casos en los que se ha pactado que, en caso que el usuario no cumpla con la obligación de pagar alguna de las rentas, la empresa de leasing podrá demandar la resolución del contrato y el cobro de todas las rentas futuras hasta el vencimiento del plazo originalmente estipulado; algunos contratos han señalado que este cobro se hará a título de cláusula penal¹⁰³⁹, mientras que otros han establecido que se deberá pagar el total de las rentas futuras hasta el vencimiento del plazo originalmente estipulado y, a título de cláusula penal, el 50% de dichas rentas¹⁰⁴⁰. En este último caso, el tribunal ordenó rebajar el monto de la pena al 5% de las rentas futuras, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1.544 del Código Civil¹⁰⁴¹, solución que es compartida por Corral, quien además sostiene que, si no fuese posible aplicar el referido remedio, el contrato sería nulo absolutamente por causa ilícita, pues se trataría de un caso de fraude a la ley, toda vez que a través de actos aisladamente considerados, aparentemente apegados a la legalidad (contrato de leasing con una cláusula penal punitiva), se obtiene un resultado contrario

¹⁰³⁷ En este sentido, Alessandri y Somarriva explican, al justificar el inciso final del artículo 2.509 del Código Civil chileno, en cuanto establece que la prescripción se suspende siempre entre cónyuges, que uno de los fundamentos se encuentra en la prohibición que establece el legislador a las donaciones irrevocables entre cónyuges, por lo que de haberse permitido la prescripción entre ellos, sería muy fácil encubrir una donación irrevocable bajo la forma de la prescripción; bastaría con que uno de los cónyuges entrara en posesión de un bien del otro y que éste último no hiciera nada, para que el primero pudiese adquirir el dominio por prescripción, disfrazando, de esta manera, una donación. Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de los Derechos Reales*, op. et ed. cits., t. II, cfr. p. 45.

¹⁰³⁸ Sandoval prefiere hablar de operación de leasing, atendida su complejidad, y la define como “una operación financiera mediante la cual la empresa de leasing adquiere de un fabricante o proveedor, ciertos bienes de capital productivo, elegidos por un usuario determinado, con la finalidad de ceder su uso, por un plazo convenido, a este último, mediante un pago periódico y facultándolo para optar, al término del mismo, por la compra de los bienes a un precio determinado, por la renovación del uso bajo otras condiciones, por la devolución de los bienes u otra opción que se estipule”. Sandoval López, Ricardo, *Contratos Mercantiles*, T.I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 350.

¹⁰³⁹ Corral Talciani, Hernán, *La “Cláusula Penal”*. Función y Eficacia del Contrato Penal en el Derecho Chileno. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012, cfr. p. 316.

¹⁰⁴⁰ Este fue el caso que conoció el 30° Juzgado Civil de Santiago, en la causa caratulada “Banco de Crédito e Inversiones con Quintanilla”, Rol N° 30.055 – 2015. Esta sentencia no fue objeto de recurso alguno. En otra causa seguida ante el mismo tribunal, caratulada “Banco Itaú Chile con Agrícola y Forestal Bidermann Limitada”, Rol N° 31.548 – 2015, se estableció una cláusula penal similar, solo que ascendiente al 25% de las rentas insolutas. El tribunal falló de la misma manera.

¹⁰⁴¹ El Considerando duodécimo de la sentencia citada precedentemente, señala “Que, en efecto, una aplicación literal irrestricta de dichas cláusulas penales, conllevaría a que la demandante obtendría la restitución de los bienes arrendados, el pago de todas las rentas insolutas, e intereses máximos convencionales, más las rentas que se devenguen hasta la restitución de los bienes, pero no sólo eso, sino que como evaluación anticipada de los perjuicios, obtendría nuevamente parte del monto acordado como opción de compra, vale decir, del precio de la compraventa convenida, todo lo que constituye un escenario de abierta desproporción entre las partes. El Banco, que dio en arrendamiento bienes con la obligación de venderlos, los recuperaría para sí, pero además percibiría el precio total, las rentas que se devenguen hasta su devolución y bajo la apariencia de una cláusula penal otra vez parte del mismo precio, cláusula que, mirada aisladamente pudiera resultar válida, pero que admite severos cuestionamientos si se le analiza como elemento integrante de un todo, y específicamente de un contrato de adhesión, como son los contratos de arrendamiento con opción de compra, o leasing, entre Bancos comerciales y sus clientes”. El Considerando decimotercero de la misma sentencia funda la ilicitud de la cláusula penal, en los términos pactados, en una infracción a la buena fe objetiva, pues propiciaría un enriquecimiento injustificado para el arrendador.

al querido por el legislador (que la empresa de leasing obtenga el precio de un bien sin enajenarlo, pues lo recupera a través de la resolución)¹⁰⁴².

En razón de lo anterior, se hace necesario precisar en qué casos procede recurrir a una liberalidad no donatoria, como la estipulación a favor de otro o la renuncia de un derecho, y en qué casos procede recurrir a la figura de la donación entre vivos.

A nuestro juicio, la utilización de la donación entre vivos, la estipulación a favor de otro o la renuncia de un derecho dependerá, en principio, de los presupuestos propios de cada acto. De esta manera, si el bien que se busca transferir está en el patrimonio de un sujeto y se pretende que esa transferencia sea a título gratuito, deberá utilizarse la donación entre vivos; en cambio, si el bien con el que se pretende beneficiar a un tercero no integra el patrimonio de una de las partes, entonces se puede utilizar la figura de la estipulación a favor de otro; finalmente, si el derecho de que se trata integra el patrimonio de una persona y ésta pretende abdicar de él sin beneficiario determinado, estaremos en presencia de una renuncia. Advertimos, no obstante, que puede presentarse un problema con las llamadas “falsas renunciaciones”, pues, como sabemos, a través de este tipo de renuncia es posible que aparezca otra persona determinada beneficiándose con los efectos de la misma. ¿Existe, en estos casos, alguna manera de deslindar estas figuras con la donación entre vivos?

Estimamos que la respuesta a esta interrogante es afirmativa. Para tales efectos, creemos que resulta necesario examinar las circunstancias que rodean la ejecución de esa renuncia, pues el examen de tales circunstancias permitirá advertir si se configuran o no los elementos del fraude a la ley. Pensemos, por ejemplo, en el caso del marido casado en régimen de sociedad conyugal que renuncia a los gananciales; conforme lo señala parte de nuestra doctrina, ello es posible por cuanto el marido está haciendo una liberalidad, la cual cumple con los requisitos que exige el artículo 12 del Código Civil¹⁰⁴³; pero se agrega que tal renuncia no produce el efecto de liberarlo de la responsabilidad por las deudas sociales, y si la hace después de disuelta la sociedad conyugal, se trataría de una donación revocable del marido a la mujer, que no precisa de confirmación para que subsista una vez fallecido aquél¹⁰⁴⁴. El problema que tiene esta forma de razonar es que, en el caso señalado, el marido – no obstante permanecer responsable de las deudas sociales – podría carecer de otros bienes y, por lo mismo, podría burlar la garantía patrimonial universal de sus acreedores.

De ahí que, en rigor se trata de una “falsa renuncia”, porque ella beneficia a la mujer o a sus herederos, quienes se llevan la totalidad de los gananciales, y no de una donación revocable, toda vez que, conforme exige el artículo 1.137 del Código Civil, para estar frente a una donación revocable, es necesario que se haya otorgado con las solemnidades que la ley prescribe para las de su clase, las cuales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.139 del mismo código, en concordancia con el artículo 1.000 del mismo cuerpo legal, son las solemnidades del testamento, por lo que si el marido renuncia a los gananciales sin cumplir con dichas solemnidades, no es posible sostener que estemos frente a una donación revocable; o bien, es necesario que la ley expresamente le dé el carácter de donación revocable, lo que tampoco ocurre en la especie, pues no existe ninguna disposición legal que establezca que la renuncia a los gananciales que haga el marido deba considerarse como una

¹⁰⁴² Corral Talciani, *La “Cláusula Penal”*. Función y Eficacia del Contrato Penal en el Derecho Chileno, op. cit., cfr. p. 321.

¹⁰⁴³ Cabe tener presente que no se trata de una opinión unánime. Autores como Hernán Troncoso plantean que el marido no puede renunciar a los gananciales, pues la ley solo se refiere a la mujer que puede renunciarlos. Troncoso, *Derecho de Familia*, op., cit., cfr. p. 189. Sin embargo, todo indica que renuncia que puede hacer el marido no es la que aparece regulada en el párrafo 6^a del Título XXII del Libro IV del Código Civil, sino la del artículo 12 del mismo cuerpo legal.

¹⁰⁴⁴ Ramos Pazos, *Derecho de Familia*, op., vol. et ed. cit., cfr. pp. 294 – 295. En el mismo sentido, López Díaz, op. cit., cfr. p. 438.

donación revocable¹⁰⁴⁵. De esta manera, en nuestro concepto, si el marido quisiera que su mujer o los herederos de ésta se quedaran con todos los gananciales, lo que procedería es que lo hiciera de conformidad con las reglas de la donación irrevocable (aunque el legislador la trate como una donación revocable), pues tendría que sujetarse al control que el juez ejerce a través de la insinuación, por lo que, en caso de advertir que el marido que pretende renunciar puede perjudicar a los acreedores sociales, debido a que, con la renuncia, está burlando la garantía patrimonial universal de éstos, no autorizará la donación. Si el marido recurre a la renuncia, amparado en el artículo 12 del Código Civil, habría fraude a la ley.

Frente al problema que genera el fraude a la ley, esto es, que los particulares utilicen actos formalmente lícitos para alcanzar un fin prohibido por la ley, Enrique Barros ha planteado que la solución al mismo se encuentra en la adecuada interpretación que debe darse a las reglas del Derecho privado. En este sentido, si la correcta interpretación de la regla atiende a una finalidad, ésta debe ser aplicada prescindiendo de la forma y, al declarar aplicable una disposición correspondiente según su sentido, todo daño se ve remediado por la inoponibilidad del acto con que se busca eludir la regla legal obligatoria. Con todo, si la inoponibilidad no puede hacerse valer, de manera que estemos frente a un daño incorregible, se debiera poder demandar su reparación mediante una acción de responsabilidad¹⁰⁴⁶.

Por su parte, Tomé señala que, frente al negocio en fraude a la ley, la solución que procede es interpretar ambas leyes conjuntamente con el negocio jurídico cuestionado, con el objeto de observar la licitud o ilicitud de éste, interpretación que debe ser sistemática y finalista, conforme a la finalidad de todo el ordenamiento jurídico.

A juicio de Hernán Corral, la sanción al fraude a la ley, a falta de una disposición legal que la establezca, debiera ser la aplicación de la ley defraudada, considerándose al conjunto de actos como una infracción a la ley cuyo cumplimiento se quiso eludir. De esta manera, por regla general la sanción será – en concepto de Corral – la nulidad absoluta de los actos por causa ilícita, a menos que la ley defraudada establezca otro tipo de sanciones, pues, en tal caso, se aplicará la sanción especial. Sin perjuicio de lo anterior, agrega que, habiendo dolo o culpa en los casos de fraude a la ley, procederá, además, la indemnización de los perjuicios que el acto fraudulento hubiere causado¹⁰⁴⁷.

