

# ALGO SOBRE CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

Por Miguel Moreno Jaramillo

## CAPITULO XII

### De la donación gratuita entre vivos

#### — I —

Que son cinco los modos de adquirir el dominio, dice el código civil: ocupación, accesión, tradición, sucesión por causa de muerte y prescripción (art. 673). Que son más de cinco, afirman algunos autores. En la ley creen ver a veces un modo de adquirirlo. Vélez y Barros Errázuriz citan el usufructo legal del padre de familia. Claro Solar nombra el derecho de los ribereños a servirse de las aguas y el derecho del poseedor de buena fe a los frutos de la cosa (arts. 291, 825, 892 y 964). (\*)

Agustín Villegas menciona tres casos que a su entender no caben en ninguno de los cinco modos dichos por el código civil.

Son estos los tres casos que trae Villegas:

UNO. El de “usufructo legal”, aducido también por Vélez y por Barros Errázuriz, como ya lo vimos (arts. 291, 292, 825, 869 y 2489), y además los que así extracto de su estudio “Adquisición de Dominio”, publicado en “Derecho”, Revista del Colegio de Abogados de Medellín, número 1°:

DOS. Un municipio (o un departamento) adquiere tierra en propiedad. Si la destina a plaza, calle o camino, y con uno de esos oficios se da al servicio público, esa tierra sale de su patrimonio y entra en el de la Unión, hoy Estado, sin que se requieran títulos ni registro, aun contra el querer de la persona jurídica dueña, pues basta que sirva de plaza, calle o camino para que su dominio resida en el Estado, sin que se oponga a eso el que el municipio (o el departamento) haya comprado la tierra con su propio dinero y para sí, conserve a su favor la escritura del contrato y no haya cancelado el registro de ella ni pensado siquiera en transferir el dominio. De suerte que el Estado adquiere un dominio de manera distinta de las enumeradas en el artículo 673 del código civil (\*).

---

(\*) Fernando Vélez, tomo III, Nro. 47. Alfredo Barros Errázuriz, tomo I, Nro. 253. Luis Claro Solar, tomo VI, Nro. 362, y tomo VII, Nro. 593.

(\*) Observa Villegas que lo dicho anteriormente tuvo cumplimiento hasta que empezó a regir el artículo 50 del Acto Legislativo No. 3 de 1910. Agrega que esta disposición, sustancialmente la misma contenida en el art. 50 de la ley 88 de 1910 y en el art. 129 de la ley 4ª de 1913, marcó una línea de separación en cuanto a la propiedad de plazas, calles, etc., construidas por departamentos o municipios en terrenos de su pertenencia hasta que entró a

**TRES.** Según el artículo 677 del código civil, "Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Unión, de uso público en los respectivos territorios. Exceptúanse las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad: su propiedad, uso y goce pertenecen a los dueños de las riberas, y pasan con éstos a los herederos y demás sucesores de los dueños".

Villegas reproduce el anterior artículo y hace un comentario que abrevio así:

Luego, para saber si una determinada corriente de agua es o no de propiedad nacional, es necesario tener en cuenta un momento dado, ya que ella puede cambiar de dueño merced a la concentración en una sola persona de los diversos predios que recorra, o, viceversa, porque el predio, antes único, se convierta en varios a causa de enajenaciones, los cuales recorre el agua por cauce natural. Así, por fuerza de la ley y de los hechos, las aguas pueden cambiar de dueño automáticamente.

## — II —

En la ley creo ver un modo de adquirir el dominio cuando ella dispone, en el artículo 1784 del código civil, que quedan condueños la sociedad conyugal y uno de los cónyuges en la heredad formada con dos fincas contiguas, una propia de uno de los cónyuges y otra adquirida por él durante el matrimonio, a título oneroso. En ese evento me parece que la ley opera doblemente como modo de adquirir el dominio. Doblemente, porque la sociedad adquiere una cuota en el inmueble propio de un cónyuge y éste adquiere una cuota en el inmueble perteneciente a la sociedad.

También se me antoja que nuestro código civil, en su artículo 2042, consagra otro modo de adquirir no comprendido en los taxativamente enumerados por su artículo 673.

Cuál es ese modo?

