

CONTRATOS ALEATORIOS.

Ideas Generales.

El artículo 1440 c. c establece que el contrato es oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

A su vez el contrato oneroso puede, según el artículo 1441, ser conmutativo o aleatorio. Es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.

- En los contratos aleatorios el interés oneroso de los contratantes es indeterminado o incierto y por ello entonces la parte de la convención asume o corre un riesgo de ganar o perder.

- Lo importante en los contratos aleatorios es que la incertidumbre se plantea en el momento de ejecución del contrato, no recae ello en la perfección y por ello entonces en definitiva las prestaciones de los contratantes solo podrán precisarse en el momento en que ellas se lleven a cabo, antes estas prestaciones van a ser más o menos gravosas.

- El contrato aleatorio va a ser tal para **ambos contratantes** y ello por una razón muy sencilla, la perspectiva de ganancia que tenga una de las partes va a significar siempre un empobrecimiento para la otra.

¿Cuáles son los contratos aleatorios? Artículo 2258:

Los principales contratos aleatorios son:

- Contrato de seguro.
- El préstamo a la gruesa ventura.
- El juego.
- La apuesta.
- La constitución de renta vitalicia.
- La constitución de censo vitalicio.

Los dos primeros se encuentran en el código de comercio. Desde una perspectiva histórica el préstamo a la gruesa ventura es un contrato por el cual una de las partes presta a la otra una suma de dinero, la que se garantiza con ciertos objetos expuesto a riesgo marítimo y con la condición de que si esos riesgos se materializan y se pierden las cosas el deudor queda liberado de restituir la suma de dinero, y por el contrario si la expedición marítima llega a feliz término deberá el deudor restituirla suma de dinero más un elevado interés que recibe el nombre de "provecho marítimo".

¿El artículo 2258 taxativo?

No lo es porque el encabezado del artículo utiliza la expresión "Principales".
Otros contratos aleatorios no enumerados en el artículo 2258.

- Venta de la suerte.
- Cesión de derechos litigiosos.
- En doctrina se cita un tercer caso que es la venta de la nuda propiedad, ello porque el comprador no sabe con precisión el momento en que va a poder gozar de la cosa y aprovecharse de los frutos.

I. Juego y Apuesta.

A. Generalidades.

1. Conceptos:

a. Juego: El juego es un contrato en virtud del cual los jugadores se comprometen en que aquel que vaya a perder pagará al ganador cierta suma de dinero u otra cosa que constituye el precio de la partida. La palabra juego viene del latín "Jactus" significa diversión.

b. Apuesta: Es un contrato por el que dos personas que tienen un concepto distinto de un suceso pasado o futuro y determinado que ambos ignoran se comprometen a pagar una cantidad de dinero o una especie, según se realice o se haya realizado o no el suceso.

c. Diferencia entre juego y apuesta: La gran diferencia entre el juego y la apuesta está en la **intervención activa o no de las partes contratantes** en el acontecimiento que determina la ganancia o pérdida. Si a la intervención es activa estamos en presencia del juego, en caso contrario será apuesta. Esta diferencia se debe a que en esta materia nuestro código recoge la teoría romana clásica.

d. Otras ideas:

1. Para el derecho el juego solo es importante en la medida que sea una fuente de lucro; si solo sirve de pasatiempo para el derecho es inocuo.

2. El juego y la apuesta son dos contratos distintos no obstante lo cual ambos están regulados en los artículos 2259 al 2263; artículo 2263 se aplica solo al juego y el artículo 2261 se aplica solo a la apuesta, las demás disposiciones son comunes a ambos contratos.

B. Juego.

1. Clasificación:

a. Ilícitos.

b. Lícitos.

1b. Físico o corporal.

2b. Inteligencia.

2. Juegos ilícitos o de azar:

El juego es de azar en aquellos casos en que el elemento preponderante en la contingencia incierta de ganancia o pérdida es la suerte, el acaso o el caso fortuito.

- Artículo 2259 señala que sobre los juegos de azar hay que estarse a lo dispuesto en el artículo 1466 y conforme a ella hay objeto ilícito en las deudas

contraídas en juego de azar de esta manera las deudas contraídas en juego de azar adolecerán de nulidad absoluta y por lo tanto no dan acción a exigir el pago, ni excepción para retener lo que se haya dado o pagado en razón de ellos, salvo que el contrato se haya celebrado conociendo o debiendo conocer el vicio que lo invalidaba (1682, 1683 y 1468).

- Desde un punto de vista penal se sancionan los juegos de azar, de suerte o envite los que están tipificados como delito en los artículos 277-279 c. penal. Se castigan a las personas que concurren a jugar en estos lugares y a los administradores y dueños de los recintos.

3. Juegos Lícitos con predominio de la inteligencia:

En estos casos señala el artículo 2260 en los juegos lícitos no se genera acción, sino solamente excepción, es decir el que gana no puede exigir el pago, pero si el que pierde paga no puede repetir lo pagado, a menos que se haya ganado con dolo.

NOTAS:

a. Es un caso de obligación natural ART 2260

b. Si bien la ley no repudia estos juegos en los mismos términos que los juegos de azar, no ha creído prudente el legislador, dar plena eficacia a las obligaciones derivadas de estos juegos como el ajedrez. El legislador deja entrever ciertas preferencias dentro de los juegos lícitos. Cree que es más digno de protección aquellos en los que predomina la destreza física (hay acción y excepción) que aquel en que prima la destreza intelectual.

c. Para que no pueda repetirse lo pagado se deben cumplir los siguientes requisitos:

i. El que paga debe tener la libre administración de sus bienes, ya que es caso contrario podrán repetir los padres de familia, tutores y curadores

ii. No debe haberse ganado con dolo

4. Juegos Lícitos con predominio de la destreza física o corporal:

En este caso artículo 2263 señala que sin embargo de lo dispuesto en el artículo 2260, producirá acción los juegos de fuerza o destreza corporal, como el de armas, carreras a pie o a caballo, siempre que con ello no se contravenga a las leyes o a reglamentos de policía.

En el evento que se contravengan estas normativas el juez desecha la demanda en el todo.

Alessandri estima que estos juegos son útiles para la salubridad pública y el legislador ha estimado que de estos contratos nacen obligaciones civiles perfectas.

5. Apuesta:

La apuesta puedes ser también lícita o ilícita. Estamos en este último caso cuando la apuesta incide en un juego de azar o depende exclusivamente del acaso.

A la apuesta ilícita se le aplican los artículos 2259 y 1466 y en consecuencia habrá objeto ilícito, acto adolecerá de nulidad absoluta y no se generará acción ni excepción.

En el caso de la apuesta lícita se aplica el artículo 2260 y por lo tanto la apuesta lícita solo genera una excepción, no una acción. Constituye un caso de obligación natural.

En todo caso el ART 2261 contiene una definición de **dolo para el juego y la apuesta y señala que hay dolo en el que hace la apuesta, si sabe de cierto**

que se va a verificar o se ha verificado el hecho de que se trata. Se trata de un caso del ART 20 ya que el legislador le ha dado un significado especial al dolo para el caso de juego o apuesta.

II. Constitución de renta vitalicia.

A. Generalidades:

1. Definición:

2264 "La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas o de un tercero".

2. Características:

a. Contrato oneroso: Tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes gravándose cada uno a beneficio del otro.

b. Contrato aleatorio: La contingencia consiste en una vida más o menos larga del acreedor de la renta o de un tercero.

c. Contrato solemne: Se perfecciona por el otorgamiento de escritura pública. (2269).

d. Contrato Real: Se perfecciona por la entrega del precio (2269). De la redacción de artículo parecería que para su perfeccionamiento requiere solemnidad y a la vez entrega.²⁸

e. Contrato unilateral: Esto porque una vez que se entrega el precio y se perfecciona el contrato **solo surge obligaciones para quien tiene que pagar la renta.**

f. Si se constituye una renta vitalicia a título gratuito por testamento o donación, no hay contrato aleatorio, porque ambas partes no están sujetas a contingencia alguna y por ende se aplican las reglas de donación o legado ART 2278

B. Requisitos del contrato:

1. Precio:

El precio es lo que se paga por el derecho a recibir la renta vitalicia y este precio puede consistir en dinero o en cosas muebles o inmuebles. (Artículo 2267 inciso 1).

2. Renta o pensión:

Artículo 2267 inciso 2 aclara que la pensión solo puede consistir en dinero (a diferencia del precio).

Agrega el artículo 2268 que los contratantes libremente pueden establecer la pensión que quieran a título de renta sin que la ley determine proporción alguna entre la pensión y el precio.

3. Beneficiarios de la renta: (2265).

La renta vitalicia podrá constituirse a favor de dos o más personas que gocen de ella

simultáneamente, con derecho de acrecer o sin él, o sucesivamente según el orden convenido, con tal que todas existan al tiempo del contrato.

Si la renta se pacta a favor de un tercero distinto de los contratantes vamos a estar en presencia de una estipulación a favor de otro, lo que está regulado en el artículo 1449

4. Solemnidades: (2269). Contrato de renta vitalicia deberá otorgarse por escritura pública.

C. Duración renta:

En general la renta se constituye durante la vida de quien paga el precio y ello porque detrás de esta institución lo que hay es un objetivo que consiste en otorgarle lo necesario para su subsistencia a quien ha pagado el precio.

En todo caso de acuerdo al artículo 2266 se puede también estipular que la renta

²⁸ agregado abril 2018

vitalicia se deba durante la vida natural de varios individuos los que deberán ser designados en el contrato y deberán existir al tiempo de la celebración de la convención.

También puede suceder que la renta o la duración se establezca por toda la vida de un tercero y si este tercero sobrevive a quien gozaba de la renta **se transmitirá este derecho a los herederos del beneficiario que debía gozarla (2274).**

Podemos decir entonces que la persona de quien pende la duración de la renta vitalicia debe cumplir con algunos requisitos:

- 1.** Que exista al momento de celebrarse el contrato.
- 2.** Contrato será nulo si antes de perfeccionarse el contrato muere la persona de cuya existencia pende la duración de la renta o si al tiempo del contrato adolecía de alguna enfermedad que le haya causado la muerte dentro de los 30 días subsiguientes.

D. Efectos del contrato.

1. Obligación de pagar la renta

- A.** primero se puede estipular que la renta se pague en tiempos anticipados.
- B.** Para exigir el pago de la renta vitalicia será necesario probar la existencia de la persona de cuya vida depende.
- C.** renta corresponde a un fruto civil y por lo tanto ello se devengará día por día a menos que se haya pactado un pago por periodo anticipados.

A raíz de lo anterior artículo 2276 establece que muerta la persona de cuya existencia pende la duración de la renta vitalicia, se deberá la de todo el año corriente, si en el contrato se ha estipulado que se pague con anticipación, y a falta de esta estipulación se deberá solamente la parte que corresponda al número de

días contados.

D. ¿Qué ocurre si no se paga la pensión?

En caso no de pago de la pensión, podrá procederse contra los bienes del deudor para el pago de lo atrasado y obligarlo a prestar seguridades para el pago futuro. Artículo 2271 señala que el acreedor no puede pedir la rescisión del contrato aun en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor, aun ofreciendo restituir el precio y restituir o condonar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa. En el evento de haberse estipulado esta resolución el artículo 2272 señala que, si no se paga la pensión, podrá procederse contra los bienes del deudor para el pago de lo atrasado, y obligarle a prestar seguridades para el pago futuro.

- Constituir Caución:

En virtud de un pacto expreso el acreedor puede obligar al deudor a constituir una caución que garantice el pago de la renta y en este evento, si el deudor no presta la seguridad, podrá el acreedor pedir que se anule el contrato.

E. Extinción de la renta vitalicia:

1. Por la muerte de la persona de quien penda la duración de la renta, salvo el caso de lo establecido en el artículo 2274 en el cual su transmite este derecho a los herederos del beneficiario que debía gozarla.
2. Por la resolución del contrato si el deudor no constituye las seguridades en que se había obligado.
3. Por prescripción cuando la renta haya dejado de percibirse y demandarse por más de 5 años continuos.

DFL 3500.

Artículo 61 y siguientes contempla disposiciones especiales relativas a la renta vitalicia en ellos se parte del supuesto de que los afiliados al sistema que hayan cumplido 65 años si son hombres y 60 si son mujeres o cuando hayan sido declarado inválidos podrán disponer del saldo existente en su cuenta de capitalización con el objeto de constituir una pensión que puede tener ciertas modalidades:

A. Se puede constituir una renta vitalicia inmediata, en este caso el afiliado contrata con una compañía de seguros de vida la que se obligará a pagarle una renta mensual desde el momento en que se suscribe el contrato hasta el día de su fallecimiento.

B. Renta Temporal con renta vitalicia diferida:

En este caso el afiliado contrata con una compañía de seguro de vida la cual se obliga a pagar una renta mensual desde una fecha futura que se determina en el contrato, debiendo el afiliado mantener en su cuenta de capitalización individual una suma que sea suficiente para que la administradora de fondo de pensión pueda pagarle una renta temporal entre el periodo que media desde la fecha que se ejerce la opción y la fecha que corresponda a ser pagada la renta por la compañía de seguro.

C. Retiro Programado:

El afiliado tiene un saldo en su cuenta de capitalización individual y de ella obtendrá una renta mensual con cargo a ese saldo.

III. Censo Vitalicio:

1. Definición:

La renta vitalicia se llama censo vitalicio, cuando se constituye sobre una finca dada que haya de pasar con esta carga a todo el que la posea. Es decir, en la renta vitalicia el único obligado a pagar la pensión es el deudor. En cambio, en el censo vitalicio esta obligación recaerá también sobre todo aquel que adquiera la finca a la cual se impuesto el gravamen.

Al censo vitalicio se le aplica las reglas del censo ordinario en cuanto le fueren aplicables y a su vez se le aplican los artículos 2266, 2267, 2268, 2270 y 2274 a 2278 de la renta vitalicia. (artículo 2283).