Aplicando estas soluciones al problema de las liberalidades no donatorias en fraude a la ley, debiéramos entender que se debe prescindir de la forma de la liberalidad no donatoria y aplicar las reglas correspondientes a la donación irrevocable, pudiendo haber nulidad absoluta por haberse omitido la insinuación o debiendo procederse a la formación de los acervos imaginarios, en su caso.

6.2 La simulación.

Como es sabido, la figura de la simulación no ha sido reglamentada sistemáticamente en nuestro Código Civil, sino que es una figura que se ha construido doctrinaria y jurisprudencialmente.

Se trata de una actividad por la cual las partes aparentan celebrar un acto jurídico que no se corresponde con la realidad¹⁰⁴⁸, esto es, en que las partes, estando de acuerdo y de manera consciente, exteriorizan una voluntad que es distinta de su voluntad real, ya que acuerdan celebrar un acto siendo

¹⁰⁴⁵ Cabe destacar que no es baladí calificar esta situación como donación revocable o como renuncia. En efecto, si se sostiene que se trata de una donación revocable, ello significaría que el marido, en cualquier momento, podría dejarla sin efecto por su sola voluntad unilateral; en cambio, si se sostiene que se trata de una renuncia de un derecho, ésta tiene un carácter irrevocable y, consecuentemente, no puede ser dejada sin efecto por la sola voluntad del marido. Martínez Bustos, op. cit., cfr. pp. 68 – 69.

¹⁰⁴⁶ Barros Bourie, op., vol. et ed. cit., cfr. p. 700.

¹⁰⁴⁷ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. pp. 121 – 122.

¹⁰⁴⁸ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 729.

que no es lo que efectivamente persiguen¹⁰⁴⁹. También se ha agregado, por algunos autores, que esa exteriorización de una voluntad distinta de la voluntad real debe hacer con el propósito de engañar a terceros¹⁰⁵⁰.

A partir de lo señalado, para que haya simulación es necesario que exista una declaración de voluntad deliberadamente disconforme con la intención o voluntad real; que tal disconformidad sea concertada por las partes, y que dicha disconformidad tenga por finalidad engañar a terceras personas¹⁰⁵¹.

La simulación se diferencia del fraude a la ley, por cuanto aquélla supone una apariencia de realidad, mientras que en el fraude a la ley las partes celebran actos reales, queridos por ellas y efectivamente celebrados de tal manera que, considerados aisladamente, resultan ser lícitos, pero que, combinados, permiten burlar la ley y hacerla producir consecuencias contrarias a su espíritu y a su fin¹⁰⁵².

También es sabido que la simulación, en principio, no está prohibida, toda vez que no existe un imperativo jurídico, de carácter general, de decir la verdad; en consecuencia, solo de manera excepcional la simulación será ilícita: cuando las partes buscan eludir una norma prohibitiva y cuando el acto aparente causa un perjuicio patrimonial a terceros¹⁰⁵³.

De las distintas formas de simulación, cobra interés, para los efectos de la presente tesis, la simulación relativa, pues en ésta nos encontramos con dos actos jurídicos: uno aparente y uno real¹⁰⁵⁴, de manera tal que es posible que la voluntad real de las partes sea celebrar una donación entre vivos, pero la disfrazan bajo la apariencia de una liberalidad no donatoria.

Sin perjuicio de lo señalado, estimamos que, en la práctica, es difícil que se dé una situación como la planteada, toda vez que, como hemos apuntado a lo largo de este trabajo, una de las diferencias fundamentales entre la donación entre vivos y las liberalidades no donatorias radica en que, mientras la primera exige que exista un desplazamiento patrimonial y las segundas no, de manera que si el bien ya está en el patrimonio del donante, lo más probable es que emplee otro negocio de cobertura para simular la donación entre vivos y no precisamente una liberalidad no donatoria.

En todo caso, y en el poco probable evento en que se pretenda utilizar una liberalidad no donatoria para disfrazar una donación entre vivos, entendemos que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han sabido dar respuesta a esta situación, reconociéndose, por algunos autores, la existencia de una acción autónoma, la acción de simulación, destinada a que el tribunal declare cuál

¹⁰⁴⁹ Peñailillo Arévalo, Daniel, "Cuestiones Teórico – Prácticas de la Simulación", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 191, año LX (enero – junio, 1992), cfr. p. 11.

¹⁰⁵⁰ En este sentido, Díez, Raúl, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno*, op. et ed. cit., cfr. p. 71.

¹⁰⁵¹ Ferrara, op. cit., cfr. p. 44. En el mismo sentido, Peñailillo, aunque reconoce que se trata de una exigencia innecesaria, puesto que ella se desprende de otros requisitos de la simulación: la disconformidad entre la voluntad real y la voluntad declarada, y el concierto entre las partes. Peñailillo Arévalo, "Cuestiones Teórico – Prácticas de la Simulación", op. cit., cfr. pp. 11 – 12.

¹⁰⁵² Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil. Parte Preliminar y General*, op. et ed. cit., t. II, cfr. p. 369. Además, dan el ejemplo de la compraventa entre cónyuges no separados judicialmente realizada por interposición de terceros: el marido vende un bien a un tercero y éste después lo vende la mujer de aquél; no hay simulación porque ambas compraventas fueron reales y, aisladamente consideradas, son válidas, pero, examinada su combinación, se está vulnerando lo dispuesto en el artículo 1.796 del Código Civil.

¹⁰⁵³ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil. Parte General*, op. cit., cfr. p. 731.

¹⁰⁵⁴ Ducci Claro, op. cit., cfr. p. 359.

fue la verdadera voluntad de las partes^{1055 - 1056}, y, en conjunto, se podrá ejercer otra acción distinta destinada a dejar sin efecto el acto aparente^{1057 - 1058}, ello, por cuanto la acción de simulación sería una acción meramente declarativa, de certeza, que solo tiene por finalidad que el órgano jurisdiccional reconozca que tras el acto aparente no hay acto alguno o existe un acto jurídico distinto¹⁰⁵⁹; con todo, Hernán Corral explica que – a su juicio – no es necesario recurrir a una acción autónoma de simulación, sino que puede demandarse directamente la ineficacia del acto de cobertura, fundada, precisamente, en la simulación¹⁰⁶⁰.

7. Conclusiones del Capítulo Tercero

En el presente capítulo correspondió examinar las figuras jurídicas propias de las donaciones irrevocables: insinuación, formación de acervos imaginarios y protección a la mujer casada en régimen de sociedad conyugal.

De esta manera, en lo que se refiere a la insinuación, se analizó en qué consiste esta figura, cuál es su fundamento y cuáles son las razones que permiten sostener que se trata de una institución aplicable solo a la donación entre vivos, sin perjuicio de examinar someramente si se justifica la existencia de esta figura.

Por otro lado, se examinó la formación de los acervos imaginarios, para lo cual se analizó qué son estos acervos, cuál es su fundamento y las razones que permiten sostener que solo las donaciones irrevocables generan la formación de ellos.

Además, se examinó la protección a la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal, en cuanto el legislador exige que el marido que administra ordinariamente la sociedad conyugal cuente con autorización de la mujer para disponer de los bienes sociales a título gratuito, estableciéndose como única excepción el caso en que el marido quiera hacer donaciones de poca monta, lo que implica que si el marido quiere hacer liberalidades no donatorias de poca monta respecto de bienes sociales, de todas maneras precisa de autorización de la mujer.

¹⁰⁵⁵ Alessandri Rodríguez; Somarriva Undurraga; Vodanovic Haklicka, *Tratado de Derecho Civil*. Parte Preliminar y General, op. et ed. cits., t. II, cfr. p. 364.

¹⁰⁵⁶ En este sentido, la Corte Suprema resolvió, en la causa Rol N° 7.793 – 2009, caratulada “González con Compañía de Inversiones Sevalizmat S.A.”, que la acción de simulación es aquella “que ejercen los terceros a quienes la simulación perjudica para que el juez declare la voluntad real de las partes”. (Considerando noveno).

¹⁰⁵⁷ En este sentido, Díez Duarte plantea, a propósito de la simulación relativa, que una vez acogida la acción de simulación y declarada la voluntad real de las partes, procede examinar si el acto que estaba oculto, y que ahora ha salido a la luz, cumple con todos sus requisitos de existencia y validez; si no los cumple, podremos estar frente a un antecedente de una nulidad. Díez Duarte, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno*, op. et ed. cits., cfr. pp. 146 – 148. En el mismo sentido, Peñailillo señala que, al accionar de simulación, debe solicitarse la declaración de nulidad del acto aparente. Peñailillo Arévalo, “Cuestiones Teórico – Prácticas de la Simulación”, op. cit., cfr. p. 19.

¹⁰⁵⁸ En el mismo sentido se ha pronunciado también la Corte Suprema. En la sentencia de fecha 13 de octubre de 2011, Rol N° 7.034 – 2010, caratulada “Constructora San Pablo con Inmobiliaria Vicuña Hermanos S.A. y otro”, según se lee del Considerando Trigésimo Quinto, procede la declaración de nulidad absoluta del contrato de compraventa celebrado por las demandadas, debido a que dicho contrato solo existe en apariencia, siendo que, en realidad, carece de toda consistencia jurídica. En los hechos, la demandada Inmobiliaria Vicuña Hermanos S.A. vendió a la otra demandada, Add Corp S.A. un inmueble, único activo de valor del vendedor, con el propósito de eludir el cumplimiento de las obligaciones que Inmobiliaria Vicuña Hermanos S.A. tenía respecto de Constructora San Pablo. A mayor abundamiento la inmobiliaria había sido declarada en quiebra y los hermanos Carlos, Claudio y Benjamín Vicuña Muñoz eran socios de ambas sociedades.

¹⁰⁵⁹ López Santa María; Elorriaga De Bonis, op. cit., cfr. p. 421.

¹⁰⁶⁰ Corral Talciani, *Curso de Derecho Civil*. Parte General, op. cit., cfr. p. 735.

Como consecuencia de lo anterior, es posible sostener que el reconocimiento de las liberalidades no donatorias se traduce en una liberalización de las asignaciones forzosas, particularmente de las legítimas, pues si una persona, en principio, utiliza una liberalidad no donatoria

Finalmente, se examinaron los límites a las liberalidades no donatorias. Como es posible advertir, una posibilidad ilimitada de utilizar esta figura puede conducir a obtener un fin aparentemente lícito, pero contrario al ordenamiento jurídico; o bien, puede utilizarse como disfraz o cobertura para esconder la real voluntad de las partes. En el primer caso, aparece el fraude a la ley y, en el segundo, la simulación. En consecuencia, si se pretende utilizar una liberalidad no donatoria con el propósito de obtener un fin aparentemente lícito, pero que en rigor el ordenamiento jurídico prohíbe, estaremos frente a un caso de fraude a la ley que debe ser sancionado aplicando las reglas imperativas que se pretendieron eludir recurriendo a la figura de una liberalidad no donatoria; de la misma manera, si se disfraza la real intención de las partes, por ejemplo, celebrar una donación, bajo la forma de una liberalidad no donatoria, procede que se declare cuál es la voluntad real de las partes y aplicar las reglas que rigen dicha voluntad real.