Leamos el artículo:

**regir ese Acto. Hasta allí quedaron de propiedad de la Nación por ministerio del art. 674 del C. C., incluyendo, naturalmente, el suelo por ser éste condición indispensable para que tengan existencia. El art. 50 del Acto surte efectos limitados a lo futuro, puesto que los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las disposiciones civiles, por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores (arts. 31 de la Constitución y 28 de la ley 153 de 1887). Pero esa disposición amparó desde su vigencia los bienes departamentales y municipales, de suerte que las plazas, calles, puentes y caminos construidos por esas entidades después de la vigencia del Acto, son y seguirán siendo de ellas y no de la Nación. Sabido es, por otra parte, que en materia de vías públicas no existe servidumbre. La nación, los departamentos y los municipios son personas jurídicas y por lo mismo falta para que haya servidumbre la existencia del predio dominante. De allí que lo legal y aceptado es la adquisición de la faja para la vía. (El contenido de esta nota es también un compendio del estudio hecho por Villegas, publicado, como se dijo, en "Derecho", N° 1º, de Medellín.**

“2042. Siempre que se arriende un predio con ganados y no hubiere acerca de ellos estipulación especial contraria, pertenecerán al arrendatario todas las utilidades de dichos ganados, y los ganados mismos; con la obligación de dejar en el predio, al fin del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades”.

“Si al fin del arriendo no hubiere en el predio suficientes animales de las edades y calidades dichas para efectuar la restitución, pagará la diferencia en dinero”.

“El arrendador no será obligado a recibir animales que no estén aquerenciados al predio”.

El arrendamiento de cosa es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de un bien mueble o inmueble, y la otra a pagar por este goce un precio. Ambas partes se dicen **alquilar**, verbo deponente.

En el arrendamiento, contrato consensual, el arrendador no concede el goce, como ocurre en el comodato, contrato real, respecto del uso, sino que apenas se obliga a concederlo. De ahí que si ha arrendado separadamente una misma cosa a dos personas, será preferido el arrendatario a quien primero se la haya entregado (arts. 1973, 1980 y 2200). El arrendatario no puede gozar de la cosa sino después que el arrendador ha cumplido con su obligación de entregársela (art. 1982). Por eso me llama la atención el hecho de que, según el artículo 2042, siempre que se arriende con ganados un predio (rústico) pertenecerán al arrendatario, salvo estipulación especial contraria, todas las utilidades de dichos ganados, como si el título, **sin la entrega**, confiriera la tenencia de la cosa y con ella la propiedad de sus frutos. Pero no me detengo en ello. Pienso: cómo es posible que el contrato de arrendamiento, título de mera tenencia, no seguido **ni seguible** de una entrega en la categoría de tradición, pueda conferir al arrendatario el dominio de “los ganados mismos”? Esto no cabe dentro de nuestro sistema legal sobre adquisición del dominio con título traslativo seguido de tradición.

Me sorprende que le pertenezcan al arrendatario “los ganados mismos”. **Pertenecer** al arrendatario significa, en este caso, hacerse los ganados propios suyos, esto es, adquirir en ellos derecho de dominio, a lo cual no se opone su obligación de devolver al arrendador, al fin del arriendo, igual número de cabezas de las mismas edades y calidades, tal como ocurriría si el contrato fuera de mutuo (art. 2221), y de manera análoga a lo que sucedería si el contrato hubiese dado origen a un usufructo (arts. 823, 847 y 848).

El código francés dedica todo un capítulo, dividido en cinco secciones, al “bail á cheptel”, contrato por el cual una de las partes da a la otra un “fonds de bétail” para que lo guarde, alimente y cuide, en las condiciones que estipulen y que no estén prohibidas por dicho código (arts. 1800 a 1831 del C. C. F.).

Ese código admite cuatro especies de “cheptels”. Sin hablar de la llamada “cheptel à moitié”, que implica sociedad o comunidad y se rige por normas especiales, todas las otras mantienen los gana-

dos en el dominio del arrendador. No pasan al arrendatario. Por tanto, pertenecer a éste "los ganados mismos" no nos vino de Francia. Fue propuesto por el señor Bello en sus cuatro proyectos. (\*).

¿Cuál es en nuestra legislación la causa de esa transferencia de dominio?