2. Diferencia entre el censo ordinario y vitalicio.

a. El censo ordinario es perpetuo: el vitalicio es temporal. En este sentido el ART 2282 inc.1 señala que se podrá también estipular que el censo se deba durante la vida de varias personas que se designarán, cesando con la del último sobreviviente. El ART 2282 inc.2 dispone que no valdrá para este objeto la designación de persona alguna que no exista al tiempo de fallecer el testador o de otorgarse la donación o de perfeccionarse el contrato.

b. El censo ordinario es redimible, es decir que puede liberarse la propiedad consignándose el capital correspondiente. El censo vitalicio es irredimible. ART 2280

c. El censo ordinario es divisible, cuando la finca acensuada se divida por sucesión por causa de muerte. El censo vitalicio no admite división ART 2280

d. El censo ordinario puede reducirse, cuando el valor de la finca excede considerablemente el valor del capital expuesto. El censo vitalicio no admite reducción. ART 2280

3. Beneficiario del censo vitalicio:

Artículo 2281 y 2282.

El censo vitalicio podrá constituirse a favor de dos o más personas que gocen de él en los términos del artículo 2265; con tal que existan al tiempo de aceptarse la donación, o al de perfeccionarse el contrato, según los casos

Se podrá también estipular que el censo se deba durante la vida de varias personas que se designarán; cesando con la del último sobreviviente.

No valdrá para este objeto la designación de persona alguna que no exista al tiempo de fallecer el testador, o de otorgarse la donación, o de perfeccionarse el contrato.

Contratos Gratuitos

I. DONACIÓN:

A. Generalidades:

1. Definición:

Artículo 1386 "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".

Critica:

i. Se utiliza la palabra "Acto": En nuestro código civil en términos generales la voz "acto" se asocia con el acto jurídico unilateral, en cambio cuando nos referimos al contrato, se trata de un acto jurídico bilateral en los que se requiere el consentimiento de ambas partes.

- No cabe ninguna duda que la definición debió utilizar la palabra contrato, ello por que como dice la definición donatario debe aceptar la donación, momento en que se perfecciona el consentimiento.
- Otra razón para fundar la idea de contrato está en el artículo 1416 inciso 2, en virtud del cual se señala que a falta de norma dentro del título de la donación entre vivo se debe aplicar las reglas generales de los contratos.

¿Por qué el código utiliza la palabra acto?

Disposición que tiene su origen en el código civil francés. En los primeros bosquejos se utilizaba la palabra acto, no obstante, en las revisiones posteriores napoleón estimó que en la donación surgen obligaciones solo para el donante lo cual es cierto, y de ello concluye entonces que estábamos en presencia de un acto jurídico unilateral lo cual es errado por que la donación es un contrato unilateral. ¿Por qué Bello no corrigió en el Código Civil chileno este error manifiesto? Guzmán Brito cree ver en esta omisión una evidencia en orden a que el principal redactor de nuestro Código Civil abrigaba dudas acerca de ser la donación verdaderamente un contrato, pues el donante no se obliga a cumplir con una prestación, sino que se despoja de inmediato de aquello que dona (para este autor la donación es un contrato real). Estas dudas podrían explicar el tenor de ciertos artículos del Código, en los cuales se distingue entre la donación y los contratos, como si la primera no formare parte de los segundos.

ii. De la definición pareciera que basta la donación para que opere la transferencia de bienes y ello no es así ya que la donación es un título traslativo de dominio que requiere además de un modo de adquirir.

En consecuencia, de la donación surge solo un derecho personal en virtud del cual el donatario puede exigir al donante que le transfiera los bienes mediante tradición. (675 inciso 1 y 703 inciso 3).

iii. Hay autores que han planteado que no estamos en presencia de un contrato totalmente puro, ello porque la remisión de la deuda se asemeja a la donación (1653), motivo por el cual estos autores plantean que resultaría más correcto hablar de convención.

No hay contrato, aunque sí donación, en los siguientes casos:

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

iv. La donación también ha sido criticada no solo por la definición, sino que también por su ubicación normativa, ello porque la donación esta recogida al final del libro III y no en el libro IV que recoge los contratos.

Precisamente, la idea original de Bello fue incluir la donación entre los contratos, como ocurrió en la parte del proyecto de Código Civil que se publicó en los años 1841 y 1842 en "El Araucano" y como acaeció en el Proyecto del año 1847. Su traslación al libro de la sucesión por causa de muerte sólo se produjo en el Proyecto del año 1853. Para explicar por qué la donación está regulada en el libro tercero son las siguientes:

A. Históricamente código civil francés regulaba conjuntamente el testamento con la donación.

B. Tanto el testamento como la donación son una liberalidad.

C. Porque tienen normas comunes tal como lo establece el artículo 1416 inciso 1.

iv. El Código Civil regula las donaciones entre vivos en el Título XIII del Libro III, en los artículos 1386 a 1436. A su vez, conforme a los artículos 1391, 1416 y 1411, se aplican también las siguientes normas de la sucesión por causa de muerte:

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

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

v. Finalmente, las donaciones están sujetas al impuesto que establece la Ley número 16.271, aplicable también a las herencias y legados.

2. Características:

a. Contrato Unilateral: En este caso quien resulta obligado es el donante a entregarla cosa donada.

Excepcionalmente, el contrato de donación es bilateral: ello acontece cuando estamos ante lo que se denomina "donación con cargas" o donación modal, en la que no sólo se obliga al donante, sino que también al donatario. Cabe señalar que en este caso el contrato es bilateral, aunque las obligaciones contraídas por cada parte no cedan en beneficio de la contraparte, sino en utilidad de un tercero, como acontece usualmente en la donación con cargas. Así, el **donatario se obliga "ante el donante"**, pero no "a favor del donante", sino en beneficio de un tercero, ajeno

al contrato. Esto explica que el contrato de donación con cargas sea bilateral, aunque gratuito.

Pero aún en el caso de que el donatario se obligue a favor del donante, el contrato seguirá siendo gratuito, pues **el gravamen no puede superar el beneficio que el donatario recibe**. En efecto, el gravamen o la carga pueden quedar establecidos sólo en beneficio del donante, sólo en beneficio del donatario, en beneficio del donatario y de un tercero; o sólo en beneficio de un tercero:

- Será en beneficio del donante, en el caso del artículo 1420, cuando en la donación se le impone al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante, siempre que se exprese una suma determinada. El valor del gravamen, con todo, debe ser inferior al de lo donado; si es igual o superior, no hay donación por ausencia de enriquecimiento en el donatario (artículo 1398). Así, por ejemplo, Juan dona \$ 100 a Pedro, pero le impone el gravamen de pagar con cargo a dicha suma, deudas del primero por \$ 30.
- El modo puede establecerse en exclusivo beneficio del donatario, como si por ejemplo Pedro dona a Juan 20 millones, para que éste financie con cargo a esa suma su educación universitaria; o Pedro dona 5 millones para que Juan viaje a Europa. En este caso, según veremos, el contrato de donación es unilateral y no bilateral (artículo 1092).
- El modo puede beneficiar al donatario y a un tercero o sólo a un tercero, como usualmente acontece. Así, beneficiará a los dos, por ejemplo, si una municipalidad dona un inmueble a una corporación de derecho privado, la que se obliga a construir en él un hospital en el que se atenderá gratuitamente a cierto número de pacientes que le derive anualmente el departamento de asistencia social del aludido municipio; o beneficiará exclusivamente a un tercero, por ejemplo, si Juan dona a Pedro 50 millones, pero le impone la carga modal de financiar la educación de María.

b. Contrato Gratuito:

En concreto el donante otorga una ventaja para el donatario sin recibir contraprestación de ninguna naturaleza. Sin embargo, advierte Meza Barros que no es necesario que la ventaja conferida a una de las partes sea pura o completamente gratuita. Puede acaecer que el donante imponga al donatario ciertas cargas. En tal caso, el contrato será siempre una donación (aunque bilateral), a menos que las cargas impuestas sean equivalentes al beneficio que obtenga el donatario, pues si tal ocurre, el contrato, dice Meza Barros, será oneroso y no importará una donación. En la donación con cargas, el gravamen no puede exceder el beneficio recibido por el donatario.

c. Contrato Consensual:

Se perfecciona por el mero consentimiento.

Sin perjuicio de ello en la práctica la donación es un contrato solemne ya que aquellas donaciones que tienen por objeto una cosa que valga más de dos centavos debe insinuarse. Esto equivale a sostener que, en realidad, toda donación es solemne. Somarriva, al aludir a las características del contrato de donación, señala que es un contrato consensual, pero acto seguido agrega: "aunque este carácter de consensual de las donaciones tiene tantas excepciones que en el hecho la regla general es la contraria".

d. Título traslativo de dominio:

Aquellos que por su naturaleza sirven para transferir el dominio.

e. Irrevocable:

No puede quedar sin efecto por la sola voluntad del donante. Ello es una consecuencia de la fuerza obligatoria de los contratos y de su intangibilidad.

Esta característica tiene ciertas excepciones:

- Donaciones entre cónyuges son siempre revocables.
- Donaciones entre vivos son revocables en la medida que exista una causa legal como por ejemplo la ingratitud (1428). Esta característica es el elemento que sirve para distinguir entre las donaciones entre vivos y las donaciones que lo son por causa de muerte (1636 y siguientes)

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

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

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

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

B. Requisitos:

1. Capacidad:

Regla general: toda persona es legalmente capaz para donar y para recibir una donación (1387 y 1389).

Excepciones:

a. Incapacidad para ser donante:

Artículo 1388: son inhábiles para donar los que **no tienen la libre administración** de sus bienes; salvo en los casos y con los requisitos que las leyes prescriben.

- **Pupilo:** artículo 402 c.c.

a. Bienes raíces: Está prohibida la donación de bienes raíces aun con previo decreto de juez.

b. Bienes muebles: Sólo con previo decreto del juez podrán hacerse donaciones de dinero u otros bienes muebles del pupilo.; y no las autoriza el juez, sino por causa grave, como la de socorrer a un consanguíneo necesitado, contribuir a un objeto de beneficencia pública, u otra semejante.

c. otros: los gastos de poco valor para objetos de caridad, o de lícita recreación, no están sujetos a la precedente prohibición.

- **Hijo:** artículo 255 c.c.: El padre o madre titular de la patria potestad sólo podrá donar bienes del hijo, sujetándose a las mismas reglas de los guardadores (artículo 255).
- El marido administrador de la sociedad conyugal sólo podrá donar bienes sociales (muebles e inmuebles) con autorización de la mujer, y en caso de negativa de ésta, aún injustificada, el primero no podrá recurrir a la justicia (artículo 1749). Excepcionalmente, podrá donar, cuando se trata de donaciones de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social (artículo 1735). Tratándose de la mujer que tenga la administración extraordinaria de la sociedad conyugal, para donar bienes sociales, requiere obtener autorización judicial (artículo 1759), salvo en el caso del artículo 1735. Si en definitiva se donaren bienes sociales, el cónyuge donante deberá la respectiva recompensa a la sociedad conyugal, conforme al artículo 1742, a menos que lo donado sea de poca monta, atendidas las fuerzas del haber social, o que se haga para un objeto de eminente piedad o beneficencia, y sin causar un grave menoscabo al haber social.
- Bienes familiares: el ART 142 señala que para enajenar un bien familiar se necesita de la autorización del cónyuge no propietario

b. incapacidad para ser donatario:

1. No puede hacerse una donación entre vivos a persona que no exista al momento de la donación.

- Si se dona bajo condición suspensiva, será también necesario que la persona exista al tiempo de cumplirse la condición.
- las donaciones hechas a personas que al tiempo de realizarse no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieren dichas personas antes de expirar los diez años subsiguientes a la apertura de la sucesión (artículo 1390 en relación al artículo 962, inciso 3º).
- Valdrán con la misma limitación las donaciones ofrecidas en premio a los que presten un servicio importante, aunque el que lo presta no haya existido al momento de la donación (artículo 1390 en relación con el artículo 962, inciso 4º)

2. Las incapacidades de recibir herencias y legados, según los artículos 963 y 964 se extienden a las donaciones entre vivos. (incapacidad por falta de personalidad jurídica y por “dañado ayuntamiento”)

3. Es nula la donación hecha al curador del donante, antes que el curador haya exhibido las cuentas de la curaduría, y pagado el saldo, si los hubiere en su contra.

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

2. Consentimiento

A. El animus donandi, por regla general, ha de ser expreso. El artículo 1393 exige que la manifestación de voluntad por parte del donante sea expresa. Se descarta por ende una voluntad tácita, presunta o que tenga por causa el silencio: “La

donación entre vivos no se presume, sino en los casos que expresamente hayan previsto las leyes.” Por eso se afirma que el animus donandi debe ser expreso, lo que se reitera en el artículo 2299, a propósito de las reglas del pago de lo no debido: “Del que da lo que no debe, no se presume que lo dona...”

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

i) Entrega del título al deudor, voluntariamente. La entrega del título debe hacerse por el acreedor o su representante al deudor o a su representante, y debe efectuarse voluntariamente, en forma libre y espontánea.

ii) Destrucción o cancelación del título. No es necesario que el título destruido o cancelado se encuentre en poder del deudor; la presunción también opera si el acreedor conserva en su poder el título cancelado o destruido. Como en el caso anterior, la cancelación o destrucción ha de ser voluntaria y con ánimo de extinguir la deuda.

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

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

B. Revocación de la donación: Artículo 1412 señala que mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá este revocarla a su arbitrio.

- En materia de donación se agrega una exigencia especial a la formación del consentimiento, toda vez que no es suficiente la sola aceptación del donatario, sino que además esta debe ser notificada al donante. Lo dicho permite inferir que en la donación se aplicará respecto de la formación del consentimiento la teoría del conocimiento y no la teoría de la sola declaración de la aceptación que es la propia de otros actos jurídicos. ART 99 y 101 CCO.

- Dentro también del artículo 1412 se establece un derecho absoluto para el donante en el sentido que mientras no ha sido notificado de la aceptación puede retractarse **a su arbitrio**. En cambio, en la regla generales si bien el oferente puede retractarse en el evento de ocasionar un daño puede surgir responsabilidad precontractual.

- La jurisprudencia ha estimado que esta revocación puede ser incluso tácita. También se ha dicho que si el donante fallece antes que acepte el donatario se extingue la donación, es decir, caduca la oferta.

C. La aceptación solo puede ser expresa y por lo tanto no se acepta el consentimiento tácito, es decir la ejecución de actos que suponen inequívocamente la aceptación de la oferta. Se desprende la aceptación expresa del artículo 1393.