CONCLUSIONES

A partir de nuestra investigación es posible extraer las siguientes conclusiones:

1ª El Código Civil chileno no contiene una definición de las expresiones “gratuidad” ni “liberalidad”, por lo que no resulta claro si ellas son sinónimas o si tienen significados diferentes, aunque exista alguna relación sobre ellas. En la misma línea, no queda claro si la donación entre vivos es la única forma de gratuidad o de liberalidad, o si en el ordenamiento jurídico chileno es posible distinguir distintas formas de gratuidad o de liberalidad, aparte de las donaciones irrevocables. Si estas expresiones se consideran como sinónimas o, si a lo menos se considera que la única forma de liberalidad es la donación irrevocable, toda liberalidad debiera someterse al trámite de la insinuación y daría lugar a la formación de los acervos imaginarios. Por el contrario, en el caso que se reconozca que las expresiones “gratuidad”, “liberalidad” y “donaciones entre vivos” no son sinónimas, sino que entre ellas existe una relación de género a especie (siendo gratuidad la expresión más amplia y la liberalidad una especie de gratuidad y, por su parte, la liberalidad una expresión más amplia que donación entre vivos, de manera que la donación irrevocable es un tipo de liberalidad), será posible reconocer la existencia de las liberalidades no donatorias.

2ª En nuestro concepto, las expresiones “gratuidad”, “liberalidad” y “donación entre vivos” no son sinónimas, sino que entre ellas existe una relación de género a especie, de manera que la expresión más amplia corresponde a la de “gratuidad”, que significa ausencia de contraprestación, por lo que la “liberalidad” no es más que un tipo de gratuidad que se caracteriza por la existencia de una atribución patrimonial y la lucratividad. A su turno, la donación entre vivos es un tipo de liberalidad, que se caracteriza por cuanto esa atribución patrimonial está constituida por un desplazamiento patrimonial.

3ª Esta diferencia conceptual permite, a su turno, reconocer la existencia de liberalidades distintas de las donaciones irrevocables que, por lo mismo, hemos preferido llamar liberalidades no donatorias.

4ª La definición de la expresión “gratuidad” puede desprenderse del artículo 1.440 del nuestro Código Civil, el cual, al referirse a los contratos gratuitos, pone énfasis en que tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; es decir, solo una de las partes se beneficia, mientras la otra resulta gravada. Ese beneficio que se obtiene no necesariamente consiste en el dominio de un bien, sino que puede tratarse de cualquier otro tipo de beneficio avaluable en dinero, como el uso de un bien ajeno, un servicio, etc. De ahí que se consideran como contratos gratuitos el comodato, el depósito o la fianza, sin que en ninguno de ellos exista un enriquecimiento patrimonial constituido por el ingreso de un bien al patrimonio de una de las partes. Así se desprende de los artículos 1.395, 1.396 y 1.397 del Código Civil chileno.

5ª En esta misma línea, y a mayor abundamiento, cuando el legislador ha querido que ciertos actos gratuitos se rijan por las reglas de la donación entre vivos lo ha debido decir expresamente, como ocurre en el artículo 403 de nuestro Código Civil.

6ª A su turno, la liberalidad es un tipo de gratuidad que se caracteriza por cuanto existe una atribución patrimonial sin que exista una contraprestación. Se trata de una atribución patrimonial no debida, gratuita y lucrativa, conforme se desprende del artículo 1.653 del Código Civil chileno.

7ª Por su parte, la donación entre vivos se encuentra definida en el artículo 1.386 del mismo cuerpo legal, el cual señala que es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e

irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta. Esta definición ha sido criticada, pues se ha señalado que, en rigor, no se trata de un acto, sino que de un contrato en virtud del cual el donante se obliga a transferir una parte de sus bienes al donatario. Se trata, por tanto, de un título traslativo de dominio, por lo que el desplazamiento patrimonial se produce cuando opera la tradición como modo de adquirir. Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo en esta afirmación, y algunos han señalado que en el Código Civil es posible identificar dos tipos de donación: la donación de estructura obligacional y la donación de estructura real; esta última se presentará cuando exista una convención donatoria no obligacional, pero que sirva de causa, seguida de un acto de transferencia, como ocurre con la donación manual o don manual a que alude el artículo 1.188 del mismo cuerpo legal.

8ª La donación entre vivos es un tipo de liberalidad que se caracteriza por cuanto la atribución patrimonial viene dada por un desplazamiento patrimonial, de manera que el patrimonio del donatario se enriquece precisamente en aquello en que se empobrece el patrimonio del donante. Este razonamiento encuentra sustento en los artículos 1.398 y 1.399 de nuestro Código Civil.

9ª Como consecuencia de todo lo señalado precedentemente, es posible advertir la existencia de figuras en las cuales hay una atribución patrimonial, pero en las que no hay un desplazamiento patrimonial. Es lo que la doctrina extranjera ha denominado como “donación indirecta” o “liberalidades atípicas”, “donaciones atípicas” o “donaciones anómalas”, pero que hemos preferido denominar “liberalidad no donatoria”, por cuanto esta expresión es más precisa al dar cuenta de que se trata de una forma de liberalidad, pero que es distinta a la donación entre vivos.

10ª Las liberalidades no donatorias encuentran su fundamento dogmático en el principio de la libre disposición de los bienes, el cual, a su turno, es un subprincipio de la libre circulación de los bienes. En efecto, la libre circulación implica eliminar, en cuanto sea posible, todas las trabas que obstaculizan la disposición de los bienes, de manera que tales trabas constituirán una situación de excepción, pues la libre disposición sería de orden público. Esta libre disposición implica que el propietario puede enajenar los bienes que conforman su patrimonio de la forma que estime conveniente, esto es, recurriendo a los actos típicos que establece el ordenamiento jurídico o a actos atípicos, sean gratuitos u onerosos, lo que incluye – por cierto – las liberalidades no donatorias.

11ª Este principio de libre disposición de los bienes incluso se encuentra plasmado en nuestra Carta Fundamental, la cual establece que solo la ley puede establecer limitaciones y obligaciones a la propiedad, derivadas de su función social; a mayor abundamiento, cuando corresponde al legislador establecer tales limitaciones y obligaciones no puede afectar al derecho de propiedad en su esencia. Dentro de tal contenido esencial del derecho de dominio se ha considerado que se encuentra la facultad de disposición que corresponde a todo propietario, pues si éste estuviese desprovisto de la referida facultad, simplemente no podría ser considerado como titular del derecho real de dominio. De esta manera, cuando el legislador establece limitaciones y obligaciones a la propiedad, no solo las debe fundar en su función social, sino que, además, no puede privar al propietario de la facultad de disposición, pues, de hacerlo, estaría afectando a este derecho en su esencia.

12ª Por otro lado, estimamos que la autonomía privada no puede ser considerada como fundamento para las liberalidades no donatorias en cuanto a tales, toda vez que es un principio que sirve de sustento a todo acto jurídico, por lo que, si bien puede servir de justificación de las liberalidades no donatorias en cuanto actos jurídicos, no permite justificar esta figuras en su identidad específica. Sin perjuicio de ello, sí puede servir para justificar algunos de sus casos, en cuanto a la posibilidad de que el titular de un derecho pueda decidir acerca del destino de su derecho; esto es lo

que ocurre con la estipulación a favor de otro, en la que la decisión de conferir un derecho a un tercero ajeno al contrato puede ser justificada en esta figura; mientras que, tratándose de la renuncia de un derecho, en cuanto el renunciante abdica sin que exista un beneficiario determinado, no puede justificarse en la autonomía privada, por cuanto el renunciante no decide acerca del destino del derecho que está abdicando.

13^a Como consecuencia de lo anterior, puede advertirse que la reglamentación que ha hecho el legislador de las donaciones entre vivos constituye una importante limitación a la facultad de disposición que tiene todo propietario, por ejemplo, la figura de la insinuación de la donación. De esta manera, como la ley está limitando la facultad de disposición, estamos frente a una situación excepcional que debe interpretarse de manera estricta.

14^a Habiendo determinado la noción de liberalidades no donatorias, así como su fundamento en nuestro ordenamiento jurídico, es posible identificar distintos casos constitutivos de liberalidades y que no corresponden a la donación irrevocable. Dentro de estos casos es posible mencionar la renuncia de un derecho; la remisión de la deuda; el contrato a favor de tercero; el acto de dotación en la fundación; la constitución del fondo patrimonial; el cumplimiento de la obligación ajena ejecutado con *animus donandi*; la inscripción del título de propiedad a nombre de otro; el reconocimiento de deuda; el pago para otro; la estipulación a favor de otro, y los alimentos voluntarios. Atendida su importancia, en el presente trabajo solo dos fueron objeto de análisis: la estipulación a favor de otro y la renuncia de un derecho.

15^a Tratándose de la estipulación a favor de otro, esta figura está regulada en el artículo 1.449 de nuestro Código Civil, disposición que no la define ni señala sus requisitos ni efectos, sino que se limita a señalar que cualquiera puede estipular a favor de otra persona, aunque no tenga poder para representarla, y mientras no intervenga la aceptación de este tercero extraño, el contrato puede ser dejado sin efecto por quienes contrataron; pero una vez dada la aceptación del beneficiario, solo él puede reclamar lo estipulado.

16^a La estipulación a favor de otro, en cuanto cláusula que se puede incorporar, por regla general, a cualquier contrato, no constituye un caso de donación irrevocable. En efecto, por una parte, no existen relaciones jurídicas que nazca de la estipulación a favor de otro entre estipulante y beneficiario. Por otro lado, la aceptación del beneficiario no es un requisito para que opere la adquisición del derecho, sino que es una exigencia que se formula para marcar el momento hasta el cual el contrato puede quedar sin efecto por la sola voluntad de estipulante y promitente. Finalmente, conforme se ha examinado, el legislador nacional, al definir la donación entre vivos en el artículo 1.386 del Código Civil, establece que, para que haya donación, es necesario que exista un traspaso de bienes desde el patrimonio del donante al patrimonio del donatario, es decir, debe haber un desplazamiento patrimonial; este desplazamiento patrimonial no se da en la estipulación a favor de otro, pues, de existir un desplazamiento patrimonial, ello ocurrirá desde el patrimonio del promitente al patrimonio del beneficiario, toda vez que el bien nunca ha estado en el patrimonio del estipulante.

17^a Por otro lado, de la reglamentación que hace el Código Civil de la estipulación a favor de otro, se desprende que se trata de una figura autónoma. Para sostener esto, por una parte, se debe tener en consideración que el carácter oneroso o gratuito de la relación de valuta o relación subyacente no altera el carácter gratuito de la estipulación. Al excluirse los elementos ajenos a la estipulación, el contrato celebrado entre estipulante y promitente solo beneficia al promitente, por lo que estamos frente a un acto gratuito y, como se produce una atribución patrimonial para el beneficiario, se trata de una liberalidad, pero no de una donación irrevocable.