No el contrato mismo, simple título. No la entrega de la cosa, entrega que no asume el carácter de tradición porque no está respaldada por un título traslativo de dominio sino por uno de mera tenencia (art. 745), aparte de que el artículo 2042 ni siquiera exige la entrega, que tampoco bastaría, sino apenas el simple contrato. Me resulta forzado pensar en un mutuo o en un usufructo, instituciones distintas del arrendamiento, y, más forzado todavía, pensar en una compraventa sin precio. Así, avanzando por vía de ablación, me parece que según el artículo 2042 el modo de adquirir es la ley. Apenas insinúo. No afirmo.

### — III —

Sean cinco o sean más los modos de adquirir el dominio, es lo cierto que pese a la forma como nuestro código define la donación entre vivos, ella es **título**, causa remota, y no **modo**, causa próxima.

Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, o título de enajenación, válido respecto de la persona a quien se confiere (arts. 745 y 754).

La donación entre vivos es título traslativo de dominio, o título de enajenación, no porque sea suficiente por sí sola para transferirlo sino porque unida al modo sirve para traditar (arts. 745, 754 y 765). **Traslativo** apenas, no **traslativo** como los de mutuo y constitución de renta vitalicia (arts. 2221, 2222 y 2292).

### — IV —

Como la donación entre vivos es un título y la sucesión por causa de muerte un modo, se ha objetado que aparezcan juntas en el libro tercero del código civil en vez de hallarse aquélla en el cuarto con los contratos.

En los dos primeros proyectos del código civil chileno, 1841-1845 y 1846-1847, la donación entre vivos figura con los contratos. Más tarde, en el proyecto de 1853 y en el llamado **proyecto inédito**, aparece con la sucesión por causa de muerte.

No niego que en esa mudanza pudo influir el ejemplo del código civil francés para el cual la propiedad de los bienes se adquiere y se

---

(\*) He empleado algunas locuciones en francés porque en este idioma "cheptel" significa alquiler y tal vocablo no me basta para expresar en castellano la idea del Código de Napoleón. Dice Baudry-Lacantinerie que el "bail à cheptel" es el arrendamiento de un "fonds de bétail", de un conjunto de animales que constituyen la universalidad conocida con el nombre de rebaño y que el arrendamiento de algunos animales aislados no constituye un "cheptel". Agrega que esta palabra designa unas veces el arrendamiento de animales y otras los animales mismos. Me agradecería conocer la explicación de un experto. Yo no lo soy. (Précis de Droit Civil'. Tomo II, número 1033).

transmite, entre otros medios, por la sucesión y por la donación entre vivos y en el cual se estudian dentro de un mismo libro y aún dentro de un mismo título tales donaciones y los testamentos (arts. 711, 893, 894 y 938 del C. C. F.). Pero aún sin esa influencia se explicaría el cambio de lugar porque la donación entre vivos y la sucesión por causa de muerte, abintestato o testamentaria, están muy estrechamente enlazadas por la gratuidad y ello es causa de que presenten muchos puntos de relación que hacen de ellas dos instituciones afines, casi me atrevería a decir consanguíneas.

Veamos en nuestro código civil algunos de esos puntos, en forma muy general y sin reproducir a la letra los textos ni expresar completa la doctrina:

No podrá el padre donar bienes del hijo, ni aceptar o repudiar una herencia deferida al hijo, sino en la forma y con las limitaciones impuestas a los guardadores (art. 304).

Las donaciones o legados hechos a pupilos no podrán repudiarse sin decreto judicial (art. 487).

No dona el que repudia una donación, herencia o legado (art. 1451).

Los acreedores del que repudia una herencia, legado o donación, podrán ser autorizados por el juez para sustituirse a un deudor que así lo hace, hasta concurrencia de sus créditos (arts. 1295 y 1451).

Cuando se dona algo al hijo o se le deja una herencia o legado bajo la condición de obtener la emancipación, no tendrá el padre el usufructo de estos bienes y se entenderá cumplir así la condición. Tampoco tendrá la administración de estos bienes, si así lo exige expresamente el donante o testador (art. 316).

Si al pupilo se hiciere una donación o se le dejara una herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes se administraren por una persona que el donante o testador designa, se accederá a los deseos de éstos, a menos que apareciere que conviene más al pupilo repudiar (art. 442).

En las donaciones entre vivos o asignaciones testamentarias por causa de matrimonio, no se entenderá condición resolutoria alguna que no se exprese en el respectivo instrumento, o que la ley no prescriba. (art. 1847).