D. ¿Quién puede aceptar la donación?:

Artículo 1411:

- se puede aceptar por sí mismo o por medio de una persona que tenga poder especial o poder general para la administración de sus bienes o por medio de sus representantes legales.
- Pero bien podrá aceptar por el donatario, sin poder especial ni general, cualquier ascendiente o descendiente suyo, con tal que sea capaz de contratar y obligarse. Manuel Somarriva cree que este inciso segundo del artículo 1411 establece una regla especial de representación legal. Hernán corral cree que ello no es así, dice que es un caso de representación subsidiaria, la ley le ha dado esta facultad para que puedan aceptar solo si faltan los del inciso 1.
- Por un acreedor de la persona a quien se le ofrece la donación, en el caso previsto en el artículo 1394, inciso 2, en una hipótesis de acción oblicua o subrogatoria. Recordemos que, en este caso, se requiere autorización judicial. El último inciso del artículo 1411 dispone que "Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones". El Código Civil se remite, entonces, a los artículos 1234, 1236 y 1237. Somarriva cree, eso sí, que la lesión no es aplicable en el caso de la aceptación de una donación, por ser ella excepcional en el Derecho y no estar expresamente contemplada en las normas de la donación.

D. ¿Qué ocurre con la donación fideicomisaria?:

Es aquella que se hace bajo la condición impuesta de restituir a un tercero en el evento de cumplirse una condición.

Artículo 1413: señala que la donación fiduciaria se hace irrevocable desde el momento en que se **notifica la aceptación por parte del fiduciario.** El mismo artículo agrega en su inciso segundo que el fideicomisario no puede aceptar sino hasta el momento de la restitución. Pero si puede repudiar antes de ese momento.

De acuerdo con el artículo 1414 c. c una vez que el donatario acepta y notifica al donante, ellos van a estar facultados para efectuar en el fideicomiso las alteraciones que quieran, sustituir a un fideicomisario a otro e incluso revocar el fideicomiso enteramente, sin que pueda oponerse a ello el fideicomisario quien para estos efectos y tal como se desprende del artículo 1414 es un tercero ajeno al contrato.

E. Aceptación debe darse en vida: la facultad para aceptar la donación no se transmite a los herederos. Artículo 1415 c. c: Señala que el derecho de transmisión establecido para la sucesión por causa de muerte en el artículo 957, no se extiende a las donaciones entre vivos. Derecho de transmisión no opera en la donación:

F. Vicios de la aceptación:

Artículo 1411 inciso 3: "Las reglas dadas sobre la validez de las aceptaciones y

repudiaciones de herencias y legados se extienden a las donaciones”.

Son las siguientes:

- Artículo 1234 c. c: “La aceptación, una vez hecha con los requisitos legales, no podrá rescindirse, sino en el caso de haber sido obtenida por fuerza o dolo, y en el de la lesión grave en virtud de disposiciones testamentarias de que no se tenía noticia al tiempo de aceptarla.
Esta regla se extiende aun a los asignatarios que no tienen la libre administración de sus bienes. Se entiende por lesión grave la que disminuyere el valor total de la asignación en más de la mitad.”
- Artículo 1236 c. c: “Los que no tienen la libre administración de sus bienes no pueden repudiar una asignación a título universal, ni una asignación de bienes raíces, o de bienes muebles que valgan más de un centavo, sin autorización judicial con conocimiento de causa.”
- Artículo 1237 c. c: “Ninguna persona tendrá derecho para que se rescinda su repudiación, a menos que la misma persona o su legítimo representante hayan sido inducidos por fuerza o dolo”.

3. Objeto

- Señala Somarriva que el objeto de la donación puede ser cualquiera: una cosa corporal o incorporeal, mueble o inmueble. Lo único que no puede ser objeto de la donación son los hechos, las obligaciones de hacer.
- Existe un principio general, este es que la donación exige un enriquecimiento del donatario y un empobrecimiento del donante, artículo 1398: “No hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otro aumento.” Si sólo se enriquece el donatario, pero no se empobrece el donante (te reparo el computador sin cobrarte nada por el trabajo) o si sólo se empobrece el donante, pero no se enriquece el donatario (ejemplo propuesto en el artículo 1398: te dono \$ 10.000.- para que acompañes a Pedro a tal ciudad, pero el costo de transporte excede esa suma), no habrá donación. La donación supone un desplazamiento de bienes: bienes que salen del patrimonio del donante, significándole un empobrecimiento y que van a radicarse en el patrimonio del donatario, reportándole un enriquecimiento.

Como consecuencia de lo anterior no habría donación en los siguientes casos:

- 1.** Servicios personales gratuitos, aunque sean de aquellos que ordinariamente se pagan. Es cierto que en este caso una parte se enriquece (quien recibe el servicio), pero no a costa del empobrecimiento de la otra (quien presta el servicio, nada obtiene y en nada disminuye tampoco su patrimonio).
- 2.** No hay donación en el comodato de un objeto cualquiera, aunque su uso o goce acostumbre a darse en arriendo. Esto porque es un título de mera tenencia.
- 3.** Tampoco hay donación en el mutuo sin interés.

4. No dona el que repudia una herencia, legado o donación, o deja de cumplir la condición a que está subordinado un derecho eventual, aunque así lo haga con el objeto de beneficiar a un tercero.
5. No hace donación a un tercero el que a favor de éste se constituye fiador, o constituye una prenda o hipoteca; ni el que exonera de sus obligaciones al fiador, o remite una prenda o hipoteca, mientras esta solvente el deudor.
6. No hay donación en dejar de interrumpir la prescripción.
7. La jurisprudencia ha señalado que tampoco hay donación en la renuncia hecha por la mujer o por sus herederos a los gananciales, en caso de sociedad conyugal, pues tal renuncia no provoca un empobrecimiento del patrimonio de la mujer o de los herederos renunciantes, y, en consecuencia, fallecida la primera o muerto alguno de sus herederos que hubieren renunciado, no procede acumular dichos gananciales para formar los acervos imaginarios. Lo anterior se explicaría, considerando que, al renunciar la mujer o sus herederos, ha de entenderse que el marido fue el único propietario de los gananciales.

En cambio, sí hay donación en los siguientes casos:

1. Respecto del que remite una deuda, o el que paga a sabiendas lo que en realidad no debe.
2. El que exonera de sus obligaciones al fiador o remite una prenda o hipoteca cuando el deudor está en insolvencia.
3. Cuando existe remisión o cesión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o censo.
4. **Causa.**

Artículo 1467 c. c: Corresponde a que la causa sea la mera liberalidad. El único móvil que tiene el donante, es proporcionar un beneficio al donatario, a costa de una merma en el patrimonio del primero y sin que ello obedezca a ningún imperativo jurídico que no sea otro que el propio contrato de donación. Se ha entendido que la causa a que alude el artículo 1467 cuando se refiere a la causa-motivo, es decir, a la causa concebida como móvil psicológico que lleva a actuar. Como expresa Somarriva, "es precisamente en materia de donación donde ha hecho crisis la doctrina clásica, que considera la causa como algo inmutable en todo contrato y se ha abierto campo el nuevo concepto de la causa, que ve en ésta el motivo impulsivo y determinante que lleva a contratar. Es la teoría de los móviles psicológicos, que tiene importancia, sobre todo, en relación con la ilicitud de la causa." En conclusión, se trataría de la denominada "causa ocasional" y no de la "causa final".

Hay algunos casos en que, atendido a la naturaleza del acto, la causa puede variar. Así ocurre por ejemplo en la donación por causa de matrimonio y con las donaciones remuneratorias que estudiaremos más adelante.

5. Formalidades:

- A. La donación según las circunstancias podrá ser consensual o solemne, siendo la regla más común las donaciones solemnes.

Son solemnes las siguientes:

- Las que exceden de 2 centavos.
- Las que son a título universal.
- Las que recaen sobre bienes raíces.
- Las sujetas a modalidades, como por ejemplo los fideicomisarios con causa onerosa.

Son consensuales:

- Puras y simples.
- Enteramente gratuitas.
- En general aquellas cuyo monto no excedan de dos centavos

B. Insinuación de la donación (889- 890 c. p. c). Se entiende por insinuación la autorización de la juez competente solicitada por el donante o donatario.

- **El objetivo que persigue la insinuación es que a través de la donación no se vulnere las asignaciones forzosas.** Por ello el artículo 1401 inciso 3 señala que el juez autorizara las donaciones en que no se contravenga a ninguna disposición legal.

- La insinuación de las donaciones es necesario siempre que la cuantía de lo donado exceda de 2 centavos. Si no hubiere insinuación lo donado será nulo en el exceso.

- En algunas situaciones el legislador expresamente ha exigido la insinuación. Así ocurre con las donaciones fideicomisarias (1410), donaciones sujetas a plazo o condición (1403), donaciones con causa onerosa, etc.

- Adicionalmente hay que decir que siempre cualquiera que sea su cuantía deberá insinuarse las donaciones de bienes raíces a título oneroso o una cuota de los bienes del donante 1407 inciso 1.

- Por excepción no requiere de insinuación cualquiera que sea su cuantía las donaciones que se haga los esposos unos a otros en las capitulaciones matrimoniales (1406).

- Tampoco requiere de insinuación las donaciones que hagan los particulares con fines políticos.

Para los efectos de determinar la cuantía de la donación el legislador ha establecido ciertas reglas como son las siguientes:

1. Cuando lo que se dona es el derecho de percibir una cantidad periódicamente, será necesaria la insinuación, siempre que la suma de las cantidades que han de percibirse en un derecho excediere de dos centavos.

2. Las donaciones en que se imponga al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en una suma determinada de dinero, no están sujetas a insinuación, sino con descuento del gravamen (1405).

3. Las donaciones remuneratorias deberán insinuarse cuando excedan el valor de los servicios remunerados.

Se refieren también a la insinuación para donar los artículos 889 y 890 del Código de Procedimiento Civil. La solicitud debe expresar:

i) El nombre del donante y del donatario y si alguno de ellos está sujeto a guarda o bajo patria potestad.

ii) La cosa o cantidad que se trata de donar.

iii) La causa de la donación, esto es, si es remuneratoria, si se hace a título de legítima o de mejora o por mera liberalidad.

iv) El monto líquido del haber del donante y sus cargas de familia (artículo 889 del Código de Procedimiento Civil).

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

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

La falta de insinuación determina la nulidad absoluta de la donación. Se entiende, por ende, que la insinuación es una solemnidad propiamente tal.

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

C. Clases de donaciones solemnes:

- **Donaciones de Bienes Raíces:** Artículo 1400 c. c No valdrá la donación entre vivos de cualquiera especie de bienes raíces, si no es otorgada por escritura pública e inscrita en el competente registro. La inscripción en este caso opera como tradición.

- **Donaciones a Título universal:**

La donación a título universal es aquella cuyo objeto consiste en la totalidad o en una cuota de los bienes del donante. Es la clase de donaciones que requiere de más solemnidades para su validez. Esta establecida en el artículo 1407 c. c

1. Deben ser **insinuadas** sin importar la cuantía del bien.

2. Se requiere de **escritura pública** la que en el evento de haber inmuebles deberá ser inscrita.

3. Se requiere de **un inventario solemne**, so pena de nulidad. A juicio del profesor

si se omite el inventario hay nulidad, pero si no se incluye algunos bienes en el inventario la sanción no es la nulidad ya que en este caso se entenderán que donante se reserva estos bienes sin que el donatario tenga derecho alguno para reclamarla.

4. Las donaciones a título universal **no se extenderán a los bienes futuros del donante**, aunque este disponga de lo contrario.

5. Hernán Corral estima que es una impropiedad hablar de donación a título universal, ello porque va a ser necesario inventario y singularizar los bienes. Así lo pone de manifiesto la definición artículo 1386 se refiere a "Una parte de sus bienes.". Sin embargo, agrega Somarriva, podría afirmarse que existe donación a título universal cuando se dona un derecho de herencia. Aquí sí que se dona una universalidad, pero matiza esta conclusión el citado autor, al señalar que también podría pensarse que lo donado en este caso sería el derecho de herencia específicamente considerado.

- Donaciones condicionales o a plazo: 1403

1. Debe constar por escritura pública o privada en la cual se exprese la condición o plazo.

2. Sin la donación es de un bien raíz necesariamente deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse.

3. Si el valor de la cosa excede de 2 centavos se necesita de insinuación.

- Donación por causa onerosa (1404):

- Se trata de aquellas que se sujetan a una determinada condición impuesta al donatario, que se efectúa para que quien la recibe realice una determinada acción. Somarriva las define como "aquellas que se sujetan a una determinada condición impuesta al donatario, como si, por ejemplo, se dona una casa a Pedro, sujeta a la condición de que éste siga la carrera de abogado

- Guzmán Brito disiente de Somarriva en cuanto a considerar que estamos ante una donación sujeta a condición suspensiva. Afirma que no es así, porque el Código trata separadamente de las donaciones sometidas a condición en su artículo 1403. En la donación con causa onerosa, el donatario adquiere el dominio de inmediato, contrariamente a lo que acaecería si la causa fuera una condición suspensiva. Lo anterior, sin perjuicio de que, de no cumplirse con la causa, esto es de no tener lugar lo esperado del donatario, quien por ejemplo no abrazó la carrera o el estado esperados, o no se casó, el donante podría pedir la restitución de lo donado. En este sentido, se puede decir que estas donaciones son revocables (o más precisamente, están sujetas a eventual resolución).

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

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

Las solemnidades son las siguientes:

1. Debe otorgarse por escritura pública y en ella debe expresarse la causa de la donación sino constare se entenderá que la donación es a título gratuito enteramente (sin obligación alguna para el donatario).
2. Si el valor de la donación excede de 2 centavos se requiere de inscripción.
3. Si hubiere un bien raíz será necesario la inscripción.

- Donación por causa de matrimonio:

Artículo 1786 dice que se llaman en general donaciones por causa de matrimonio las donaciones que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, y las donaciones que un tercero hace a cualquiera de los esposos antes o después de celebrarse el matrimonio y en consideración a él. Este tipo de donación esta reglado en los artículos 1786- 1792.

