

ANDANZAS DE LA DONACION ENTRE VIVOS

POR MIGUEL MORENO JARAMILLO

I—Que son cinco los modos de adquirir el dominio dice el código civil: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción (art. 673).

Que son seis, sostienen algunos autores, porque en *la ley* creen ver a veces un modo de adquirir el dominio. Vélez y Barros Errázuriz citan el usufructo legal del padre de familia. Claro Solar cita 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). (*)

No me hacen fuerza ni el caso de la facultad de gozar que tiene el padre ni el de la facultad de usar que tiene el ribereño, porque contemplan la adquisición de dos derechos reales, distintos del derecho real de dominio: el de usufructo y el de servidumbre activa (art. 665).

Agrego con respecto a la servidumbre del uso de las aguas, proveniente de la natural situación de los lugares, que siendo las servidumbres inseparables del predio a que activa o pasivamente pertenecen, el dueño de la heredad ribereña adquiere la servidumbre del uso de las aguas como y cuando adquiere la heredad misma (arts. 673, 883, 888 y 892).

No me impresionaría la réplica de que sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad, porque carácter incorpóreo tienen todos los derechos y porque no es lo mismo “propiedad” que “una especie de propiedad” (art. 670).

En *la ley* creo ver un sexto modo de adquirir el dominio cuando ella dispone que quedan condueños la sociedad conyugal y uno de los cónyuges en la heredad formada con

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

dos fincas contiguas, una propia de uno de los cónyuges y otra adquirida por cualquiera de los dos 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 (art. 1784).

II—Sean cinco o sean seis 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 baste por sí sola para transferirlo sino porque unida al modo sirve para traditar (arts. 745, 754 y 765).

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

En los dos primeros proyectos del código civil chileno, 1841, 1845 y 1846-1847, figura con los contratos la donación entre vivos. 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 esta mudanza pudo influir el ejemplo del código civil francés para el cual la propiedad de los bienes se adquiere y se 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 aun 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 dejare una herencia o legado, con la precisa condición de que los bienes se administren 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 hiciere 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 hiciere 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 derivativo de la sucesión por causa de muerte y el título traslativo 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).

IV—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 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”.

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 los contratos no enajenan la propiedad, y se agregaron los conceptos de *gratui-*

dad y de *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 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”.

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 y aun de los testamentos (arts. 1055 y 1194).

El tercer proyecto del código chileno 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”.

En esta definición se cambió el verbo *despojar*, inaplicable como se ha visto, por el verbo *abandonar*, notoriamente impropio en un contrato. 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 deba 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 proyecto del código chileno 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 favor de otra persona, que la acepta”.

“La donación entre vivos se consuma por la tradición”.

En esta definición se cambió el “abandona”, inaplicable como se ha visto, por el “transfiere” que es 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 tradidada.

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”.

En esta definición sobra 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 “*trasmite*” 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 los contratos generan derechos y obligaciones pero por sí solos no *trasmite* el dominio.

En los cuatro proyectos y en el código se emplea la palabra “acto” en vez de la palabra “contrato” que es más aconsejable si se estima que hay siempre convención en la donación entre vivos. Pero “acto” está bien porque todo contrato es acto.

Si se prescinde de las donaciones con causa onerosa, por causa del matrimonio, con gravamen pecuniario y remuneratorias, así como de las que se hacen sin el concurso real de las voluntades de donante y donatario, 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, sin que ésta se obligue a ninguna contraprestación”.

No empleo el “irrevocablemente”, usado en todas las definiciones, porque la donación entre vivos puede ser revocable. Prefiero decir que se la llama “irrevocable”. Así se diferencia de la donación por causa de muerte.

V—El impuesto sobre las donaciones, que debiera suprimirse 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 punto 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 y restituciones.

Suerte ingrata la de esta convención gratuita! Lleva el nombre de irrevocable y es una de las pocas revoca-

bles. 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 enunciar sus cualidades y a la postre se la define dejándole ese “trasfiere” inicial de influjo galo. Buena, se la hostiga con tributos. Bella, ha de estar escondida por miedo a los recaudos. Noble, se la encubre bajo plebeyo manto de mentira.

Medellín, septiembre 12 de 1950.