Las reglas sobre interpretación de asignaciones testamentarias, derecho de acrecer y sustituciones, plazos, condiciones y modos relativos a ellas, se extienden a las donaciones entre vivos (art. 1473).

Respecto a ciertas deudas, el donatario a título universal tendrá, respecto de los acreedores del donante, las mismas obligaciones que los herederos (art. 1475).

La donación entre vivos puede revocarse por ingratitud y se entiende por tal cualquier hecho ofensivo del donatario que le hiciera indigno de heredar al donante. (art. 1485).

Para computar la cuarta de mejoras y la de libre disposición, se acumularán imaginariamente al acervo líquido todas las donaciones hechas en razón de legítimas o de mejoras (art. 1243).

Si el que tenía, a la sazón, legitimarios, hubiere hecho donaciones entre vivos a extraños, y el valor de todas ellas juntas excediere a la cuarta parte de la suma formada por este valor y al 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. Y si fuere tal el exceso, que no sólo absorba la parte de libre disposición sino que menoscabe las legítimas rigurosas, o la cuarta de mejoras, tendrán derecho los legitimarios a la restitución de lo excesivamente donado (arts. 1244 y 1245).

Todas las donaciones y todos los legados hechos a un legitimario se imputarán a su legítima, a menos que hayan sido a título de mejora (art. 1256).

Si se hiciera una donación a título de legítima, a una persona que no fuere entonces legitimaria, y ésta no adquiriere después tal calidad, se resolverá la donación. Lo mismo se observará si se hubiere hecho la donación a título de legítima, al que era entonces legitimario, pero después dejó de serlo (art. 1258).

Si se hiciera una donación a título de mejora, a una persona que se creía descendiente legítimo del donante y no lo era, se resolverá la donación. Lo mismo sucederá si el donatario, descendiente legítimo, ha llegado a faltar por incapacidad, indignidad, desheredación o repudiación (art. 1259).

Aparte de éstos y de otros puntos de contacto entre el **modo** de la sucesión por causa de muerte y el **título** de la donación entre vivos, suficientes para justificar la reunión de las dos cosas en un mismo libro del código civil, obsérvese que la última no es siempre contrato.

Hace donación el que remite una deuda (art. 1454). Uno de los medios de remitir consiste en que el acreedor, con ánimo de extinguirla, destruya el título de la obligación (art. 1713). Hay aquí siempre un contrato?

Hace donación el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe (art. 1454). Hay aquí siempre un contrato?

Hace donación el que dona algo a un pupilo aun cuando su guardador haya tenido que aceptarla porque el juez se negó a darle licencia para que la repudiara (art. 487). Hay aquí un contrato?

No se olvide que en todo contrato debe haber concurso real de las voluntades de dos o más personas. (art. 1494).

— V —

El código francés define así la donación:

“Art. 894. La donación entre vivos es un acto por el cual el donante se despoja actual e irrevocablemente de la cosa donada, en favor del donatario que la acepta”.

El primer proyecto del código chileno, (1841-1845), da esta definición:

“La **donación entre vivos** es un acto por el cual una persona se despoja actual, gratuita e irrevocablemente de una parte de sus bienes a favor de otra persona que acepta”. (Título XX, art. 1).

En esta definición se conservó indebidamente el verbo **despojar**, aceptable en el sistema francés pero no en el chileno a causa de que en éste la donación no enajena la propiedad, y se agregaron los conceptos de **gratuidad** y de **una parte**, porque este contrato sólo tiene por objeto la utilidad del donatario y porque el donante de todos sus bienes deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia. El segundo proyecto del código chileno, (1846-1847), da esta definición:

“La **donación entre vivos** es un acto por el cual una persona se despoja gratuita e irrevocablemente de una parte de sus bienes a favor de otra persona que acepta”. (Título XXI, art. 207).

En esta definición se suprimió el vocablo **actual**, de origen francés como se ha visto, vocablo que había adoptado el primer proyecto del código chileno quizá para distinguir la donación entre vivos de la donación por causa de muerte. (arts. 1055 y 1194).

El tercer proyecto del código chileno, (1853), da esta definición:

“La **donación entre vivos** es un acto por el cual una persona abandona gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a favor de otra persona que la acepta”. (Título XIII, art. 1565).