Para su estudio es necesario distinguir:

1. Donación entre esposos:

- a. Son antes de celebrarse el matrimonio. Las donaciones posteriores a la celebración del matrimonio entre cónyuges son siempre revocables.
- b. En este tipo de donaciones no es necesario señalar de forma expresa la causa del matrimonio porque ello se presume (1790 inciso 3).
- c. Este tipo de donaciones **deben otorgarse por escritura pública y esta será la misma que las de las capitulaciones matrimoniales**. Adicionalmente la ley exige otro requisito de publicación que consiste en que la escritura debe subinscribirse al margen de la inscripción de matrimonio en el momento de su celebración o dentro de los 30 días subsiguientes (1706 y 1716).
- d. Este tipo de donaciones **no requiere de insinuación** sin perjuicio de lo cual ellos tienen un límite ya que no puede exceder de la $\frac{1}{4}$ parte de los bienes que el esposo aportare. Como señala Somarriva, este precepto se explica como una protección indirecta a las legítimas y mejoras, pues la cuarta parte de sus bienes es aquello de que puede disponer una persona libremente si tiene legitimarios. Esta limitación no rige para los terceros.

2. Donaciones que efectúan terceros:

- a. Esta donación puede hacerse antes o después de celebrarse el matrimonio.
- b. Ellos deben otorgarse por escritura pública en la que se debe expresar la causa de la donación, si se omite esto último se entenderá que estamos en una donación enteramente gratuita.
- c. Deben insinuarse las cosas que excedan de 2 centavos.

Cabe consignar que de conformidad al artículo 1789, las donaciones por causa de matrimonio admiten modalidades. Por su parte, el mismo artículo deja en claro que esta clase de donaciones se ha de entender bajo la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio. Con todo, Somarriva plantea que en realidad las donaciones por causa de matrimonio **no son condicionales, sino que eventuales, pues están sujetas al evento futuro e incierto, pero esencial, de la celebración del matrimonio.** Por ello, si el matrimonio no se celebra **caducan las donaciones otorgadas en consideración a él.** Y, en conformidad al artículo 100, puede demandarse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado, aun en el caso de ruptura de esponsales

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

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

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

ii) En caso de separación judicial de los cónyuges o de sentencia de divorcio, dispone el artículo 1790, inciso 2º, que la sentencia firme de separación judicial o divorcio autoriza a revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa.

El profesor Hernán Corral señala el siguiente caso como ejemplo ilustrativo de esta materia tan reglamentaria²⁹.

Al parecer las peticiones de matrimonio en público y con ofrecimiento de anillo, están de moda. El humorista Dino Gordillo lo hizo en el Festival de Viña del Mar al finalizar su presentación y hace poco la famosa actriz y cantante Jeniffer López compartió en Instagram fotos de la petición de matrimonio, que en una paradisíaca playa de las Bahamas, le hizo su novio el ex beisbolista Andrés Rodríguez. En ambos casos, los

novios, siguiendo la tradición romántica, regalaron a la prometida una argolla o anillo de compromiso. Pero en el caso de Jennifer no fue un anillo cualquiera sino una joya de alto valor. Se trató, al parecer, de una esmeralda cortada de alrededor de quince quilates engarzada en platino. Expertos consultados por la prensa han valorado el anillo en al menos un millón de dólares, es decir, unos 700 millones de pesos chilenos.

Estos episodios nos dan pie para determinar la naturaleza jurídica de este obsequio de bodas y de su posible revocación en caso de que no se llegue a celebrar el matrimonio, todo bajo el Derecho civil chileno.

Conforme con el art. 1786 del Código Civil las donaciones que antes de que se celebre el matrimonio un esposo hace a otro son donaciones por causa de matrimonio. Recordemos que los esposos son el hombre y la mujer que han celebrado el contrato de esponsales o desposorio, esto es, la promesa de matrimonio mutuamente aceptada (art. 98 CC). La ley no da fuerza obligatoria a este contrato ya que prefiere proteger la libertad nupcial de los contrayentes, pero esto no significa que no tenga ninguna relevancia jurídica. Y así su presencia permite calificar de donaciones por causa de matrimonio las que se hagan los esposos, aunque ellos nada digan.

Siendo los esponsales un contrato consensual, en el caso del anillo de compromiso parece claro que la donación es entre esposos, ya que la joya sólo se entrega a la novia después de que ésta ha aceptado la propuesta del novio de contraer matrimonio con él.

Estas donaciones pueden hacerse en capitulaciones matrimoniales y, en ese caso, la ley establece que no quedan sujetas a la insinuación cualquiera sea el valor de la cosa donada: "Las donaciones que con los requisitos debidos se hagan los esposos uno a otro en las capitulaciones matrimoniales, no requieren insinuación, ni otra escritura pública que las mismas capitulaciones, cualquiera que sea la clase o valor de las cosas donadas" (art. 1406 CC). La alusión a los requisitos debidos se refiere a que la ley prohíbe que un esposo done a otro una cosa de un valor que exceda la cuarta parte de los bienes que aporta al matrimonio: "Ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes de su propiedad que aportare" (art. 1788 CC). La norma recuerda la cuarta de libre disposición que se permite disponer libremente por causa de muerte, por lo que la expresión "bienes aportados" debe entenderse como todos los bienes que integran el patrimonio del esposo y no únicamente aquellos que ingresarían a la sociedad conyugal. Si la donación excediera de la cuarta parte de los bienes tendremos que concluir que ella será nula en el exceso, y que podrán reclamar la nulidad los posibles asignatarios forzosos que se vean afectados por ella.

La posibilidad de pactar donaciones en capitulaciones matrimoniales es un derecho de los esposos, pero no una obligación, por lo que podría haber donaciones esponsales que no formen parte de capitulaciones. En tal caso, con todo, parece que estas donaciones serían solemnes pues deben otorgarse por escritura pública, conforme lo dispone el art. 1404: "Las donaciones con causa onerosa, como para que una persona abrace una carrera o estado, o a título de dote o por razón de

matrimonio, se otorgarán por escritura pública, expresando la causa; y no siendo así, se considerarán como donaciones gratuitas”.

Si aplicáramos esta norma el anillo de compromiso que regala el novio a la novia no sería una donación por causa de matrimonio ya que no ha sido solemnizada por una escritura pública. La sanción no es la nulidad, sino que se entiende que se trata de una donación gratuita que no podrá revocarse si el matrimonio no se celebra. Con ello no se aplicaría la norma que establece que la falta de obligatoriedad jurídica del contrato de esponsales “no se opone a que se demande la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado” (art. 100 CC).

Pero debe señalarse que el mismo Código Civil hace una diferencia entre las donaciones entre esposos y las “promesas” de donación entre los mismos. Así, el art. 1786 dispone que “las donaciones que un esposo hace a otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él ... se llaman en general donaciones por causa de matrimonio”, mientras que el artículo siguiente dispone que “Las promesas que un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él... se sujetarán a las mismas reglas que las donaciones de presente, pero deberán constar por escritura pública...” (art. 1787 CC).

Como bien ha notado Guzmán Brito (*De las donaciones entre vivos*, LexisNexis, 2005, pp. 109 y 224), el art. 1787 se refiere al contrato de donación obligacional, es decir, aquel que no produce la traslación de la propiedad de lo regalado, sino que genera la obligación de entregar la cosa donada por medio de la tradición. En cambio, el art. 1786 parece referirse al contrato de donación con efecto real, en que el contrato produce la transferencia del dominio de la cosa donada del donante al donatario y en el que la entrega de la cosa perfecciona el título y a la vez constituye el modo tradición (como sucede con el contrato de mutuo: art. 2197 CC).

Siendo así, la entrega del anillo de compromiso puede ser constitutiva de una donación real que es considerada por la ley como donación por causa de matrimonio a la que se aplica lo que se dispone en el art. 1789 inciso 2º, en el sentido de que “en todas ellas se entiende la condición de celebrarse ... el matrimonio”. Por lo que tendríamos que convenir que la exigencia de escritura pública que hace el art. 1406 sólo se refiere a las donaciones obligacionales y no a las reales.

De esta manera, si el matrimonio no llegara a celebrarse, la donación del anillo podrá ser revocada por el esposo donante. Hay consenso en que el precepto no emplea el término condición en sentido técnico de condición suspensiva o resolutoria. Lo mismo debe decirse de lo que señala el art. 100 para la restitución de las donaciones que se hayan hecho los esposos cuando el matrimonio no llega a celebrarse.

Hay que señalar, sí, que estas donaciones reales por causa de matrimonio entre esposos, como no se realizan en capitulaciones matrimoniales, estarán sujetas al trámite de la insinuación y se les aplicará la sanción de nulidad por el exceso (art. 1401 CC). La acción de nulidad absoluta deberá ser interpuesta por un interesado en ella, pero no por el mismo esposo donante ya que se entenderá que éste ha sabido o al menos ha debido saber el vicio que la invalidaba (art. 1683 CC). Con

todo, debe tenerse en cuenta que la insinuación puede ser solicitada por el donante o el donatario incluso después de haberse entregado la cosa donada.

Si el matrimonio se celebra, pero luego se declara nulo, en principio las donaciones pueden ser revocadas. No obstante, la ley protege al cónyuge que ha contraído de buena fe disponiendo la subsistencia de las donaciones hechas en su favor. En cambio, se contempla el derecho a revocar las donaciones que haya hecho el cónyuge que contrajo de buena fe en contra del que estaba de mala fe. El art. 1790 exige para esto que la donación y la causa de matrimonio consten de escritura pública, si bien dispone que "en la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese". No obstante, esta exigencia debe entenderse derogada tácitamente por el art. 51 de la ley Nº 19.947, Ley de Matrimonio Civil que establece de manera genérica que "las donaciones o promesas que por causa de matrimonio se hayan hecho por el otro cónyuge al que casó de buena fe, subsistirán no obstante la declaración de la nulidad del matrimonio", de lo que se desprende que las donaciones por causa de matrimonio hechas al cónyuge de mala fe no subsisten y pueden revocarse aunque no consten de escritura pública.

En cambio, la constancia de escritura pública se requiere para revocar las donaciones hechas al cónyuge que por su culpa ha dado motivo a la separación judicial o divorcio: "La sentencia firme de separación judicial o divorcio autoriza, por su parte, a revocar todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que dio motivo a la separación judicial o al divorcio por su culpa verificada la condición señalada en el inciso precedente" (art. 1790 inc. 2º CC). La condición referida es la de que conste en escritura pública la donación y la causa de matrimonio, aunque debe decirse que si se trata de donación esponsal la causa se presume.

No obstante, si la separación judicial o el divorcio se decretan por ciertas causales la revocación en contra del culpable procederá en todas las donaciones por causa de matrimonio. Es lo que se deduce de lo que se preceptúa en el art. 172 del Código Civil, que reza: "El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio o a la separación judicial por adulterio, sevicia atroz, atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad".

Otro camino para analizar el regalo de anillo de compromiso es considerarlas liberalidades de uso no donativas, como regalos de costumbre, propinas, etc., que son mencionadas por el Código Civil en artículos como el 402, el 1188 y el 1742. Con ello no se les aplicaría la insinuación, aunque en relación con su revocación habría que aplicarles por analogía los mismos preceptos aplicables a la donación. Pero para ello será necesario que lo donado sea de un valor moderado atendida la situación económica de los esposos.

No nos queda más que desear que los anillos regalados por Gordillo o por el novio de Jennifer López no tengan que ser devueltos y que los matrimonios se celebren válidamente y no acaben en divorcio, sobre todo considerando que para la cantante sería ya su cuarta boda.

- Donaciones fideicomisarias:

Son aquellas donaciones que se efectúan con cargo de restituir la cosa donada a un tercero en el evento de cumplirse una condición.

Las solemnidades son las siguientes:

A. Deben otorgarse por instrumento público o por acto testamentario.

B. Deberán ser insinuadas.

- Donaciones remuneratorias:

Artículo 1433 c. c las define como aquellas que expresamente se hicieren en remuneración de servicios específicos, siempre que éstos sean de los que suelen pagarse. Somarriva proporciona el siguiente ejemplo: "Es el caso, por ejemplo, del abogado que defiende en juicio a un amigo, y no le cobra honorarios. El amigo lo recompensa haciéndole un regalo de valor. Este regalo constituye una donación remuneratoria. Como se ve, estas donaciones en el fondo no tienen mucho de gratuitas, porque equivalen a una forma especial de remuneración del servicio prestado." Ello explica que, en materia de sociedad conyugal, según se estudió, el Código incluya las donaciones remuneratorias en el haber real o absoluto de la misma, cuando se trate de servicios prestados durante la vigencia de la sociedad y que hubieran dado acción contra la persona servida (artículo 1738).

Las solemnidades son las siguientes:

a. Debe otorgarse por escritura pública o privada según sea el caso.

b. Debe constar en la escritura que ella es remuneratoria o deben especificarse los servicios.

c. Por regla general, no requieren insinuación, salvo si lo donado excediere el valor del servicio prestado: "Las donaciones remuneratorias, en cuanto equivalgan al valor de los servicios remunerados, no son rescindibles ni revocables, y en cuanto excedan a este valor, deberán insinuarse." (artículo 1434).

Si faltan los dos primeros requisitos la donación se entenderá completamente gratuita. Artículos 1433 inciso 2 parte final.

En los demás las donaciones remuneratorias quedan sujetas a las reglas del título de la donación

Efectos de la donación:

Las donaciones son un contrato unilateral y en consecuencia solo surgen obligaciones para el donante. En ciertos casos pueden surgir obligaciones para el donatario que se denominan "cargas".

A. Obligaciones del donante:

1. Entregar la cosa donada:

- Donante tiene la obligación de entregar las cosas donadas y en caso de incumplimiento el donatario podrá accionar en su contra ya sea para obligarlo a cumplir una promesa, o donación de futuro o bien directamente demandar la entrega de la cosa que se han donado de presente.

- Donante de una donación gratuita goza del beneficio de competencia y las acciones que contra él intente el donatario. (1417). A este respecto el artículo 1626 numero 5 señala que el acreedor es obligado a conceder este beneficio al donante;

pero solo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida.