18^a Esta autonomía se ve reforzada al observar que puede haber una estipulación a favor de otro sin que exista una relación de valuta, como ocurre con el caso de la persona que compra para otro en que, al no haber un desplazamiento patrimonial de un bien desde el patrimonio del estipulante al patrimonio del beneficiario, no puede sostenerse que en el referido caso la relación subyacente sea la de una donación entre vivos. A mayor abundamiento, es posible advertir que la estipulación a favor de otro tiene un carácter neutro, toda vez que puede tener una causa *solvendi*, una causa *donandi* o una causa *credendi*. En esta misma línea resulta claro que la estipulación a favor de otro es una figura distinta de un acto simulado, pues en la estipulación a favor de otro hay una perfecta concordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada de las partes; a mayor abundamiento la simulación constituye un límite a las liberalidades no donatorias. Finalmente, en relación con este punto, es posible sostener que la estipulación a favor de otro no constituye un caso de *negotium mixtum cum donatione*, ya que éste es un acto complejo que es en parte oneroso y en parte gratuito; en este sentido, cabe tener presente que nuestro Código Civil reconoce (aunque sin ese nombre) la figura del *negotium mixtum cum donatione*, en la figura de la donación remuneratoria (y sus efectos en materia de sociedad conyugal y de participación en los gananciales).

19^a Todavía es posible argumentar a favor de la autonomía de la estipulación a favor de otro, toda vez que el legislador la reglamentó en una sola disposición, en la parte general del Libro destinado a las obligaciones y contratos, y no a propósito de algún contrato en particular, lo que demuestra que la intención del legislador en orden a que no se restringiese esta figura a algún contrato específico. A mayor abundamiento, si la intención del legislador hubiese sido darle a esta figura un carácter instrumental, no se justificaría su reglamentación separada.

20^a Tratándose de la renuncia, entendemos que, en los casos en que el legislador no ha señalado expresamente si está permitida o prohibida, habrá que examinar si mira o no al interés individual del renunciante. Cuando solo mire a ese interés individual del renunciante, tendrá cabida la renuncia; mientras que, si no mira a ese solo interés individual, la renuncia estará prohibida.

21^a Aquellos casos de renuncia expresamente permitidos por el legislador, así como también aquellos casos respecto de los cuales el legislador ha guardado silencio y que miran al interés individual del renunciante, no constituyen hipótesis de donaciones entre vivos, sino que casos de liberalidades no donatorias. Para sostener esto, atendido el carácter abdicativo de la renuncia, resulta claro que no se produce el desplazamiento patrimonial que exige el artículo 1.386 de nuestro Código Civil para estar frente a una donación entre vivos, cuestión que resulta clara en las denominadas “verdaderas” o “auténticas” renunciaciones.

22^a Los casos de las denominadas “falsas renunciaciones” no resultan tan claros, pues en ellos, aparentemente, sí se produce ese desplazamiento patrimonial que caracteriza a la donación irrevocable. Sin embargo, en nuestro concepto, siguen siendo renunciaciones y no donaciones entre vivos, toda vez que, en nuestro sistema jurídico civil, la renuncia es un acto jurídico unilateral, distinguiéndose claramente de la donación irrevocable es un acto jurídico bilateral. Por otro lado, en las denominadas falsas renunciaciones no puede haber un desplazamiento patrimonial, porque ello significaría que existe una transferencia de un derecho, es decir, ello implicaría que ha operado la tradición y, para que ello ocurra, sería necesaria la concurrencia de un título traslativo de dominio, lo que no ocurre en el presente caso; en consecuencia, al no haber transferencia, no se da el desplazamiento patrimonial que el legislador exige para que podamos estar frente a una donación entre vivos.

23^a Una vez que se ha logrado demostrar que, dentro de la categoría de las liberalidades existe un tipo que es la donación entre vivos y otro grupo que constituye las liberalidades no donatorias, resulta claro que, en nuestro sistema jurídico civil existen instituciones y figuras que solo resultan aplicables a las donaciones irrevocables, pero que no se pueden aplicar a las liberalidades no donatorias. De ellas se examinaron la insinuación de la donación, la formación de los acervos imaginarios y la protección a la mujer casada bajo régimen de sociedad conyugal.

24^a La insinuación que se exige, por regla general, como una solemnidad de la donación entre vivos, no sería una solemnidad aplicable a todas las liberalidades no donatorias. Para sostener esta afirmación, se atiende, en primer lugar, a la ubicación donde el legislador reglamentó la insinuación: precisamente, a propósito de la donación irrevocable. En segundo lugar, cuando el legislador quiso hacer aplicables las reglas de la donación entre vivos, incluyendo la solemnidad de la insinuación, a ciertas liberalidad, lo dijo expresamente. En tercer lugar, el fundamento de la insinuación no se da a cabalidad en las liberalidades no donatorias examinadas.

25^a De otra parte, solamente las donaciones entre vivos producen el efecto de generar los acervos imaginarios. Esta afirmación se extrae a partir de la clara diferencia que es posible advertir en nuestro Código Civil, entre liberalidades no donatorias y donación entre vivos, toda vez que en dicho cuerpo legal no encontramos ninguna disposición que establezca que las liberalidades solo puedan ser de dos tipos, donación y testamento, a diferencia con lo que ocurre con las legislaciones francesas e italiana.

26^a Además, cuando el legislador nacional quiso hacer aplicables las reglas de las donaciones entre vivos a ciertas liberalidades no donatorias, lo dijo expresamente, como ocurre con la remisión de la deuda. Si, en concepto del legislador, las liberalidades no donatorias siempre debiesen sujetarse a las reglas de la donación irrevocable, esas remisiones específicas no tendrían justificación.

27^a A mayor abundamiento, del tenor literal de las disposiciones que se refieren a la formación de los acervos imaginarios, se desprende claramente que el legislador solo quiso considerarla como un efecto de las donaciones, llegando incluso a discutirse si las donaciones revocables producen el efecto de formar el primer acervo imaginario; luego, si resulta discutible que la donación por causa de muerte, que expresamente aparece mencionada en el artículo 1.185 del Código Civil, produzca el efecto de formar el primer acervo imaginario, con mayor razón resulta claro que las liberalidades no donatorias no producirán tal efecto. Lo anterior se ve corroborado por el tenor literal del artículo 1.186 del mismo cuerpo legal, que solo se refiere a las donaciones irrevocables, y el artículo 1.198 del mismo código, que, para los efectos de la acumulación e imputación, solamente considera a las donaciones entre vivos.

28^a Todavía más, el propio legislador, en el artículo 1.188 del Código Civil, expresamente excluyó ciertas donaciones irrevocables del efecto de formar los acervos imaginarios. Si incluso hay ciertas donaciones entre vivos no producen tal efecto, con mayor razón no lo habrán de producir otras figuras que ni siquiera son donaciones irrevocables.

29^a Finalmente, al distinguir claramente la donación entre vivos de las liberalidades no donatorias, aparece de manifiesto que el marido casado bajo régimen de sociedad conyugal necesita de autorización de la mujer para poder ejecutar o celebrar liberalidades no donatorias sobre bienes sociales, sean muebles o inmuebles, pues el único caso en que puede disponer entre vivos a título gratuito de tales bienes, es el caso de las donaciones irrevocables de poca monta. En consecuencia, toda otra disposición a título gratuito de bienes sociales, esto es, las donaciones irrevocables que no

sean de poca monta, así como las liberalidades no donatorias, necesitarán de la autorización de la mujer para su validez.

30^a De esta manera y como consecuencia de que tanto la insinuación como la formación de los acervos imaginarios sean figuras aplicables exclusivamente a la donación entre vivos, resulta claro que se producirá, como efecto, una liberalización de la legítima en tanto asignación forzosa. Lo anterior, por una parte, por cuanto para que una persona pueda ejecutar o celebrar actos constitutivos de liberalidades no donatorias, no necesita de la insinuación, es decir, no está sujeto a solicitar una autorización judicial y, por ende, no queda sujeto al control de órgano jurisdiccional para los efectos de ejecutar o celebrar estos actos. Por otro lado, dado que las liberalidades no donatorias no producen el efecto de formar los acervos imaginarios, cualquiera persona podrá ejecutar o celebrar actos constitutivos de liberalidades no donatorias sabiendo que los mismos no producirán consecuencias en su la formación de su acervo hereditario.

31^a Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, se hace necesario reconocer la existencia de límites para las liberalidades no donatorias, pues, de no reconocerlos, se corre el riesgo que se utilicen estas figuras con el objeto de perjudicar a terceros. De esta manera, aparecen como límites a estas liberalidades el fraude a la ley y la simulación.

32^a El fraude a la ley se presenta cuando las partes, para eludir una disposición legal imperativa o prohibitiva, recurren a otro u otros actos jurídicos reales (no simulados), aparentemente válidos, pero que, al ser examinados en su conjunto, se advierte que han sido instrumentalizados para vulnerar el mandato o prohibición legal. Cuando se emplean esos actos, estos pasan a ser negocios en fraude a la ley, y se entenderá que tales actos han sido ejecutados o celebrados en fraude a la ley cuando, de conformidad con la situación fáctica existente, debió haberse hecho uso de un acto en particular, por ejemplo, la donación entre vivos, pero se altera dicha situación fáctica para utilizar una liberalidad no donatoria. En estos casos, debe aplicarse la ley defraudada, por ejemplo, las reglas de la donación entre vivos y proceder, en consecuencia, a la declaración de su nulidad absoluta o a la formación de los acervos imaginarios. Sin perjuicio de lo anterior, podría surgir también una acción indemnizatoria.