En esta definición se cambió el verbo **despojar**, inaplicable como se ha visto, por el verbo **abandonar**. El código lo emplea bien cuando habla de las cosas cuya propiedad abandona su dueño, como las monedas que se arrojan para que las haga suyas el primer ocupante; cuando autoriza al heredero beneficiario para que se exonere de sus obligaciones, abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que debe entregar en especie, y el saldo que reste de los otros, y cuando define la cesión de bienes diciendo que es el abandono voluntario que el deudor hace de todos los suyos a su acreedor o acreedores, cuando a consecuencia de accidentes inevitables no se halla en estado de pagar sus deudas. En todos estos casos se trata de hechos unipersonales, no de contratos (arts. 699, 1318 y 1672).

El cuarto y último proyecto del código chileno, llamado **Proyecto Inédito**, da esta definición:

“La **donación entre vivos** es un acto por el cual una persona trasfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a favor de otra persona, que la acepta”. — “La donación entre vivos se consuma por la tradición”. (Título XIII, art. 1565).

En esta definición se cambió el “abandona”, inaceptable, como se ha visto, por el “trasfiere” que es también impropio en el sistema chileno. Bien fuera para anular el alcance del verbo **transferir** que convertía el **título** en **modo** o bien para darle a la donación el

carácter de contrato real, se agregó que ella se consuma por la tradición. Con cualquiera de esos dos propósitos, se dijo que el donatario no adquiere la cosa donada sino después que le haya sido tratada.

Por fin, después de tantas variaciones, el código chileno, en su artículo 1386, igual a nuestro artículo 1443, da esta definición:

“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”.

Huelga en esta definición lo de la aceptación del donatario porque todo contrato supone el concurso de las voluntades de las partes. Además está resentida del influjo francés porque dice que la donación “trasfiere” una parte de los bienes, lo cual está bien en Francia, porque en ese país la donación es un modo de adquirir el dominio, pero no lo está en Chile ni en Colombia, países en donde engendra derechos y obligaciones pero por sí sola no trasfiere el dominio.

En los cuarto proyectos y en el código se emplea la palabra “acto” en vez de la palabra “contrato”. Y está bien el cambio porque no siempre hay contrato en la donación entre vivos, como ya lo he insinuado. Es bien sabido que todo contrato es acto pero no todo acto es contrato.

#### — VI —

Si prescindo de la donación que se efectúa sin el concurso real de las voluntades de donante y donatario; de la que se hace por causa del matrimonio; de la remuneratoria, y, en fin, de la “adornada con cargas”, como escribe donosamente Jossierand, me parece que la definición podría quedar así:

“La donación entre vivos, llamada también irrevocable, es un contrato en que una de las partes se obliga a dar gratuitamente una cosa a la otra parte” (art. 1497).

No empleo el “irrevocablemente” usado en todas las definiciones, porque la donación entre vivos puede ser revocable. Prefiero decir que se la llama “irrevocable” y así la distingo de la “revocable” o “por causa de muerte” (art. 1194).

El contrato de donación gratuita que me he permitido definir, tiene estos atributos:

Unilateral, Gratuito, Principal,

Consensual generalmente y algunas veces solemne.

Digo “algunas veces solemne” porque recuerdo los artículos 1457 y siguientes del código civil.

#### — VII —

El impuesto sobre las donaciones, que debiera disminuirse con el fin de fomentar la liberalidad, hace que los donantes disfracen su

desprendimiento revistiendo sus actos gratuitos con la forma de compraventa, lo cual turba el orden jurídico en puntos de saneamiento, de revocación por ingratitud, de permiso judicial, de interpretación y resolución, de rescisión, de alimentos y de todo el sistema sobre imputaciones, acumulaciones, deducciones, reducciones, restituciones, etcétera.

— VIII —

Suerte ingrata la de esta convención gratuita! Lleva el nombre de irrevocable y es una de las pocas revocables. En 1841 toma albergue entre obligaciones y contratos, vale decir entre los vivos, y en 1853, por exigencias de parentesco, se la conduce a habitar entre los muertos. Corrido casi un siglo todavía está allí de forastera. Se duda, se vacila, se fluctúa al anunciar sus cualidades y a la postre se la define dejándole ese “trasfiere” inicial, de influjo galo. Buena, sela hostiga con altos tributos. Bella, ha de estar escondida por miedo a los recaudos. Noble, se la encubre bajo plebeyo manto de mentira.