- En el caso del donante a título universal, esto es quien hace una donación de todos sus bienes, el artículo 1408 establece que el deberá reservarse lo necesario para su congrua subsistencia; y si omitiere hacerlo, podrá en todo tiempo obligar al donatario a que, de los bienes donados o de los suyos propios, les asigne a estos efectos, a título de propiedad, o de un usufructo o censo vitalicio, lo que estimare competente, habida proporción a la cuantía de los bienes donados.

2. Saneamiento de la evicción:

Artículo 1422 establece la regla general en el sentido de que el donatario de donación gratuita no tiene acción de saneamiento aun cuando la donación haya principiado por una promesa. Se explica esta solución, pues la obligación de garantía es propia de contratos onerosos, no de contratos gratuitos como la donación. Además, dice la doctrina, debe racionalmente suponerse que el donante, que se desprende gratuitamente de una cosa, entiende darla como la tiene y, por consiguiente, con los riesgos de la evicción a que está expuesta, sin asumir ninguna responsabilidad al respecto Sin embargo existen algunas excepciones:

a. Donación con causa onerosa (1423):

En este caso en principio el donatario tampoco tiene acción de saneamiento a menos que:

- Cuando el donante haya dado una cosa ajena a sabiendas: artículo 1423, inciso 1º (alude aquí el Código a donaciones con causa onerosa).
- Cuando aun ignorando el donante que la cosa donada no era suya, se han impuesto al donatario gravámenes pecuniarios o apreciables en dinero: en tal caso, tendrá el donatario derecho para que se le reintegre lo que haya invertido en cubrirlos con intereses corrientes, que no parecieren compensados por los frutos de las cosas donadas: artículo 1423, inciso 2º (alude aquí el Código a donaciones con carga modal). En este reintegro podrá operar una compensación con los frutos naturales y civiles que haya producido la cosa donada y de que se hubiere aprovechado el donatario. Respecto de este reintegro el donante no goza del beneficio de competencia.

b. Donación remuneratoria:

Si el donatario sufre evicción de la cosa donada tendrá derecho a exigir **el pago de los servicios que el donante se propuso remunerarle** con la evicción siempre que esos servicios no se hubiera ya pagado con los frutos naturales o civiles que haya producido la cosa donada. En este caso, señala Meza Barros, no está obligado el donante, propiamente, a sanear la evicción, sino que debe remunerar los servicios al donatario privado de la cosa.

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

B. Cargas donatario:

1. Ejecutar las cargas o gravámenes de la donación:

- La donación puede imponer al donatario el cumplimiento de una carga o prestación, por lo que el contrato será bilateral, obligándose por ende tanto el donante como el donatario. Este último se obligará a cumplir con la carga que se le impone, ejecutando para ello las prestaciones convenidas. Y como se trata de un contrato bilateral, se le aplicará el artículo 1489, es decir, irá envuelta en el contrato la condición resolutoria tácita. En este caso si el donatario estuviere en mora de cumplir lo que la donación se le ha impuesto el donante podrá exigir que se obligue al donatario a cumplir o que se rescinda (resuelva) la donación (1426 inciso 1).

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que estos gravámenes no pueden extenderse en ningún caso sino hasta la concurrencia de lo que al tiempo de la donación haya valido las cosas donadas (1421 inciso 2).

- Se plantea aquí una discusión ya que Meza Barros estima que si la donación tiene una carga o gravamen se altera su naturaleza jurídica pasando a ser un contrato bilateral.
- Hernán Corral cree que la carga no es propiamente tal una contraprestación y por lo tanto el contrato sigue siendo unilateral. El Profesor Rabat cree que esto último es lo correcto fundamentalmente porque la carga que se impone al donatario no necesariamente es en beneficio del donante, sino que puede serlo de un tercero y la definición que el artículo 1439 da del contrato bilateral se refiere "a las obligaciones reciprocas" esto es las que se contraen entre las partes contratantes.

2. Donatario debe pagar las deudas del donante:

a. Donaciones a título singular:

- Puede imponerse al donatario el gravamen de pagar las deudas del donante. Donante puede "imponer", estamos por lo tanto en presencia de un elemento accidental del contrato que requiere de estipulación expresa.
- Para que el donatario se vea en la necesidad de pagar las deudas del donante se requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos:
 1. Estipulación expresa.
 2. Debe indicarse una suma determinada de dinero, hasta la cual se extiende este gravamen.
 3. Este gravamen en ningún caso puede extenderse más allá de lo al tiempo de la donación haya valido las cosas donadas. Siempre que este valor conste en un inventario solemne o a otro documento autentico (1421 inciso 1).
 4. Sin perjuicio que se haya impuesto al donatario esta carga los acreedores del primitivo deudor, esto es el donante, conservara sus acciones en su contra a menos que los acreedores hayan aceptado al donatario como su nuevo deudor ya sea de forma expresa o de la manera prevista en el artículo 1380 numero 1 (1420 inciso 2 y 1419). Relacionarlo con la novación por cambio de deudor 1635.

b. Donación a título universal:

Artículo 1418 señala que el donatario a título universal tendrá respecto de los acreedores las mismas obligaciones que los herederos. En principio esta disposición asimila al donatario a título universal con los herederos, no obstante, lo cual, la

situación del deudor a título universal con el heredero difiere sustancialmente en esta materia, por:

1. la responsabilidad del donatario es siempre limitada ya que no puede extenderse a más del valor que haya tenido la cosa (1421 inciso 1).

La responsabilidad del heredero es ilimitada a menos que este haya ejercido el beneficio de inventario.

2. La responsabilidad del donatario no comprende toda clase de deudas, sino solo aquellas que fueron anteriores a la donación, o de las futuras que no excedan de una suma específica determinada por el donante en la escritura de donación. Esta limitación no existe respecto de los herederos.

3. Los acreedores conservan el derecho de demandar al primitivo deudor o donante salvo que hayan aceptado expresamente (1419).

Ineficacia de la donación.

1. Resolución:

Los casos en que procede la resolución de una donación son los siguientes:

a. Cuando el donatario está en mora de cumplir el gravamen que se le ha impuesto en la donación (1426 número 1).

- En esta situación el legislador confiere una opción consistente en solicitar el cumplimiento o la resolución de la donación. Si el donante elige esta última el donatario será considerado un poseedor de mala fe para los efectos de la restitución de la cosa donada y de los frutos salvo que haya dejado de cumplir el gravamen por causa grave (artículo 1426 inciso 2). De todos modos, operando la resolución se abonará al donatario lo que hasta entonces haya invertido en el desempeño de su obligación y de que se fuera a aprovechar el donante.

- La acción resolutoria que concede este artículo prescribe en el plazo de 4 años contados desde que el donatario se haya constituido en mora de cumplir con la obligación impuesta. Se altera por ende la regla general de cinco años, acerca de la prescripción de la acción resolutoria que emana de una condición resolutoria tácita. Atendido el plazo, la acción no se suspende. La acción resolutoria o para obtener el cumplimiento forzoso la tiene el donante (comprendiéndose en él, por cierto, a sus herederos). Como dice Somarriva, resulta curioso que en este caso la persona favorecida con el gravamen no pueda exigir su cumplimiento.

- En esta materia, cabe preguntarse desde cuándo debe entenderse que el donatario está en mora. Al efecto, habría que formular un distingo, según si se estipuló o no en el contrato de donación un plazo para el cumplimiento de la causa onerosa o de la carga modal. Si se estipuló plazo expreso o tácito, estará en mora desde el cumplimiento del plazo (artículo 1551, números 1 y 2). En caso contrario, desde que el donatario seajudicialmente reconvenido (artículo 1551, número 3).

- Cabe advertir que el modo puede ser de naturaleza transitoria o permanente o perpetuo. Será transitorio, cuando se trate de un hecho que se cumpla de una vez

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

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

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

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

Nótese que, respecto de los frutos, el donatario será considerado como poseedor de mala fe (artículo 1426, inciso 2º), lo que equivale a decir que debe todos los frutos que la cosa genere, e incluso el valor de aquellos que pudo producir de haber estado en poder del donante actuando con mediana diligencia o actividad (artículo 907). La presunción de mala fe, sin embargo, no es de derecho, sino que simplemente legal, pues el inciso 2º del artículo 1426 permite al donatario probar que dejó de cumplir la obligación impuesta (o sea, el modo) por “causa grave”, caso en el cual podrá responder como poseedor de buena fe, reteniendo los frutos que la cosa generó hasta la contestación de la demanda.

b. Se pone en el supuesto que, con posterioridad a la donación, le sobrevengan descendientes al donante. Esta situación se regula en el ART 1424 según el cual ella no es causal de resolución de la donación, a menos que la condición resolutoria se haya expresado en la escritura pública de donación.

2. Rescisión de la donación por infracción de la legítima y mejora:

Si bien la insinuación de la donación persigue proteger las legítimas y mejoras, es posible que en todo caso al tiempo de fallecer el donante esa donación tenga consecuencias en la división de su haber. En este sentido el ART 1425 señala que son rescindibles las donaciones en el caso del ART 1187 le cual contempla el llamado acervo imaginario que se forma en la sucesión por causa de muerte. En definitiva, lo que contempla este ART es una acción que se denomina acción de inoficiosa donación, la que se le confiere a los legitimarios y cuya finalidad es que se dejen sin efecto las donaciones hasta completar las legítimas rigurosas y la cuarta de mejoras.

3. Revocación de las donaciones por ingratitud:

a. Artículo 1428 c. c

Establece que la donación entre vivos puede revocarse por ingratitud. El mismo artículo establece que se tiene por acto de ingratitud cualquiera hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante. En consecuencia, para establecer cuando hay causal de ingratitud habrá que estarse a las causales de indignidad y principalmente a las establecidas en el artículo 968

En general toda donación puede revocarse por ingratitud, salvo las donaciones remuneratorias las que no son revocables en cuanto equivalga al valor de los servicios remunerados (1434).

b. Prescripción: Artículo 1430

Señala que la acción revocatoria termina en **4 años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo.**

c. Sujeto activo (quien se encuentra legitimado para ejercer la acción).

- Regla general: Acción la ejerce el donante mientras viva.
- Si la acción ha sido intentada judicialmente durante la vida del donante o si el hecho ofensivo se ha producido después de la muerte del donante o si la

ejecución del hecho ofensivo ha ocasionado la muerte del donante la acción se transmitirá a los herederos (1430 c.c.)

- Cuando el donante por haber perdido el juicio o la razón o por otro impedimento se halle imposibilitado de ejercer la acción, esta podrá ser entablada en su nombre y mientras viva no solo por su guardador, sino que también por cualquiera de sus descendientes o ascendientes o por su cónyuge (1431 c. c).

d. Efectos:

En este caso el donatario estará obligado a restituir la cosa donada y para ello será considerado como poseedor de mala fe desde la perpetración del hecho ofensivo que ha dado lugar a la revocación (1429). A diferencia de lo establecido en el artículo 1426, la presunción de mala fe del artículo 1429 parece ser de derecho, es decir, no admite prueba en contrario. En efecto, el último artículo no contiene ninguna salvedad, como sí lo hace el primero, que permite al donatario desvirtuar la mala fe si prueba que dejó de cumplir por "causa grave". Pero la presunción de mala fe opera sólo "desde la perpetración del hecho ofensivo", de manera que antes debe operar la presunción general de buena fe.

4. efectos especiales de la resolución, rescisión y revocación:

La regla general es que la ineficacia de la donación **no da acción contra terceros poseedor** ni para la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas. (1432)

Por excepción estos terceros se van a ver afectados en los siguientes casos:

a. Si a la escritura pública de donación inscrita en el competente registro si fuera el caso, se ha prohibido al donatario enajenar las cosas donadas o se ha expresado esta condición. En tal caso, si el donatario hubiere enajenado a su vez el inmueble o constituido una hipoteca, servidumbre, usufructo, uso o habitación sobre el inmueble, y después se resuelve la donación, el donante carecerá de acción en contra del tercero adquirente o titular del respectivo derecho real, a menos que en el contrato de donación se hubiere prohibido la enajenación o que en dicho contrato constare expresamente la condición resolutoria, cuyo cumplimiento produjo la resolución de la donación. Si fuera de los dos casos anteriores el donante carece de acción contra el tercero poseedor, quiere decir que no podrá recuperar la cosa ahora en manos de un tercero poseedor. En tal caso, parece razonable que pueda exigirle al donatario que le indemnice, como en el caso en que el dueño no puede reivindicar (artículos 898 y 900). Así por lo demás lo confirma el último inciso del artículo 1432. Respecto de la constitución de derechos reales por el donatario, el donante tendrá que respetarlos, hasta su natural extinción.

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

c. Cuando se ha procedido a enajenar la cosa donada o a constituir sobre ella derechos después de intentada la acción.

Si el donante no intenta la respectiva acción en contra del tercero cuando ella proceda podrá exigir el donatario el precio de las cosas enajenadas, según el valor que ellas hayan tenido al tiempo de la enajenación (1432 inciso final).

Caso especial de la donación por causa de matrimonio.

1. La donación por causa de matrimonio se entiende hechas bajo la condición de celebrarse o haberse celebrado el matrimonio, y en consecuencia si no se verifica la condición caducarán y en conformidad al artículo 100, puede demandarse la restitución de las cosas donadas y entregadas bajo la condición de un matrimonio que no se ha efectuado (1789 inciso 2).

2. Si se ha declarado la nulidad del matrimonio podrá revocarse todas las donaciones que por causa del mismo matrimonio se hayan hecho al cónyuge que lo contrajo de mala fe, siempre que de la donación y de su causa se hayan dejado constancia en escritura Pública (1790 inciso 1).

3. Si el menor contrae matrimonio sin haber obtenido la autorización de su ascendente (ascenso) este podrá revocar las donaciones que antes del matrimonio le haya hecho (115 inciso 1).

4. El cónyuge inocente podrá revocar las donaciones que hubiere hecho al culpable, siempre que éste haya dado causa al divorcio por adulterio, sevicia atroz (crueldad), atentado contra la vida del otro cónyuge u otro crimen de igual gravedad. Este caso tiene algunas diferencias con los anteriores:

- i) Alude a cualquier donación hecha al cónyuge y en cualquier tiempo, antes o durante el matrimonio. No se trata de donaciones "por causa de matrimonio";
- ii) La causa del divorcio o de la separación judicial debe corresponder a algunas de las mencionadas en el precepto;
- iii) No es necesario que la donación haya constado por escritura pública.