33^a En el caso de la simulación, puede ocurrir que las partes deseen celebrar una donación entre vivos, pero, para evitar la aplicación de las reglas de dicha figura, recurran a una liberalidad no donatoria. Si bien, desde un punto de vista práctico, es poco probable que se dé esta situación, en caso de llegar a presentarse, se podrá hacer uso de las acciones que tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se han esbozado respecto de la simulación, esto es, que, para la doctrina mayoritaria, se debe ejercer una acción de simulación tendiente a que el tribunal declare cuál ha sido la voluntad real de las partes y, una vez que ha salido a la luz esa voluntad real, se tendrá que ejercer otra acción tendiente a obtener la ineficacia del acto que estaba oculto o, para la doctrina minoritaria, ejercer directamente una acción tendiente a obtener la ineficacia del acto que estaba oculto (inexistencia, nulidad de pleno Derecho o nulidad absoluta) fundada en la falta de voluntad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Abeliuk Manasevich, René, *La Filiación y sus Efectos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, T. I.
- Abeliuk Manasevich, René, *Contrato de Promesa, de Opción y otros Acuerdos Previos*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª ed., 2012.
- Abeliuk Manasevich, René, *Las Obligaciones*. Thomson Reuters, Santiago, 6ª ed., 2014, T. I.
- Aedo Barrena, Cristián, “Aspectos Relativos a la Renuncia a los Gananciales”, en Mondaca, Alexis; Aedo Cristián (ed.), *Estudios de Derecho de Familia IV. Cuartas Jornadas Nacionales. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad Católica del Norte*, Thomson Reuters, Santiago, 2019.
- Aedo Barrena, Cristián; Mondaca Miranda, Alexis, “Régimen Económico del Matrimonio”, en Del Picó Rubio, Jorge (Director), *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2016.
- Albaladejo García, Manuel, “Artículo 618”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VIII, vol. 2, EDERSA, Madrid, 1986, disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/254112> [Fecha consulta 17 de mayo de 2021].
- Aldunate Lizana, Eduardo, “Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la Dogmática Constitucional de la Propiedad”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33, Nº 2, 2006.
- Aldunate Lizana, Eduardo; Fuentes Olmos, Jessica, “El Concepto de Derecho de Propiedad en la Jurisprudencia Constitucional Chilena y la Teoría de las Garantías de Instituto”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la Compraventa y de la Promesa de Venta*, T. II, Soc. Imprenta Litográfica Barcelona, Santiago, 1918.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *Teoría de las Obligaciones*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1988.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *Derecho Civil. De los Contratos*. Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 1988.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, *De los Contratos*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2015.
- Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*, Editorial Nascimento, Santiago, 1942.
- Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General*. Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 8ª ed., T. II, 2015.
- Alessandri Rodríguez, Arturo; Somarriva Undurraga, Manuel; Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 7ª ed., 2016.

Alessandri R., Arturo; Somarriva U., Manuel; Vodanovic H., Antonio, *Tratado de las Obligaciones. Volumen de las Obligaciones en General y sus Diversas Clases*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 3ª ed., T. I, 2016.

Anderson, Miriam, “Una Aproximación al Derecho de Sucesiones Inglés”, en *Anuario de Derecho Civil*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Fascículo 3, 2006.

Andreu, Lionel; Thomassin, Nicolas, *Cours de Droit Civil. Des Obligations*, Lextenso Éditions, Issy – les – Moulinaux, 3ª édition, 2018.

Arjona Guajardo – Fajardo, José Luis, “¿Traslativa u Obligacional? El Problema de la Operatividad del Negocio de Donación en el Código Civil Español”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, Nº 772, marzo 2019.

Ascarelli, Tullio, “Contratto Misto, Negozio Indiretto, ‘Negotium Mixtum Cum Donatione’”. En *Rivista del Diritto Commerciale*. Fascicolo 8 – 9, 1930. Disponible en <http://www.rivistadeldirittocommerciale.com/search?Nt7NrthrmCbl> [Última consulta 25 de junio de 2018].

Barcia Lehmann, Rodrigo, “La Autonomía Privada como Principio Sustentador de la Teoría del Contrato y su Aplicación en Chile”. En *Temas de Contratos*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 2006.

Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. De los Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.

Barcia Lehmann, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

Barcia Lehmann, Rodrigo, *Fundamentos del Derecho de Familia y de la Infancia*. Thomson Reuters, Santiago, 2011.

Barcia Lehmann, Rodrigo, *Estructura del Derecho de Familia y de la Infancia*, T. I, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

Barría Paredes, Manuel, *Asignaciones Forzosas y Libertad de Testar*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.

Barros Bourie, Enrique, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. I, 2ª ed., 2020.

Baudry – Lacantinerie, G., *Précis de Droit Civil*, Recueil Sirey, Paris, t. III, 12e édition, 1922.

Beignier, Bernard, *Libéralités et Successions*. Montchrestien Lextenso Éditions, Paris, 2012.

Beignier, Bernard ; Torricelli – Chrifi, Sarah, *Libéralités et Successions*. LGDJ Lextenso Éditions, Paris, 4ª édition, 2017.

Belli, Guido, “Le Donazioni Indirette”. Disponible en

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Nm8Opyc1UkMJ:https://www.personaedanno.it/attachments_static/attachments/allegati_articoli/010188_resource1_orig.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=cl [Última consulta 03 de septiembre de 2018]

Bello, Andrés, *Obras Completas. Proyectos de Código Civil*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, Vol. XI, 1887.

Bello, Andrés, *Obras Completas. Proyecto de 1853*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, Vol. XII, 1888.

Bello, Andrés, *Obras Completas. Proyecto Inédito*, Impreso por Pedro G. Ramírez, Santiago, Vol. XIII, 1890.

Biondi, Biondo, *Le Donazioni*. Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, 1961.

Bonfante, Pedro, *Instituciones de Derecho Romano* (trad. Luis Bacci y Andrés Larrosa), Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959.

Buffelan – Lanore, Yvaine ; Larribau – Terneyre, Virginie, *Droit Civil. Les Obligations*. Éditions Dalloz, Paris, 14^e édition, 2014.

Buffelan – Lanore, Yvaine ; Larribau – Terneyre, Virginie, *Droit Civil. Les Obligations*, 16^e édition, Dalloz, Paris, 2018.

Carbonnier, Jean, *Derecho Civil*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1971, T. II, Vol. II, (traducción de Manuel Zorrilla Ruíz).

Cariota – Ferrara, Luigi, *El Negocio Jurídico* (traducción de Manuel Albaladejo). Aguilar, Madrid, 1956.

Carnevali, Urbano, “Le Donazioni”, in *Trattato di Diritto Privato*, (Rescigno, Piero, director), vol. V, Utet, Torino, 1982.

Carvajal Ramírez, Patricio – Ignacio, “El Haber Social como Propiedad Fiduciaria. Cuestiones sobre el Término de la Sociedad Conyugal y la Protección del Cónyuge más Débil”, en Domínguez, Carmen (coord.), *Estudios de Derecho de Familia III. Terceras Jornadas Nacionales. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile*, Thomson Reuters, Santiago, 2018.

Carrasco Perera, Ángel, *Tratado del Abuso de Derecho y del Fraude de Ley*, Aranzadi SA, Pamplona, 2016.

Cea Egaña, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, deberes y Garantías*, Ediciones UC, Santiago, 3^a ed., 2012, T. II.

Chiassoni, Pierluigi, *Técnicas de Interpretación Jurídica. Breviario para Juristas* (trad. Luque Sánchez, Pau; Narváez Mora, Maribel), Marcial Pons, Madrid, 2011.

Cordero Quinzacara, Eduardo, “La Dogmática Constitucional de la Propiedad en el Derecho Chileno”, en *Revista de Derecho*, Vol. XIX, N^o 1, julio 2006.

Corral Talciani, Hernán, “En Defensa de la *Insinuatio Donationis*. Informe sobre el Proyecto de Ley que Elimina el Trámite de la Insinuación para las Donaciones entre Vivos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, N° 3, 1999.

Corral Talciani, Hernán, *Bienes Familiares y Participación en los Gananciales*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2011.

Corral Talciani, Hernán, *La “Cláusula Penal”. Función y Eficacia del Contrato Penal en el Derecho Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2012.

Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

Corral Talciani, Hernán, *Curso de Derecho Civil. Bienes*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

Costas Rodal Lucía, “Contrato de Donación”, en Bercovitz, Rodrigo (Director), *Tratado de Contratos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, T. II, 3ª ed., 2020.

Court Murasso, Eduardo, *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio – Regímenes Matrimoniales – Uniones de Hecho*, Legal Publishing, Santiago, 2ª ed., 2009.

Court Murasso, Eduardo, *Curso de Derecho Civil. Teoría General del Acto Jurídico*, Santiago, Legal Publishing, 2ª ed., 2009.

Court Murasso, Eduardo; Wegner Astudillo, Veronika, *Derecho de las Obligaciones. Las Obligaciones en General y sus Clases. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.

Covarrubias Cuevas, Ignacio, “Hacia las Regulaciones Compensables al Derecho de Propiedad. Evaluación a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno”, en *Actualidad Jurídica*, N° 36, julio 2017.

D’Ors, Álvaro, *Derecho Privado Romano*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Barañáin, 9ª ed., 1997.

De Castro y Bravo, Federico, *El Negocio Jurídico*. Civitas, Madrid, 1971.

De Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel; Parra Lucán Mª Ángeles, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*. Colex, Madrid, 2014.

Del Solar Duarte, Nicolás; Muñoz Cid, Manuel, *Donación entre Vivos y por Causa de Muerte. Instituciones Jurídicas Vinculadas a la Donación Revocable*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2012.

Delvincourt, Claude - Étienne, *Cours de Code Civil*. L’Imprimerie de Lebégue, Paris, 1819, T. II.

Díaz Brito, Francisco, “La Aportación de Bienes a las Fundaciones”, en *Tratado de las Liberalidades*, Egusquiza Balmaseda, Mª Ángeles; Pérez de Ontiveros Baquero, Carmen (directoras), Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

- Díez Duarte, Raúl, *El Contrato. Estructura Civil y Procesal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1994.
- Díez Duarte, Raúl, *La Simulación de Contrato en el Código Civil Chileno. Teoría Jurídica y Práctica Forense*. Editorial Metropolitana, Santiago, 3ª ed., 1996.
- Díez – Picazo, Luis, “La Tradición y los Acuerdos Traslativos en el Derecho Español”, en *Anuario de Derecho Civil*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Fascículo 3, 1966.
- Díez – Picazo y Ponce de León, Luis, “El Abuso del Derecho y el Fraude de la Ley en el Nuevo Título Preliminar del Código Civil Español y el Problema de sus Recíprocas Relaciones”. *Ius et Veritas*, N° 5, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- Domínguez Águila, Ramón, “Los Terceros y el Contrato”, en *Revista de Derecho. Universidad de Concepción*. N° 74, año LI (julio – diciembre 1983).
- Domínguez Águila, Ramón, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Prolibros, Valparaíso, 3ª ed., 2020.
- Domínguez Hidalgo, Carmen, *Elogio de la Gratuidad*, Seminario de Titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1989.
- Domínguez Benavente, Ramón; Domínguez Águila, Ramón, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 2011, T. II.
- Ducci Claro, Carlos, *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4ª ed., 2010.
- Elorriaga De Bonis, Fabián, *Derecho Sucesorio*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª ed., 2015.
- Egusquiza Balmaseda, Mª de los Ángeles, “Perfección de la Donación: Acto, Negocio Dispositivo o Contrato”, en Mª de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (Directoras), *Tratado de las Liberalidades*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- Egusquiza Balmaseda, Mª Ángeles, “Donación Indirecta”, en Mª de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (Directoras), *Tratado de las Liberalidades*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- Errázuriz Eguiguren, Maximiliano, *Manual de Derecho Romano. De los Bienes, De las Obligaciones, de las Fuentes de las Obligaciones, De la Sucesión por Causa de Muerte, Derecho Procesal Romano*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. II, 1987.
- Espada Mallorquín, Susana, “El Seguro de Vida y los Derechos Legitimarios”. En *Estudios de Derecho Civil XI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Concepción, 2015*. Thomson Reuters, Santiago, 2016.
- Ferrara, Francisco, *La Simulación de los Negocios Jurídicos*. Trad. De Rafael Atard y Juan A. de la Puente. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2ª ed., 1960.
- Figuroa Yáñez, Gonzalo (editor), *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Código Civil y Leyes Complementarias*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 3ª ed., 1996.

Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Teoría de los Actos Jurídicos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 2011.

Figueroa Yáñez, Gonzalo, *Curso de Derecho Civil. Las Fuentes de las Obligaciones. La Declaración Unilateral de la Voluntad. La Teoría General del Contrato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, T. III.

Fuentes Olmos, Jessica, *El Derecho de Propiedad*, Ediciones Der, Santiago, 2018.

Gagliardo, Mariano, *Sociedades de Familia y Cuestiones Patrimoniales*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 3ª ed., 2018.

Gamarra, Jorge Luis, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Doctrina General del Contrato*. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2010, T. II.

Gamarra, Jorge; Venturini, Beatriz; De Cores, Carlos; Gamarra, Raúl, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*. Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 3ª ed., 2004, T. IV.

Gianola, Alberto, *Atto Gratuito, Atto Liberale. Ai Limite della Donazione*. Giuffrè Editore, Milano, 2002.

Gómez Gállego, Francisco Javier, “La Sustitución Fideicomisaria en la Legítima Estricta a Favor del Discapacitado”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 687, enero – febrero 2005. Disponible en <https://app.vlex.com/#WW/vid/329062> [Última lectura: 29 de junio de 2021].

Grayot – Dirx, Stéphanie, « Réflexion (Processuelles) sur la Renonciation », en *Mélanges Offerts au Professeur Pascale Bloch*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2016.

Green Bobadilla, Nel, *Filiación. Derechos Humanos Fundamentales y Problemas de su Actual Normativa*, Santiago, Librotecnia, 2014.

Grimaldi, Michel, *Droit Civil. Libéralités Partages D'Ascendants*, Litec, Paris, 2000.

Grimaldi, Michel, *Droit des Successions*, Lexis Nexis, Paris, 8^e édition, 2020.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar* (trad. Álvarez Medina, Silvina), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª ed., 2018.

Guzmán Brito, Alejandro, *De las Donaciones entre Vivos. Conceptos y Tipos*, Lexis Nexis, 2005.

Guzmán Brito, Alejandro, *Acto, Negocio, Contrato y Causa en la Tradición del Derecho Europeo e Iberoamericano*. Aranzandi, Navarra, 2005.

Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios de Historia Dogmática y Sistemática sobre el Código Civil Chileno – Colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2009.

Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho Privado Romano*. Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2013, T. II.

Henríquez Viñas, Miriam; Núñez Leiva, José I., *Manual de Estudio de Derecho Constitucional*, Sociedad Editora Metropolitana Ltda., Santiago, 2007.

Iacovino, Celeste; Tavassi, Vincenzo; Cassandro, Tania, *La Donazione*, Giuffrè Editore, Milano, 1996.

Iglesias, Juan, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1958.

Iribarra Sobarzo, Eduardo; Leitao Álvarez – Salamanca, Francisca, “La Naturaleza Jurídica del Aporte Fundacional”, en *Estudios de Derecho Civil XV, XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2019*, Thomson Reuters, Santiago, 2020.

Josserand Louis, *Teoría General de las Obligaciones*. Editorial Parlamento Ltda., Santiago, 2008.

Jubault, Christian, *Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*. Montchrestien, Paris, 2005.

Larroumet, Christian; Bros, Sarah, *Traité de Droit Civil. Tome 3. Les Obligations. Le Contrat*, Economica, Paris, 8^e édition, 2016.

Lecaros Sánchez, José M., *Liberalidades y Donaciones Irrevocables*, Metropolitana Ediciones, Santiago, 1997.

Lefebvre, Francis, *Successions et Libéralités. Régime Juridique et Fiscal*, Éditions Francis Lefebvre, Levallois, 2^e édition, 2014.

Leitao Álvarez – Salamanca, Francisca, “Los Conceptos de Onerosidad y Gratuidad en el Código Civil Chileno”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 2^o semestre 2015.

Lepin Molina, Cristián, *Derecho Familiar Chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2017.

Libchaber, Rémy, « Pour une Redéfinition de la Donation Indirecte ». Defrénois, 20 décembre, 2000, n° AD2000DEF1409N1.

Lluelles, Didier; Benoît, Moore, *Droit des Obligations*. Les Éditions Thémis, Montréal, 2^e édition, 2012.

López Díaz, Carlos, *Tratado de Derecho de Familia*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2017.

López Escarcena, Sebastián, “La Propiedad y su Privación o Restricción en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en *Ius et Praxis*, año 21, N° 1, 2015.

López Richart, Julián, *Los Contratos a Favor de Tercero*. Dykinson S.L., Madrid, 2001.

López Santa María, Jorge; Elorriaga De Bonis, Fabián, *Los Contratos. Parte General*. Thomson Reuters, Santiago, 6^a ed., 2017.

- Lorenzetti, Ricardo Luis, *Tratado de los Contratos. Parte General*, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004.
- Malaurie, Philippe ; Brenner, Claude, *Droit des Successions et des Libéralités*. LGDJ, Lextenso Éditions, Paris, 8^e édition, 2018.
- Mansilla y Mejía, M^a Elena, “Fraude a la Ley: Fraus Legis Facta”. *Revista Cultura – Derecho*. N° 1, Diciembre 2010 – Febrero 2011, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de México, 2010.
- Markesinis, Basil; Unberath, Hannes; Johnston, Angus, “*The German Law of Contract. A Comparative Treatise*”, Hart Publishing, Oxford, 2nd edition, 2006.
- Martínez Bustos, Germán, *Ensayo de una Teoría General sobre la Renuncia de los Derechos*, Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Santiago, Talleres Gráficos Samaniego, 1940.
- Martínez De Aguirre Aldaz, Carlos; De Pablo Contreras, Pedro; Pérez Álvarez, Miguel Ángel; Parra Lucán; María Ángeles, *Curso de Derecho Civil (II)*. Derecho de Obligaciones, Colex, Madrid, 4^a ed., 2014.
- Maury, Jean, *Successions et Libéralités*, Lexis Nexis, Paris, 9^e édition, 2016.
- Merino Scheihing, Francisco, *Estudio Crítico de la Jurisprudencia del Código Civil. Donaciones entre Vivos (Arts. 1386 – 1436)*. Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1968.
- Messineo, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa – América, 1955, T. V.
- Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, T. II, 10^a ed., 1997.
- Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 10^a edición, 2007.
- Meza Barros, Ramón, *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 9^a ed., 2007, T. I.
- Meza Barros, Ramón, *Manual de la Sucesión por Causa de Muerte y Donaciones entre Vivos*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7^a ed., 2008.
- Moggia Catalina, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (Miguel De Lorenzo; Pablo Lorenzetti, coordinadores), Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, T. VII, 2015.
- Momberg Uribe, Rodrigo, “Análisis Crítico del Proceso de Armonización del Derecho Contractual en la Unión Europea” en *Revista de Derecho*, Vol. XXII, N° 1. Universidad Austral de Chile, Julio 2009.

- Mondaca Miranda, Alexis, “Evolución del Pensamiento de Andrés Bello sobre el Carácter Gratuito u Oneroso del Contrato de Mandato” en *Revista de Estudios Histórico – Jurídicos*, Valparaíso, Chile, 2019, N° XLI.
- Montory Barriga, Gonzalo, *La Propiedad Constitucional. Limitaciones, Privaciones, Contenido Esencial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.
- Nash Rojas, Claudio, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Recepción y Aplicación en el Ámbito Interno*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2012.
- Nicod, Marc, *Le Formalisme en Droit des Libéralités*. Imprimerie La Mouette, Toulouse, 2001.
- Nicod, Marc, « De la Libéralité selon le Code Civil ». En *Leçons du Droit Civil. Mélanges en l'Honneur de François Chabas*. Bruylant, Bruxelles, 2011.
- Nicod, Marc, « Les Libéralités Ordinaires : Les Donations ». En *Droit Patrimonial de la Famille*, Grimaldi, Michel (directeur), Édition Dalloz, Paris, 2014.
- Núñez Santos, Marco, “La Traducción Española de la Parte General del Código Europeo de Contratos”. Disponible en https://www.academia.edu/9398396/CODIGO_EUROPEO_DE_CONTRATOS_TR_PAVIA [Última lectura: 04 de febrero de 2019].
- Oppo Giorgio, *Adempimento e Liberalità*. Giuffrè Editore, Milano, 1947.
- Orrego Acuña, Juan A., *Contrato de Arrendamiento. Análisis Jurisprudencial. Ley N° 19.866*. Editorial Metropolitana, 2003.
- Orrego Acuña, Juan A., *Los Contratos Reales*. Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2015.
- Ortega Pardo, Gregorio – José, “Donaciones Indirectas”. En *Anuario de Derecho Civil*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, Fascículo 3, 1949.
- Pardo de Carvalho, Inés, “Consideraciones sobre los Regímenes Matrimoniales en la Legislación Chilena”, en *Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11, 1987.
- Parra Labarca, Ricardo, *La Simulación. Doctrina y Jurisprudencia*, La Ley Ediciones Jurídicas, Santiago, 1994.
- Peñailillo Arévalo, Daniel, “Cuestiones Teórico – Prácticas de la Simulación”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 191, año LX (enero – junio, 1992).
- Peñailillo Arévalo, Daniel, *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La Resolución por Incumplimiento*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- Peñailillo Arévalo, Daniel, “Sobre la Naturaleza de la Estipulación a Favor de Otro. Derecho Comparado y Chileno”, en *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Thomson Reuters, Santiago, 2018.

- Peñailillo Arévalo, Daniel, *Los Bienes. La Propiedad y Otros Derechos Reales*, Thomson Reuters, Santiago, 2ª ed., 2019.
- Pérez Conesa, Carmen, “Contrato a Favor de Tercero”, en Mª de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (directoras), *Tratado de las Liberalidades*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.
- Pérez Velásquez, Juan Pablo, *El Proceso de Modernización del Derecho Contractual Europeo*, Dykinson S.L., Madrid, 2013.
- Pescio Vargas, Victorio, *Manual de Derecho Civil. Teoría General de los Actos Jurídicos y Teoría General de la Prueba*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1948.
- Picod, Nathalie, *La Remise de Dette en Droit Privé*. Thèse pour le Doctorat en Droit de l’Université Toulouse 1 Capitole. Dalloz, Paris, 2013.
- Piédelièvre, Stéphane, *Successions et Libéralités*, Éditions Bruylant, Bruxelles, 2ª édition, 2019.
- Planiol, Marcel; Ripert, Georges, *Traité Pratique de Droit Civil Français*. Librairie Général de Droit & de Jurisprudence, Paris, T. V, 1933.
- Pothier, Robert Joseph, *Tratado de los Contratos de Beneficencia*, Imprenta y Litografía de J. Roger editor, Barcelona, 1845.
- Pothier, Robert Joseph, *Tratado de las Obligaciones*. Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1993.
- Prado López, Pamela, “¿Es Aplicable en Chile la Concepción y Estructura del Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho de la Contratación?”, en *Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011*. Thomson Reuters, Santiago, 2012.
- Prado López, Pamela, *La Colaboración del Acreedor en los Contratos Civiles*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- Quintana Villar, María Soledad, *Derecho de Familia*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 3ª ed., 2020.
- Ramos Pazos, René, “De la Estipulación en Favor de Otro”. En *Revista de Derecho*. Universidad de Concepción, Concepción, número 193, enero – junio 1993.
- Ramos Pazos, René, *De las Obligaciones*, Legal Publishing, Santiago, 3ª ed., 2008.
- Ramos Pazos, René, *Sucesión por Causa de Muerte*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 2 vols., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 7ª ed., 2007, T. I.
- Ramos Pazos, René, “Algunas Consideraciones en Relación con la Estipulación en Favor de Otro” en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Olmué 2006*, Lexis Nexis, Santiago, 2007.