CUASICONTRATOS.

A. Concepto:

Artículo 1437 c. c señala que las obligaciones nacen, ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos.

A su turno el artículo 2284 c. c señala que las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella. Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un cuasicontrato.

La doctrina clásica define los cuasicontratos como **hechos lícitos puramente**

voluntarios de los que resulta obligado su autor para con un tercero y que a veces genera obligaciones reciprocas entre los interesados.

Ramón Meza Barros: **es un hecho voluntario no convencional y lícito que produce obligaciones.**

El cuasicontrato se diferencia de las otras fuentes del contrato en lo siguiente:

1. De la ley en cuanto a que esta impone obligaciones con independencia de la voluntad de los obligados.
2. Del contrato en que este es un resultado del acuerdo de voluntades que no existe en el cuasicontrato.
3. Delitos y cuasidelitos en que estos últimos se originen de un hecho ilícito.

B. Criticas que hace Planiol al concepto de cuasicontrato:

1. Concepto de cuasicontrato es falso históricamente toda vez no fue conocido en el derecho romano, para ellos había dos fuentes, contrato y delitos. No obstante, los romanos observaron que había obligaciones que nacían de fuentes distintas y que los romanos llamaron "quasi ex contractu y quasi ex delicto". Al establecer este tipo de obligaciones los romanos solo constataron el hecho de que existía estas obligaciones y el régimen al que debían sujetarse, pero no las consideraron como una fuente más de las obligaciones.

Refutación: Decir que el cuasicontrato no existe por no haber sido conocido por los romanos no es una crítica válida ya que ellos tampoco conocieron los actos jurídicos y nadie discute su procedencia.

2. Nomenclatura es absurda por cuanto da la impresión de que el cuasicontrato es "casi un contrato" y que entre ambos solo existen diferencias de carácter accidental. Planiol dice que esto no puede ser así ya que las diferencias entre uno y otro son sustanciales para lo cual basta con señalar que el contrato requiere de un acuerdo de voluntades y no así el cuasicontrato.

Refutación: La expresión "cuasi" no significa "casi", si no que significa "semejante a" y por lo tanto la expresión "quasi ex contractu" quiere significar que el cuasicontrato es más semejante al contrato que al delito.

3. No es efectivo que el cuasicontrato sea un hecho voluntario ya que en la mayoría de las oportunidades resultara obligada una persona cuya voluntad no ha intervenido en la generación de la obligación, en otras palabras, quien resulta obligado o quien es deudor no adquiere tal calidad por que haya querido. Así por ejemplo en la agencia oficiosa la persona cuyos negocios se administra por el gestor podrá resultar obligado frente a terceros sin que ella hubiere intervenido en algún momento en esa gestión. Lo mismo sucede con el pago de lo no debido situación en la cual quien recibe el pago deberá devolverlo sin que hubiere existido compromiso a su restitución.

Refutación: El cuasicontrato es un hecho voluntario ya que por ejemplo en el pago de lo no debido debe aceptarse el pago lo que es un hecho voluntario y en la agencia

oficiosa el interesado continuara con los negocios ya iniciados lo cual también es un hecho voluntario.

4. Cuasicontrato no es un hecho lícito ya que el mismo tiene su fundamento en el enriquecimiento sin causa el cual es injusto e ilícito.

Refutación: El enriquecimiento sin causa no es per se ilícito, sino que la ilicitud se configura una vez que no se corrige la situación que origina ese enriquecimiento ilegítimo.

C. Fundamento doctrinario del cuasicontrato.

1. Se ha dicho que en el cuasicontrato hay una voluntad presunta de quien resulta obligado.

Critica: En ciertos casos el interesado podrá ser un incapaz cuya voluntad no produce efectos y por lo tanto no puede presumirse la voluntad de quien es incapaz de prestarla.

2. Este es un consentimiento o aceptación tácita del que se obliga.

Critica:

a. Misma del incapaz.

b. Si hubiere aceptación tácita en verdad estamos frente a un contrato ya que se habría formado el consentimiento.

3. Para otros autores el fundamento de los cuasicontratos se encuentra en la equidad.

Critica: todo el derecho debe fundarse en la equidad y por lo tanto esta postura nada explica.

4. Para otros autores el fundamento del cuasicontrato está en la ley. Es la ley la que impone la obligación.

Critica: Si uno analiza las 4 fuentes de la obligación en definitiva va a tener su origen en la ley.

5. Opinión mayoritaria encuentra su fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa, es decir el legislador establece los cuasicontratos precisamente para **evitar un enriquecimiento ilegítimo.**

D. Principales cuasicontratos.

De acuerdo al artículo 2285 c. c la ley reconoce 3 principales cuasicontratos:

- Agencia oficiosa
- Pago de lo no debido
- Comunidad.

La enumeración del artículo 2285 c. c no es taxativa y por lo tanto existen otros cuasicontratos que no están expresamente señalados en esta disposición, como son, por ejemplo:

1. La aceptación de una herencia o legado (1437 c. c).
2. Artículo 2238 c. c, situación especial dentro del depósito necesario.
3. Artículo 173 código de minería y este establece que por la sola circunstancia de que se inscriba un pedimento o una manifestación minera formulado de común acuerdo entre dos o más personas nace una sociedad minera que por el solo ministerio de la ley goza de personalidad jurídica.
4. Se ha fallado por la jurisprudencia que puede existir también cuasicontrato atípico o innominado, ello porque el artículo 2285 no dice que los únicos serán los ahí señalados ni tampoco que necesariamente debe estar recogidos en la ley los cuasicontratos. Ej.: Año 1920 corte suprema dictó el primer fallo en esta materia y declaro que constituye un cuasicontrato innominado la prestación de los servicios que hace una mujer a su amante mientras ellos viven maritalmente, ya que estos servicios se dieron en beneficio de este último y no pueden considerarse gratuitos.

Agrega la corte que en este caso estamos frente a un cuasicontrato innominado cuya existencia se deriva de un hecho voluntario cual es la aceptación por el demandado de la sucesión no interrumpido durante muchos años de los servicios personales de la demandada ello que es por su naturaleza lícito.

E. Teoría del enriquecimiento sin causa.

1. Concepto:

Consiste en el incremento del patrimonio de una persona sin que exista una causa o un motivo valedero, como sucede por ejemplo en el pago de lo no debido en que quien recibe el pago incrementa su patrimonio sin una causa.

Así como por ejemplo el autor de un delito o cuasidelito civil se encuentra en la obligación de indemnizar los daños que ha ocasionado, en el enriquecimiento sin causa nace para quien se enriquece la obligación de restituir aquello que ha recibido sin causa, y ello se realiza con la actio in rem verso; persigue restablecer el momento antes de ocurrido el enriquecimiento sin causa.

2. Aplicación principio en el código civil:

Código no regula en forma expresa este principio, no obstante, ello existe un conjunto de disposiciones en los que se presume con nitidez esta teoría que son los que ahora vamos a analizar:

a. artículo 2325 c. c: Las personas obligadas a la reparación de los daños causados por las que de ella depende, tendrán derecho para ser indemnizadas sobre los bienes de éstas, si los hubiere, y si el que perpetró el daño lo hizo sin orden de la persona a quien debía obediencia, y era capaz de delito o cuasidelito, según el artículo 2319 c. c. en este caso hay una víctima que sufrió un daño y le fue reparado como por ejemplo por empleador. El empleador se empobreció sin una justa causa y el ART 2325 le reconoce una acción de repetición.

b. la recompensa que se deben los cónyuges al momento de poner término a la sociedad conyugal. Se pretende con estas recompensas evitar un enriquecimiento injusto de un cónyuge a expensas del otro.

c. artículo 1688 c. c: Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la ley exige, el que contrato con ella no puede pedir restitución o reembolso de lo que gasto o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho más rica la persona incapaz.

d. Prestaciones mutuas a que haya lugar como consecuencia de un juicio reivindicatorio ya que en tal situación no sería justo que el reivindicante no pague las mejoras que el poseedor vencido a realizado en la especie reivindicada.

e. artículo 1750 c. c: en virtud del cual los actos los actos que el marido ejecuto durante la sociedad conyugal lo obliga a él personalmente, y en forma excepcional será responsable también la mujer cuando ese acto o contrato haya cedido en su utilidad. Vemos entonces un reflejo de la teoría de enriquecimiento sin causa.

Existen unos códigos más modernos en que el enriquecimiento sin causa tiene un reconocimiento expreso. Así ocurre con el con el artículo 62 del código federal suizo que establece que el sin causa legitima se ha enriquecido a expensas de otro es obligado a restituirlo.

3. Requisitos del enriquecimiento sin causa:

1) Que una persona se haya enriquecido.

Este enriquecimiento no debe ser necesariamente material o pecuniario, puede ser también un enriquecimiento intelectual o moral.

Así mismo también existiría enriquecimiento cuando una persona evita o economiza un gasto. Por ej. artículo 2325 c. c dependiente se encuentra en este caso ya que la indemnización a la víctima fue enterada por el empleador.

2) Exista un empobrecimiento correlativo de otra persona.

Este empobrecimiento puede consistir en la disminución efectiva del patrimonio, así como también en el hecho que se hubiera prestado un servicio que no ha sido debidamente remunerado.

3) El enriquecimiento debe ser ilegítimo.

Esto significa que no existe un título que lo justifique.

Desde un punto de vista probatorio el enriquecimiento se presume lícito o legítimo y en consecuencia tendrá que desvirtuar la presunción que le ejerce la acción.

4) Es necesario que quien ejerce la acción no haya tenido otro medio jurídico para corregir o reparar el perjuicio. En otras palabras, estamos en presencia de una acción de carácter subsidiaria.

5) No se puede violar un texto expreso de ley.

En otras palabras, no habrá lugar a la actio in rem verso cuando la ley expresamente impide o niega lugar a la corrección de esta situación. Así sucede por ejemplo en el artículo 2003 numero 1.

4. Efectos:

El objetivo que ella persigue es obtener del demandado aquello en lo que se ha enriquecido a consecuencia del empobrecimiento del actor. Solo podrá reclamar el

“daño emergente “y no el “lucro cesante”; si por ejemplo recibe un pago de lo no debido de \$100 y hasta el momento en que soy indemnizado e incrementado a \$200 solamente estará obligado a restituir los \$100 originales ya que la finalidad de la acción de enriquecimiento sin causa es de equilibrar los patrimonios.

PRINCIPALES CUASICONTRATOS.

I. Agencia Oficiosa

A. Definición: Artículo 2286

“La agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con esta, y la obliga en ciertos casos.”

- Su origen se encuentra en la circunstancia que el ordenamiento jurídico no puede ni debe prohibir la intervención de terceros ajenos cuando dicha intervención sea efectuada en provecho de un patrimonio que se encuentra carente de administración y expuesto por ello a indudables peligros.

- Sin perjuicio que se admita esta intervención se reconoce también la existencia de un determinado círculo de intimidad, cada uno es su propio amo porque no cabe la intervención de terceros y por esta razón se entiende que la gestión de negocios ajenos solo tiene lugar cuando estamos en presencia **de actos de administración** y en general cuando el negocio que gestiona el gerente seguramente hubiese también sido efectuado por el interesado.

Quienes intervienen en este contrato son:

- agente oficioso, gerente o gestor: quien realiza la gestión.
- interesado: persona por cuya cuenta se verifica la gestión.

B. Requisitos:

1. La intrusión del agente puede ser en uno o más negocios del interesado.

Como primera cuestión la gestión puede consistir en un solo acto o en una pluralidad de ellos. La agencia oficiosa no solo se configura cuando el **gestor realiza un acto jurídico**, sino que también habrá lugar a este cuasicontrato cuando la intervención de este tercero se **materializa en un acto material**.

Así por ejemplo no solo habrá agencia oficiosa cuando yo contrato a un pintor para que pinte la casa de mi amigo (acto jurídico), sino que también cuando yo en persona pinto la casa (acto material).

2. La intrusión del gerente debe ser espontánea.

Como consecuencia de este requisito por cierto que no habrá cuasicontrato cuando la intrusión responde a una solicitud del interesado. Tampoco habrá agencia oficiosa cuando la intrusión responde a una obligación legal cuando ello ha sido impuesto por la ley, por ejemplo, con el tutor o curador, si ellos intervienen en la gestión de los negocios del pupilo no habrá agencia oficiosa.

3. El gestor debe actuar sin mandato

Artículo 2123 señala que hay mandato por la aquiescencia tacita de una persona a

la gestión de sus negocios por otra.

El asunto consiste en determinar cuándo habrá aquiescencia con el interesado y cuando no existirá.

La doctrina estima que una correcta interpretación de esta norma es que no basta con que el interesado sepa que un tercero se encuentra gestionando o administrando sus negocios, sino que se requiere que esta persona haya **tenido la posibilidad real de manifestar su disconformidad frente a esta posibilidad y no lo ha hecho**. Si no lo hace estamos en presencia de un mandato porque en definitiva el interesado se conformó, acepto que su patrimonio fuese administrado por un tercero.

Alessandri señala que en definitiva van a ser las circunstancias imperantes en cada situación las que en definitiva nos va a poder permitir decir cuando hay agencia oficiosa y cuando mandato. Señala como ejemplo la situación de un incapaz que toma conocimiento de esta administración pero que jurídicamente está impedido de manifestar su disconformidad, entonces dice Alessandri que entre el gestor y el incapaz podrá existir un cuasicontrato de agencia oficiosa y no un contrato de mandato.

Dentro de este requisito hay que tener presente el artículo 2122 c. c: "El mandatario que ejecuta de buena fe un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso".

4. No debe existir prohibición del interesado.

Ha surgido el problema de resolver que ocurre si no obstante esta expresa prohibición del interesado un tercero gestiona exitosamente el negocio.

Hay autores que a raíz de la prohibición el gestor no tiene ninguna acción. Otros dicen que el gestor solo podrá ejercer la actio in rem verso y por último hay otros que le concede una acción particular y definida al gestor.

Nuestro código en este punto siguió a Pothier para quien en esta situación **no hay agencia oficiosa**, pero si se le debe reconocer al gestor el derecho a reclamar la utilidad que de su gestión se haya ganado. Esta idea de Pothier está en el artículo 2291: "El que administra un negocio ajeno contra la expresa prohibición del interesado, no tiene demanda contra él, sino en cuanto esa gestión le hubiere sido efectivamente útil, y existiere la utilidad al tiempo de la demanda; por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda, que sin ella hubiera debido pagar el interesado.

El juez, sin embargo, concederá en este caso al interesado el plazo que pida para el pago de la demanda, y que por las circunstancias del demandado parezca equitativo.

El artículo 2291 nos plantea un problema que consiste en una contradicción o dicotomía entre esa norma y el artículo 1574 c. c según el cual el que paga contra la voluntad del deudor no tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción.

Artículo 1574 c. c le niega toda acción al solvens (quien paga) salvo que el accipiens le haya cedido su acción en contra del deudor.

En cambio, el artículo 2291 c. c le concede acción al tercero que paga cuando existe utilidad, de lo cual se sigue que, frente a una misma situación, esta es la prohibición expresa de la gestión de negocios existen dos normas en abierta contradicción una 1574 c. c que la rechaza y 2291 c. c que la concede.

Para ver cual debe primar existen diversas posturas:

- Don Leopoldo Urrutia:

Señalaba que cuando el pago es útil se aplica el artículo 2291 y por lo tanto se concede acción al solvens, en cambio si el pago no ha sido útil por ejemplo si el deudor podía oponer una excepción se aplicara el artículo 1574 c. c

- La postura más aceptada es aquella en virtud de la cual si el pago corresponde a la única gestión del solvens se aplica el artículo 1574 c. c, en cambio si ese pago se enmarca dentro de la administración de los negocios de una persona entonces se aplica el artículo 2291 c. c

- Rene Abeliuk quien fundado en razones de equidad es de la idea de reconocer siempre al solvens el derecho a repetir cuando ha existido utilidad para el tercero.

5. intención del gestor de obligar al tercero.

En el evento que falle este requisito los actos del gestor serán considerados una mera liberalidad, por otro lado, el artículo 2292 c. c señala el que creyendo hacer su propio negocio hace el de otra persona, tiene derecho para ser reembolsado hasta concurrencia de la utilidad efectiva que hubiere resultado a dicha persona, y que existiere al tiempo de la demanda.

De acuerdo al artículo 2293 c. c señala el que creyendo hacer el negocio de una persona, hace el de otra, tiene respecto de ésta los mismos derechos y obligaciones que habría tenido si se hubiese propuesto servir al verdadero interesado.

6. Capacidad de los intervinientes.

- **Gestor debe tener capacidad de ejercicio** y en el evento de ser un incapaz relativo para realizar la gestión necesitara de la autorización de su representante.

- En cambio, el interesado puede ser un incapaz ello porque en la gestión de negocios ajenos no se exige por parte del interesado ningún acto o declaración de voluntad. Para que el interesado resulte obligado basta la concurrencia de un elemento objetivo cual es que de la gestión se origina una utilidad.

C. Agencia oficiosa en juicio (artículo 6º c. p. c).

Como regla general para comparecer a nombre de otro en un juicio se requiere de un mandato el que deberá otorgarse de alguna de las formas indicadas en el artículo 6º.

Por excepción se acepta también la comparecencia de una persona en juicio y que obre en representación de otro sin que exista poder judicial en esta situación se podrá configurar la agencia oficiosa procesal la que a diferencia de aquella regulada en el derecho común exige la concurrencia de una serie de requisitos:

- Que se rinda la denominada fianza de rato, esta es una garantía destinada a asegurar que el interesado aprobara la gestión.
- Se necesita que el agente oficioso indique la circunstancia por las cuales comparece de esta forma.
- El tribunal deberá calificar las circunstancias señaladas por el agente y la fianza ofrecida.
- Gestor debe ser una persona habilitada para comparecer en juicio de acuerdo a la ley 18.120.

D. Efectos agencia oficiosa.

1. Obligaciones del gestor.

Regla general: está en el artículo 2287 c. c en que las obligaciones del agente oficioso o gerente son las mismas que las del mandatario. De lo anterior se derivan las siguientes consecuencias:

A. gestor por regla general, debe emplear en la gestión los cuidados de un buen padre de familia; será responsable hasta de la culpa leve. Sin perjuicio de ello la responsabilidad del gestor podrá ser mayor o menor en razón de las circunstancias que le hayan determinado a la gestión., y así entonces:

- Si el gestor se ha hecho cargo de la gestión para salvar de un peligro inminente los intereses ajenos solo es responsable del dolo o de la culpa grave.
- Si el gestor ha tomado voluntariamente la gestión es responsable hasta de la culpa leve.
- Si el gestor se ha ofrecido en la gestión impidiendo que otros lo hicieren responderá de toda clase de culpa

B. El gestor debe encargarse de todas las dependencias del negocio en que interviene (2289 inciso 1).

C. El gestor debe continuar en la gestión hasta que el interesado pueda tomarla o encargarla a otro. Si el interesado fallece deberá continuar en la gestión hasta que los herederos dispongan (2289).

D. El gestor debe rendir cuenta de su gestión, obligación que tiene relevancia como requisito previo para que el gestor pueda luego dirigirse judicialmente en contra del interesado (2294 c. c).

2. Obligaciones del Interesado.

El interesado no necesariamente va a resultar obligado para con el gerente, sino que su obligación para con el gestor están sujetas a una precisa condición; cual es que el negocio haya **sido bien administrado, es decir que la gestión haya sido útil.** Para los efectos de determinarlo debe estarse al momento en que ella se realiza y no al resultado final.

a) Negocio bien administrado (Artículo 2290 inciso 1 y 2):

- 1.** El interesado cumplirá las obligaciones que el gerente ha contraído en la gestión.
- 2.** Interesado reembolsará al gerente las expensas útiles o necesarias.
- 3.** Interesado no será obligado a pagar salario alguno.

b) Negocio mal administrado (Artículo 2290 inciso 3):

En consecuencia, el interesado no se obligará ni con el gerente ni con terceros y por el contrario **el agente será obligado a indemnizar los perjuicios que hubiera originado.**

E. Paralelo entre mandato y agencia oficiosa.

Ambos tienen en común las circunstancias de que tanto el mandatario como el gerente obran por cuenta de otro y no en nombre personal suyo.

Las distinciones más relevantes entre ambos pueden resumirse en lo siguiente:

- Mandatario actúa sobre la base de los poderes que le han sido conferidos por el mandante y que son consecuencia del contrato que existe entre ambos.
- En la agencia oficiosa no se le ha conferido al gerente poder alguno y se trata de un cuasicontrato.
- En la agencia oficiosa el interesado se obliga siempre que ello haya sido útil.
- En cambio, en el mandato el mandante se obliga con independencia de los beneficios que le reporte el acto.
- El mandante debe ser capaz, el interesado puede ser un incapaz.
- Hemos visto que el agente oficioso si bien por regla general responde de culpa leve, en ciertos casos responderá sólo de culpa lata o incluso de culpa levísima. El mandatario responde de culpa leve, y en algunos casos más o menos estricta.

II. Pago de lo no debido.

A. Generalidades.

Todo pago supone la existencia previa de una deuda, de manera tal que el que por error paga lo que no debió tiene derecho para repetir lo pagado (2295 inciso 1). Hemos señalado que el pago es un acto jurídico y como todo acto jurídico, requiere de una causa que lo justifique, de un motivo que le de sustento jurídico a ese pago. Esta causa o motivo del pago es la existencia de una obligación o deuda.

En otras palabras, entre el que recibe el pago esto es el "Accipiens" y el que lo hace "Solvens" surge una obligación cuya fuente es el cuasicontrato y que consiste en que quien recibió el pago deberá restituirlo para de esta manera corregir el empobrecimiento de que fue víctima el solvens.

Esta obligación que emana de este cuasicontrato se persigue mediante una acción que recibe el nombre de *condictio in debiti*.

Adicionalmente debe tenerse presente que las normas de lo no debido **no son aplicables cuando la obligación de pagar existía al tiempo de que se efectúa el pago, pero con posterioridad se anuló o resolvió el contrato que servía de fuente a esa obligación.** en este caso se va a producir una situación de enriquecimiento sin causa que se va a corregir a través de las normas especiales que rigen la nulidad (artículo 1687) o la resolución (1487). Esto nos vuelve a que la actio in rem verso es una acción subsidiaria no puedo recurrir a ella cuando la ley me otorga una acción para corregir la desigualdad.

B. Requisitos del pago de lo no debido.

A. Debe existir un pago.

- El pago es la prestación de lo que se debe y está compuesto de un elemento material que la mayoría de la doctrina estima que debe ser una obligación de dar, pero el autor italiano Giorgi plantea que podría ser además una obligación de hacer.
- También el pago tiene un elemento intencional o volitivo pago es hecho con la intención de extinguir una obligación de lo cual el solvens se creía deudor.

A raíz de estos dos elementos se concluye que el fundamento jurídico del pago de lo no debido se encuentra en la falta de causa del pago que materialmente se realiza. Estoy pagando una obligación de la cual no soy deudor, por lo que no concurre el elemento volitivo o intencional

B. Inexistencia de una obligación.

Son distintos los casos en que se realiza el pago, pero no existe la deuda:

1. Obligación no se ha contraído jamás.
2. Existe la obligación, pero el deudor le paga a un tercero en forma equivocada En consecuencia, en este caso va a subsistir la obligación y por lo tanto el deudor deberá pagar lo debido al acreedor, surgiendo la obligación del cuasicontrato en virtud de lo cual el tercero debe restituir lo recibido.
3. La deuda existe y se le paga al acreedor, pero por una persona distinta del verdadero deudor, el tercero que paga lo hace creyendo que la deuda es suya. El tercero exige al acreedor la restitución del pago de lo no debido. Con todo, en este caso el inciso 2º del artículo 2295 establece una importante limitación: cuando el acreedor, habiendo recibido el pago, destruye o cancela el título en el que consta su acreencia. En tal caso, si el deudor se resiste al pago, el acreedor no podría obligarlo o forzarlo a cumplir su prestación. Por ello, quien pagó por error creyendo ser deudor e indujo por ello al acreedor a destruir o cancelar el título, no podrá repetir contra dicho acreedor. En definitiva, la pérdida del título deberá soportarla quien pagó equivocadamente e indujo por ello al acreedor a destruir o cancelar su título. Como lo anterior es una situación injusta, el tercero podrá intentar contra el deudor las acciones del acreedor. (Artículo 2295 inciso 2).
4. Caso en que la obligación se encuentra sujeta a una condición suspensiva. Artículo

1485 inciso 2 establece que todo lo que se hubiera pagado antes de efectuarse la condición suspensiva podrá repetirse mientras no se hubiere cumplido. La facultad de repetir lo pagado sólo podrá ejercitarse antes que la condición se cumpla. Cumplida la condición con posterioridad al pago, no hay derecho para repetir lo pagado, pues ahora estamos frente a una obligación cierta.

¿Ocurre lo mismo con la obligación sujeta a plazo suspensivo?

Hay que tener presente que la obligación sujeta a plazo existe, pero no puedo ejercer el derecho. Respondiendo a la pregunta ocurre una regla diversa ya que lo que se paga antes de cumplirse el plazo no está sujeto a restitución, puesto que el pago antes de expirado el plazo supone una renuncia a este. (1495 inc. 1).

5. Para que se considere indebido el pago es necesario que ni siquiera existe una obligación natural. Lo anterior se desprende del 2296. Ej.: pago de impuestos ya derogados.

Artículo 1470 inciso final agrega un requisito pero que no puede pedirse la restitución de lo que se ha pagado en virtud de una obligación natural en que el pago se haya hecho voluntariamente por el que tenía la libre administración de sus bienes.

C. Pago hecho por error (2295 inc.1).

- Se fundamenta en la equidad, no es justo que quien por error pago no pueda recuperar aquello que ha desembolsado. Pero la equidad no exige proteger a aquel que en forma consiente ha pagado lo que no debe. Por ello, si el pago se hizo para extinguir una obligación existente, pero de que no era deudor el que la pagó, y éste conocía tal circunstancia, debe concluirse que ha querido pagarla por cuenta del verdadero deudor. De la misma forma, si la deuda no existía y quien pagó lo sabía, debe concluirse que su intención ha sido donar lo que dio en pago (artículo 2299 en relación al artículo 1397).

Tanto el error de hecho como el de derecho justifican invocar el pago de lo no debido y exigir repetir lo indebidamente pagado (artículo 2297). A contrario sensu de lo dispuesto en el artículo 2297, si el pago tenía por fundamento una obligación natural, no habrá derecho a repetir. Por ello, el que cumple una obligación natural creyendo equivocadamente que la ley confiere al acreedor una acción para exigir el pago, no tiene derecho a repetir. La regla es del todo lógica, pues de lo contrario las obligaciones naturales se tornarían ineficaces, contraviniéndose además lo dispuesto en el artículo 1470, en cuanto las obligaciones naturales, una vez cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas. Los casos de los artículos 2297 y 2299, son de los pocos en que la ley admite invocar error de derecho, y hace excepción a la presunción o ficción del conocimiento de la ley, consagrada en el artículo 8. De tal forma, quien pagó una suma de dinero o entregó una cosa creyendo que estaba legalmente obligado a ello, puede solicitar la repetición o devolución de lo que pagó o entregó, amparándose incluso en el error de derecho.

D. prueba de estos requisitos.

Para intentar la acción, debe probarse:

1. Hecho mismo del pago: De acuerdo a las reglas generales.

2. Actor tiene la carga de probar que el pago era indebido: Si durante el juicio el demandado confiesa el hecho del pago, el demandante solo deberá acreditar que este no era debido. Pero si el demandado en el juicio niega el hecho del pago toca al demandante probarlo y si lo prueba entonces se presumirá que fue indebido (Art. 2298).

3. Error:

En principio debiéramos decir que el error debería ser acreditado por el demandante porque es uno de los fundamentos de su acción.

No obstante, la doctrina del análisis de dos artículos dice que si se prueba que el pago era indebido se presumirá que el mismo fue hecho por error, invirtiéndose en consecuencia la carga de la prueba y el demandado deberá acreditar que el solvens pago conscientemente o a sabiendas.