- Rivera Restrepo, José, *La Causa en el Derecho Chileno*, Thomson Reuters, Santiago, 2012.
- Rodríguez Grez, Pablo, *Regímenes Patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.
- Rodríguez Grez, Pablo, *Instituciones de Derecho Sucesorio. De los Cinco Tipos de Sucesión en el Código Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, V. I, 3ª ed., 2006.
- Rodríguez Pinto, María Sara, *Manual de Derecho de Familia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2017.
- Rogel Vide, Carlos, *Las Liberalidades de Uso*. Editorial Reus, Madrid, 2011.
- Rozas Vial, Fernando, *Los Bienes*, Legal Publishing, Santiago, 4ª ed., 2007.
- Rubino, Domenico, *Il Negozio Giuridico Indiretto*. Milano, Giuffrè, 1937.
- Rubio Torrano, Enrique, "Los Artículos 623 y 629 del Código Civil: Apuntes para otra Explicación", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 543, 1981.
- Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Parte General y Acto Jurídico*, Abeledo Perrot, Santiago, T. I, 2011.
- Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Obligaciones*. Abeledo Perrot, Santiago, T. II, 2011.
- Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Bienes*. Abeledo Perrot, Santiago, T. III, 2011.
- Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Contratos y Responsabilidad Extracontractual*, Abeledo Perrot, Santiago, 2011, T. IV.
- Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Derecho de las Personas en Familia*. Thomson Reuters, Santiago, 2012.
- Ruz Lártiga, Gonzalo, *Explicaciones de Derecho Civil. Sucesiones y Liberalidades*. Thomson Reuters, Santiago, 2014, T. VI.
- Samper Polo, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional SEK, Santiago, 3ª ed., 1993.
- Sanciñena Asurmendi, Camino, "Negocio Mixto con Donación". En *Tratado de las Liberalidades*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 2017.
- Sandoval López, Ricardo, *Contratos Mercantiles*, T.I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- Sériaux, Alain, *Les Successions. Les Libéralités*, Ellipses, Paris, 2ª édition, 2018.
- Smits, Jan M, "Introduction to special issue. Harmonisation of Contract Law: an Economic and Behavioural Perspective" en *European Journal of Law and Economics*, Vol. 33, 2012.

- Somarriva Undurraga, Manuel, *Derecho Sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 8ª ed., 2005 (versión de René Abeliuk M.), T. II.
- Squella Narducci, Agustín, *Introducción al Derecho*, Thomson Reuters, Santiago, 3ª ed., 2014.
- Stitchkin Branover, David, *El Mandato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed. (actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez), 2008.
- Terré, François; Lequette, Yves; Gaudemet, Sophie, *Droit Civil. Les Successions. Les Libéralités*. Dalloz, Paris, 4ª ed., 2014.
- Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves, *Droit Civil. Les Obligations*, 11ª édition, Dalloz, Paris, 2013.
- Terré, François; Simler, Philippe; Lequette, Yves; Chénéde, François, *Droit Civil. Les Obligations*, Dalloz, Paris, 12ª édition, 2019.
- Tomé, Miguel Ángel, “Donaciones y Liberalidades Atípicas en Fraude a la Ley”. En *Revista de Derecho 10*. Universidad Católica del Uruguay, 2014.
- Topasio Ferreti, Aldo, *Derecho Romano. Fundamentos para la Docencia*, Editora Latinoclásica, Valparaíso, 1992.
- Torrent Ruíz, Armando, *Los Contratos a Favor de Terceros. Del Derecho Romano a los Principes, Definitions and Model Rules of the European Private Law*. Edisofer L. S., Madrid, 2015.
- Torrente, Andrea, *La Donazione*, en *Trattato de Diritto Civile e Commerciale* (diretto da Antonio Cicu e Francesco Messineo), Dott. A. Giuffrè – Editore, Milano, Vol. XXII, 1956.
- Torres Lana, José Ángel, “Causa e Intención Liberal en el Actual Régimen Contractual”, en Mª de los Ángeles Egusquiza; Carmen Pérez de Ontiveros (Directoras), *Tratado de las Liberalidades*. Editorial Aranzandi, Pamplona, 2017.
- Trabucchi, Alberto, *Istituzioni de Diritto Civile*. Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milano, 48ª ed., 2017.
- Treitel, Guenter, *The Law of Contract*. Sweet & Maxwell, London, 10th ed., 1999.
- Troncoso Larronde, Hernán, *Derecho Sucesorio*, Legal Publishing, Santiago, 6ª ed., 2009.
- Troncoso Larronde, Hernán, *De las Obligaciones*, Thomson Reuters, Santiago, 7ª ed., 2011.
- Troncoso Larronde, Hernán, *De los Bienes*, Thomson Reuters, Santiago, 2013.
- Troncoso Larronde, Hernán, *Derecho de Familia*, Thomson Reuters, Santiago, 16ª ed., 2017.
- Troncoso Larronde, Hernán; Álvarez Cid, Carlos, *Contratos*. Abeledo Perrot, Santiago, 5ª ed., 2010.

Troplong, M., *Le Droit Civil Expliqué Suivant L'Ordre du Code. Du Mandat, du Cautionnement et des Transactions ; Commentaire des Titres XIII, XIV et XV du Livre III du Code Civil*, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1846.

Vial Del Río, Víctor, *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 5ª ed., 2004.

Viera Álvarez, Christian, “El Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales: la Libre Iniciativa Económica en España y Chile”, en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 62, 2013.

Vivanco Martínez, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos Dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2ª ed., 2006.

Vodanovic Haklicka, Antonio, *Derecho de Alimentos*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 5ª ed., 2018.

Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte General*. T. I, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2ª ed., 2019.

Vodanovic Haklicka, Antonio, *Tratado de Derecho Civil. Fuentes de las Obligaciones. Parte Especial: De los Contratos Principales en Particular*, T. II, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2ª ed., 2021.

Volterra, Eduardo, *Instituciones de Derecho Privado Romano* (trad. Jesús Daza Martínez), Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.

ÍNDICE

Introducción.....	p. 2
-------------------	------

CAPÍTULO I

Las nociones de gratuidad, liberalidad y donación entre vivos en el Código Civil chileno

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO I.....	p. 7
2. RELACIONES EXISTENTES ENTRE LAS NOCIONES DE GRATUIDAD, LIBERALIDAD Y DONACIÓN ENTRE VIVOS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	p. 8
3. LA NOCIÓN DE GRATUIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	p. 10
3.1 La gratuidad como ausencia de contraprestación.....	p. 10
3.2 Disposiciones que hacen referencia a la gratuidad.....	p. 13
3.2.1 Artículo 403 del Código Civil.....	p. 13
3.2.2 Artículo 551 – 1 inciso 1º del Código Civil.....	p. 13
3.2.3 Artículo 556 inciso 1º del Código Civil.....	p. 14
3.2.4 Artículo 1.386 del Código Civil.....	p. 14
3.2.5 Artículo 1.396 del Código Civil.....	p. 14
3.2.6 Artículo 1.417 del Código Civil.....	p. 14
3.2.7 Artículo 1.422 del Código Civil.....	p. 15
3.2.8 Artículo 1.433 inciso 2º del Código Civil.....	p. 15
3.2.9 Artículo 2.117 del Código Civil.....	p. 15
3.2.10 Artículo 793 del Código Civil.....	p. 16
3.2.11 Artículo 1.759 del Código Civil.....	p. 16
3.2.12 Artículo 1.913 del Código Civil.....	p. 17
3.2.13 Artículo 1.747 del Código Civil.....	p. 17
3.2.14 Artículo 2.219 del Código Civil.....	p. 18
3.2.15 Artículo 1.732 del Código Civil.....	p. 18

3.2.16	Artículo 1.792 – 7 del Código Civil.....	p. 18
3.2.17	Artículo 2.278 del Código Civil.....	p. 19
3.2.18	Artículo 2.303 del Código Civil.....	p. 19
3.2.19	Artículo 2.468 del Código Civil.....	p. 20
3.2.20	Artículo 2.174 del Código Civil.....	p. 20
3.2.21	Artículo 1.133 del Código Civil.....	p. 20
3.2.22	Artículo 1.337 regla 10ª del Código Civil.....	p. 21
3.2.23	Artículo 1.962 del Código Civil.....	p. 22
3.2.24	Artículo 1.749 inciso 4º del Código Civil.....	p. 22
3.2.25	Artículo 1.792 – 10 del Código Civil.....	p. 23
3.2.26	Artículo 1.440 del Código Civil.....	p. 24
3.2.26.1	Antecedentes del artículo 1.440 del Código Civil.....	p. 24
3.2.26.2	El criterio de clasificación de esta disposición.....	p. 25
3.3	Las distintas clases de gratuidad en el Código Civil chileno y el aporte del derecho extranjero.....	p. 27
4.	LA NOCIÓN DE LIBERALIDAD Y SUS DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE DONACIÓN ENTRE VIVOS.....	p. 28
4.1	La liberalidad como forma de gratuidad.....	p. 28
4.2	Disposiciones del Código Civil que hacen referencia a la liberalidad.....	p. 29
4.2.1	Artículo 1.467 del Código Civil.....	p. 29
4.2.2	Artículo 1.653 del Código Civil.....	p. 30
4.3	La noción de liberalidad y sus requisitos en el Código Civil chileno, y la contribución del derecho extranjero.....	p. 31
4.3.1	Acto gratuito.....	p. 32
4.3.2	Acto de alienación o de disposición.....	p. 32
4.3.3	Intención liberal, ánimo de liberalidad o <i>animus donandi</i>	p. 32

4.4	La donación entre vivos como una forma de liberalidad.....	p. 35
4.4.1	La donación entre vivos en el derecho romano.....	p. 36
4.4.2	La donación entre vivos en el Código Civil francés.....	p. 38
4.4.2.1	Es un contrato.....	p. 39
4.4.2.2	Es un contrato solemne.....	p. 39
4.4.2.3	Exige un despojo actual e irrevocable.....	p. 43
4.4.2.4	Es incompatible con la existencia de una contingencia incierta.....	p. 43
4.4.2.5	El carácter de la donación remuneratoria.....	p. 43
4.4.3	La donación entre vivos en el Código Civil italiano.....	p. 44
4.4.3.1	Definición.....	p. 45
4.4.3.2	Caracteres.....	p. 45
a.	Es un contrato.....	p. 45
b.	Precisa de un elemento subjetivo.....	p. 46
c.	Enriquecimiento y empobrecimiento correlativo.....	p. 47
d.	Espíritu de liberalidad.....	p. 47
e.	Irrevocabilidad.....	p. 48
f.	Obra personalísima del donante.....	p. 49
g.	El medio técnico puede ser diverso.....	p. 49
h.	Es un contrato solemne.....	p. 49
4.4.4	La donación entre vivos en el Código Civil español.....	p. 50
4.4.4.1	Naturaleza jurídica de la donación entre vivos en el Código Civil español.....	p. 50
a.	Opinión que sostiene que la donación entre vivos tiene una naturaleza contractual.....	p. 51
b.	Opinión que sostiene que la donación entre vivos tiene una naturaleza de acto atributivo directo del derecho donado.....	p. 51
c.	Opinión que sostiene que la donación entre vivos tiene una doble naturaleza jurídica.....	p. 52

4.4.2	Características de la donación entre vivos en el Código Civil español.....	p. 52
4.4.2.1	Es un acto de liberalidad.....	p. 52
4.4.2.2	Es un acto de disposición gratuito.....	p. 52
4.4.2.3	Exige la concurrencia del <i>animus donandi</i>	p. 53
4.4.2.4	Requiere de la aceptación del donatario.....	p. 53
4.4.5	La donación entre vivos en el Código Civil y Comercial de la Nación argentino.....	p. 54
4.4.5.1	Es consensual.....	p. 56
4.4.5.2	Es unilateral.....	p. 56
4.4.5.3	Es gratuito.....	p. 56
4.4.5.4	Es nominado.....	p. 57
4.4.5.5	Es principal.....	p. 57
4.4.6	La donación entre vivos en el Código Civil chileno.....	p. 57
4.4.7	Razones que justifican sostener que la donación entre vivos es una forma de liberalidad	p. 61
5.	LAS LIBERALIDADES NO DONATORIAS.....	p. 63
5.1	Nomenclatura.....	p. 63
5.2	La noción de liberalidad no donatoria.....	p. 65
6.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I.....	p. 67

CAPÍTULO II

Las liberalidades no Donatorias en el Código Civil chileno

1.	INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO II.....	p. 69
2.	EL FUNDAMENTO DE LAS LIBERALIDADES NO DONATORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO.....	p. 70
2.1.	El principio de la libre disposición de los bienes.....	p. 70
2.2.	La consagración del principio de la libre disposición de los bienes en el ordenamiento jurídico civil chileno.....	p. 72

2.2.1.	El artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República.....	p. 72
2.2.2.	El artículo 19 N° 26 de la Constitución Política de la República.....	p. 73
2.2.3.	El artículo 582 del Código Civil.....	p. 77
2.2.4.	El artículo 1.126 del Código Civil.....	p. 77
2.3	El principio de la libre disposición de los bienes en los instrumentos internacionales aplicables en Chile.....	p. 78
2.4	El principio de la libre disposición de los bienes como fundamento de las liberalidades no donatorias.....	p. 79
2.5	Las liberalidades no donatorias y la autonomía privada... ..	p. 80
3.	LOS CASOS DE LIBERALIDADES NO DONATORIAS EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO Y EL APOORTE DEL DERECHO EXTRANJERO EN SU IDENTIFICACIÓN.....	p. 81
3.1	La estipulación a favor de otro.....	p. 87
3.1.1	Aspectos generales.....	p. 87
3.1.2	Antecedentes históricos.....	p. 88
3.1.3	Nomenclatura.....	p. 91
3.1.4	Aspectos generales.....	p. 92
3.1.5	Diferencias con otras figuras cercanas.....	p. 93
3.1.6	Naturaleza jurídica.....	p. 94
3.1.6.1	¿Donación entre vivos o liberalidad no donatoria?.....	p. 94
3.1.6.2	¿Figura instrumental o figura autónoma?.....	p. 102
a.	Relación de valuta, ¿afecta la naturaleza onerosa/gratuita de la estipulación?.....	p. 103
b.	¿Puede haber estipulación a favor de otro sin que exista una relación de valuta?	p. 104
c.	Argumentos para sostener que la estipulación a favor de otro es una figura autónoma..	p. 105
3.2	La renuncia.....	p. 113
3.2.1	Noción.....	p. 113
3.2.2	Requisitos.....	p. 114

3.2.3 Disposiciones del Código Civil que hacen referencia a la renuncia.....	p. 114
3.2.3.1 Artículo 12 del Código Civil.....	p. 115
3.2.3.2 Artículo 150 del Código Civil.....	p. 115
3.2.3.3 Artículo 153 del Código Civil.....	p. 116
3.2.3.4 Artículo 195 del Código Civil.....	p. 117
3.2.3.5 Artículo 334 del Código Civil.....	p. 117
3.2.3.6 Artículo 336 del Código Civil.....	p. 118
3.2.3.7 Artículo 628 del Código Civil.....	p. 118
3.2.3.8 Artículo 763 del Código Civil.....	p. 119
3.2.3.9 Artículo 806 del Código Civil.....	p. 119
3.2.3.10 Artículo 885 del Código Civil.....	p. 119
3.2.3.11 Artículo 1.487 del Código Civil.....	p. 120
3.2.3.12 Artículo 1.497 del Código Civil.....	p. 120
3.2.3.13 Artículo 1.516 del Código Civil.....	p. 121
3.2.3.14 Artículo 1.517 del Código Civil.....	p. 122
3.2.3.15 Artículo 1.719 del Código Civil.....	p. 122
3.2.3.16 Artículo 1.721 del Código Civil.....	p. 123
3.2.3.17 Artículo 1.753 del Código Civil.....	p. 123
3.2.3.18 Artículo 1.767 del Código Civil.....	p. 123
3.2.3.19 Artículo 1.781 del Código Civil.....	p. 124
3.2.3.20 Artículo 1.782 del Código Civil.....	p. 124
3.2.3.21. Artículo 1.783 del Código Civil.....	p. 124
3.2.3.22 Artículo 1.784 del Código Civil.....	p. 125
3.2.3.23 Artículo 1.785 del Código Civil.....	p. 125
3.2.3.24 Artículo 1.792 – 20 del Código Civil.....	p. 125

3.2.3.25 Artículo 2.065 del Código Civil.....	p. 126
3.2.3.26 Artículos 2.072 a 2.074 del Código Civil.....	p. 126
3.2.3.27 Artículos 2.108 a 2.113 del Código Civil.....	p. 126
3.2.3.28 Artículos 2.163 N° 4 y 2.167 del Código Civil.....	p. 127
3.2.3.29 Artículos 2.494 a 2.496 del Código Civil.....	p. 128
3.2.4 Razones que permiten sostener que la renuncia no es considerada como donación entre vivos.....	p. 129
3.2.4.1. La donación liberatoria.....	p. 131
a. La donación liberatoria de un derecho personal: la remisión de una deuda.....	p. 132
b. La donación liberatoria de un derecho real distinto del dominio.....	p. 135
3.2.4.2 La renuncia al derecho de propiedad.....	p. 138
3.2.4.3 La renuncia traslaticia.....	p. 139
3.2.4.4 La renuncia que se hace en una convención.....	p. 142
3.2.4.5 La disposición de un derecho que aún no se adquiere.....	p. 144
4. CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II.....	p. 144

CAPÍTULO III

Límites a las liberalidades no donatorias y algunas instituciones aplicables solo a la donación entre vivos

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO III.....	p. 146
2. LA INSINUACIÓN DE LA DONACIÓN.....	p. 147
2.1 La noción de insinuación.....	p. 147
2.2 El fundamento de la insinuación.....	p. 148
2.3 Razones que justifican que la insinuación sea un requisito exclusivo del contrato de donación entre vivos.....	p. 152
2.3.1 La reglamentación que ha hecho el legislador de la donación entre vivos.....	p. 153

2.3.2	Cuando el legislador quiso hacer aplicables las reglas de la donación entre vivos a otras figuras jurídicas, lo dijo expresamente.....	p. 153
2.3.2.1	Artículo 403 del Código Civil.....	p. 153
2.3.2.2	Artículo 1.653 del Código Civil.....	p. 153
2.3.2.3	Artículo 2.278 del Código Civil.....	p. 154
2.3.3	El fundamento mismo de la figura de la insinuación.....	p. 154
2.3.4	Una aplicación extensiva de la insinuación a las liberalidades no donatorias afecta la tendencia a la globalización de las figuras jurídicas.....	p. 154
2.3.5	La imposibilidad de aplicar por analogía las reglas de la insinuación a actos distintos de la donación irrevocable.....	p. 155
2.4	¿Se justifica la exigencia de la insinuación de la donación entre vivos?.....	p. 157
3.	LA FORMACIÓN DE LOS ACERVOS IMAGINARIOS.....	p. 158
3.1	La noción de acervos imaginarios.....	p. 158
3.2	El fundamento de la formación de los acervos imaginarios.....	p. 159
3.3	Razones que justifican que la formación de los acervos imaginarios sean un efecto exclusivo del contrato de donación entre vivos.....	p. 162
3.3.1	La clara distinción que establece el Código Civil chileno entre liberalidad y donación entre vivos, en relación a lo que ocurre en el derecho foráneo.....	p. 163
3.3.2	Cuando el legislador nacional ha querido aplicar las reglas de las donaciones entre vivos a otro tipo de liberalidades, lo ha dicho expresamente.....	p. 165
3.3.2.1	Artículo 403 del Código Civil.....	p. 165
3.3.2.2	Artículo 1.653 del Código Civil.....	p. 165
3.3.2.3	Artículo 2.278 del Código Civil.....	p. 165
3.3.3	El tenor literal del artículo 1.185 del Código Civil.....	p. 165
3.3.4	El tenor literal del artículo 1.186 del Código Civil.....	p. 166
3.3.5	El tenor literal del artículo 1.188 del Código Civil.....	p. 167
3.3.6	El tenor literal del artículo 1.198 del Código Civil.....	p. 167

3.3.7	La imposibilidad de aplicar por analogía las reglas de la formación de los acervos imaginarios a actos distintos de las donaciones irrevocables.....	p. 168
4.	EL MARIDO CASADO BAJO RÉGIMEN DE SOCIEDAD CONYUGAL NECESITA DE AUTORIZACIÓN DE LA MUJER PARA DISPONER ENTRE VIVOS A TÍTULO GRATUITO DE LOS BIENES SOCIALES.....	p. 170
5.	LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO DE LA LIBRE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES EN LA LIBERALIZACIÓN DE LA LEGÍTIMA, COMO ASIGNACIÓN.....	p. 172
6.	LOS LÍMITES A LAS LIBERALIDADES NO DONATORIAS.....	p. 175
6.1	El fraude a la ley.....	p. 176
6.2	La simulación.....	p. 180
7.	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III.....	p. 182
	Conclusiones.....	p. 184
	Bibliografía citada.....	p. 190

Universidad de Valparaíso
Chile



00418078