Esta regla se desprende de dos disposiciones, artículo 1397 c. c hace donación el que a sabiendas paga lo que no debe y artículo 2299 c. c del que da lo que no debe, no se presume que lo dona, a menos de probarse que tuvo perfecto conocimiento de lo que hacía, tanto en el hecho como en el derecho.

Será al demandado entonces, a quien corresponda probar que no hubo error en el pago, sino efectiva donación.

C. Efectos del pago de lo no debido.

En términos generales el efecto que produce este cuasicontrato es que quien recibe deberá restituir lo indebidamente percibido. Para un estudio con más detalle de este efecto es necesario efectuar algunas distinciones:

1. Efectos entre el accipiens y el solvens.

A. Accipiens de buena fe (Quien recibe estaba de buena fe):

- 1.** El que ha recibido dinero u otra cosa fungible que no se le debía es obligado a restitución de otro tanto del mismo género o calidad (2300 inciso 1).
- 2.** Accipiens no responderá de los deterioros o pérdidas de la especie que se le dio en el falso concepto de debérsela. Por excepción estando de buena fe el accipiens el deberá responder de estos deterioros o pérdida cuando se hubiere hecho más rico (2300 inciso 1).
- 3.** Si el accipiens de buena fe ha vendido la especie que se le procura como debido es obligado a restituir solamente el precio de la venta y a ceder las acciones que tenga contar el comprador cuando no se le ha pagado íntegramente el precio.

B. Accipiens está de mala fe.

- 1.** Si ha recibido dinero o cosas fungibles deberá restituir otras tantas del mismo género y calidad más los intereses corrientes (2300 inciso 2).
- 2.** Desde el momento en que el accipiens sabe que la cosa fue indebidamente pagada adquiere todas las obligaciones del poseedor de mala fe. En consecuencia, será obligado del deterioro o pérdida que la cosa haya sufrido por un hecho o culpa suya debiendo restituir los frutos naturales y civiles que hubiere recibido (906 inciso 1 y 907 inciso 1).
- 3.** Si el accipiens vendió la cosa indebidamente pagada, y al momento de efectuar la venta el accipiens estaba de mala fe, será considerado como todo poseedor que dolosamente ha dejado de poseer y en consecuencia podrá intentarse en contra

suya la acción de dominio como si actualmente estuviere poseyendo.

4. Adicionalmente desde el momento en que haya entrado en posesión de la cosa tendrá las obligaciones del poseedor de mala fe (2302 inciso 2 y 900 inciso 1 y 2).

2. Terceros adquirentes.

Cuando el accipiens enajena al tercero, se debe distinguir.

a. título oneroso.

Artículo 2303 inciso 1: el que pago lo que no debía, no puede perseguir la especie poseída, por un tercero de buena fe, a título oneroso.

A contrario sensu podrá perseguirse al tercero que estaba de mala fe que adquirió a título oneroso.

b. título lucrativo (gratuito).

Artículo 2303 inciso 1. El que pago lo que no debió tendrá derecho para que el tercero que la tiene por cualquier título lucrativo se le restituya si la especie es reivindicable y existe en su poder, sin importar si esta de buena o mala fe. . En este caso se aplica al donatario (tercero que adquiere a título gratuito) las obligaciones contempladas en el artículo 2301 c. c.

III. Comunidad.

Importante: complementar con comunidad de civil ii

A. Generalidades.

1. Concepto:

A. Arturo Alessandri:

Define la comunidad señalando que se trata de una relación o conjunto de relaciones en que aparecen como sujetos conjuntamente varias personas.

B. Artículo 2304

Señala que la comunidad de una cosa universal o singular, entre dos o más personas, sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma cosa, constituye un cuasicontrato.

De la definición del artículo 2304 es posible extraer 3 elementos que nos ayuda a precisar más todavía el concepto de comunidad y que son los siguientes:

1. No da comunidad cuando se haya pactado una sociedad, ya que en tal evento los bienes serán de propiedad de la sociedad y no de los socios. Entre los socios no existe comunidad toda vez que la sociedad es titular de un patrimonio.

2. Tampoco habrá comunidad cuando los comuneros hayan celebrado otra convención sobre la misma cosa. En otras palabras, si los comuneros han determinado por la vía contractual la forma como debe administrarse la comunidad o la forma en que ellos se repartirán los frutos ellos seguirán siendo comuneros, **pero no habrá un cuasicontrato de comunidad**: ejemplo: si los comuneros estipulan la forma de administrar la cosa en común, la distribución de los frutos, la manera de contribuir a los gastos, etc., la comunidad subsiste, pero no bajo la forma de un cuasicontrato de comunidad. Las estipulaciones de las partes prevalecerán sobre las reglas legales a propósito del cuasicontrato de

comunidad. Si las partes, nada han pactado, se aplicarán estas normas legales para los efectos de determinar cómo debe efectuarse la administración y en general de qué forma se distribuyen los derechos y obligaciones entre los comuneros. Otro ejemplo es la Copropiedad Inmobiliaria, ya que respecto de los bienes comunes habrá comunidad, pero en las relaciones mutuas van a estar ordenadas por un reglamento. Es decir, las obligaciones entre los comuneros no surgen del cuasicontrato de comunidad, sino que surgen por el reglamento, aplicándose las normas del cuasicontrato de comunidad en subsidio.

3. Entre los comuneros debe existir un mismo derecho y que a su vez debe ser análogo y por esta razón es que entre el nudo propietario y el usufructuario no existe comunidad, son derechos de distinta entidad.

2. Que causas originan la comunidad:

a. La muerte de una persona va a dar origen a una sucesión hereditaria que cuando está compuesta de dos o más herederos forma una comunidad universal.

b. Disolución de una sociedad, los socios pasan a ser copropietarios de la cosa que antes pertenecía a la sociedad. Por ej.: Durante el matrimonio, marido y mujer obtienen a título oneroso, una casa. Ésta pertenece a la sociedad conyugal y disuelta esa casa les pertenece a ambos cónyuges.

c. Acuerdo de voluntades. Por ejemplo, dos o más personas que adquieren a través de una compraventa, una determinada cosa en conjunto.

d. La ley, por ejemplo, en la servidumbre de medianería en donde la pared medianera separa un predio de otro, hay una comunidad entre los titulares de ambos predios. Lo mismo sucede con la Ley nº19.537 de copropiedad inmobiliaria.

3. Comunidad no es una persona jurídica:

- No constituye un sujeto de derecho que pueda contraer obligaciones ni ser representado judicial o extrajudicialmente. Como consecuencia de lo anterior los bienes comunes no pertenecen a la comunidad, sino que ellos son propiedad de los comuneros en forma pro-indivisa. A raíz de lo anterior los derechos de cada uno de los comuneros sobre la cosa se encuentran limitados entre sí; estos derechos que existen sobre la cosa común, así como las obligaciones correlativas no tienen como fuente un contrato, sino que un cuasicontrato que es la comunidad. Por la circunstancia de no ser la comunidad una persona jurídica la jurisprudencia a sostenido que la comunidad no tiene atributos de la personalidad (no tiene nombre, domicilio, estado civil, nacionalidad ni patrimonio) y por ello tampoco la comunidad puede ser representada judicial o extrajudicialmente, de esta manera los derechos y las cargas que tengan la comunidad deberán ser ejercidas a través de todos los comuneros, deben concurrir al acto o contrato que se quiera celebrar. Así también si se quiere demandar a una comunidad se deberá demandar a todos los comuneros y notificarlos a todos ellos.

- Nuestra legislación no admite las sociedades a título universal, no existen, en cambio una comunidad puede ser a título singular o a título universal.

- Por definición en la sociedad los socios tienen un fin común, que es obtener de lo que se ha aportado, un beneficio. En cambio, en la comunidad no tiene existir un objetivo común.

B. Tipos de comunidad:

- Atendido el objeto sobre el que recae, puede ser a título singular o a título universal.
- Atendido su origen ella puede provenir de un hecho, como lo es la muerte de una persona que da origen a la comunidad hereditaria, pero también puede provocar la comunidad respecto de quienes eran cónyuges o un acto jurídico, caso de la compraventa, de disolución de una sociedad, la cual requiere de un acto jurídico.
- Atendida su duración pueden ser temporales o perpetuas. En nuestro derecho el principio es la libre circulación de los bienes y al legislador no le gustan las comunidades puesto que embarazan el desarrollo económico, motivo por el cual las comunidades perpetuas con excepcionales, es decir, sólo en calificados casos no es posible poner fin a un estado de indivisión. Esto queda en manifiesto al ver que los comuneros pueden siempre pedir la partición de la cosa. Art.1317.
- Finalmente, las comunidades pueden también clasificarse en activas o pasivas. Las activas corresponden a una masa de bienes que funciona desarrollando una determinada actividad económica, por ejemplo, el causante era dueño de una ferretería, al fallecer se va a formar la comunidad hereditaria la cual decide mantener y continuar con el desarrollo de esta actividad o establecimiento de comercio. En cambio, las comunidades pasivas no son más que aquellas masas de bienes que estáticamente esperan la remoción de cualquier obstáculo para ser divididos entre los comuneros
- Desde un punto jurídico se distinguen dos tipos:
 1. Romana.
 2. Germánica.

1. Romana: Al igual que la teoría clásica entiende que la copropiedad no es sino una modalidad del derecho de dominio. Esta teoría descansa sobre una distinción fundamental:

a. Parte alícuota, ideal o abstracta: llamada cuota, abstracción que da cuenta que yo soy proporcionalmente dueño de esa cosa. Se le llama así porque la cosa misma no está materialmente dividida y por ende estoy haciendo una abstracción, un ejercicio intelectual que significa indicar que hay una cuota que pertenece a cada uno de los comuneros. Respecto de cada cuota los comuneros son dueños absolutos, ellos tienen dominio pleno sobre la parte alícuota que les corresponde. Ellos pueden celebrar el acto jurídico que les plazca sobre esa cuota sin el consentimiento de los demás comuneros.

b. La cosa misma: los comuneros no tienen propiedad exclusiva, de suerte tal que los comuneros en este sistema tienen un derecho respecto de la cosa que está limitado por el concurso de los demás, de forma tal que para celebrar cualquier acto jurídico sobre la cosa requeriré del consentimiento de los demás codueños.

Nuestro Código siguió la teoría romana con dos importantes innovaciones o modificaciones;

- la primera es que cuando hablamos de una sucesión o una comunidad hereditaria, en la concepción romana la comunidad se ejercía respecto de cada cosa en particular. En cambio, en nuestro sistema cada comunero es titular de un derecho

real de herencia que representa una cuota en el patrimonio del causante. Ejemplo: Si heredo un bien con otros comuneros, yo no soy dueño de una parte de ese bien, sino que soy dueño de una abstracción que se llama Derecho Real de Herencia, por lo tanto, soy dueño de un % de todo ese bien.

- La segunda innovación se refiere a la Adjudicación. La indivisión comienza, por ejemplo, cuando yo y Juan compramos en conjunto una casa y termina por ejemplo cuando se trata de una partición mediante su adjudicación. Viene el partido, juez árbitro y adjudica la casa a una persona. En el sistema romano esa adjudicación era un título traslativo de dominio, es decir, yo de manera individual y exclusiva soy dueño desde este momento, el momento de la adjudicación. En cambio, en nuestro sistema la adjudicación es un título declarativo y por ende ella lo que me dice que es yo he sido dueño exclusivo desde el origen de la comunidad. Problema con el art. 1464 respecto del embargo relativo a la fecha en que éste se hace. Si fuese con título traslativo adolecería de objeto ilícito, en cambio, si es título declarativo sería válido. Art 1344 señala que se es dueño desde este momento y no desde la adjudicación.

2. Teoría germana o germánica:

En el caso de esta teoría existe una vinculación ya no sobre la cosa misma, sino que, sobre los comuneros, de manera tal que la relación real, sobre la cosa, se encuentra subordinada a este vínculo personal.

A raíz de lo anterior los comuneros no pueden disponer de la cuota ya que la relación personal excluye la posibilidad de que en la comunidad existan sustitutos. Así por ejemplo sucederá en los casos de una comunidad hereditaria o en los casos de una comunidad formada a raíz de un matrimonio.

A raíz de este vínculo personal ellos son titulares de un derecho de goce que le permite disfrutar de los beneficios de la cosa, pero que les impide disponer de ella. Como consecuencia de lo anterior, en esta teoría la cuota solo representa la idea de que forma parte de una comunidad, de cierta manera representa una mera expectativa en orden que el vínculo personal que une a los comuneros se romperá en el futuro y por lo tanto los actos de disposición mientras dure la comunidad solo podrán llevarse a cabo por el grupo en forma colectiva.

C. Derechos de los comuneros en la cosa común.

De acuerdo con el artículo 2305 el derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común es el mismo que el de los socios sobre el haber social. La doctrina está de acuerdo en que lo que el legislador ha querido es remitirse **solo a lo dispuesto en los números 1-4 del artículo 2081.** de lo anterior se sigue que los derechos de los comuneros son los siguientes:

1. Cada uno de los comuneros tiene derecho a oponerse a los actos administrativos de los otros, mientras esté pendiente su ejecución o no haya producido efectos legales. La razón de este derecho de oposición se encuentra en la circunstancia de que nuestro código siguió la comunidad romana en que cada uno de los comuneros es dueño de una cuota y no representa a los demás.

No puede por lo tanto ejecutar actos de administración sin que concurra el

consentimiento de todos los comuneros.

¿Qué sucede si ejecuta actos de administración sin que concurra el consentimiento de todos los comuneros?

Si en el acto resulta un beneficio para la comunidad se configura una agencia oficiosa, en caso contrario, el acto le será inoponible al resto de la comunidad.

2. Derecho a usar de los bienes comunes,

Artículo 2081 numero 2: Cada comunero podrá servirse para su uso personal de las cosas pertenecientes a la comunidad, con tal que las emplee según su destino ordinario y sin perjuicio de la comunidad y del justo uso de los otros.

En el evento que el uso de la cosa sea gratuito el artículo 655 c. p. c permite a cualquiera de los comuneros solicitar que cese ese uso gratuito de la cosa. (El legislador estaba pensando por ejemplo en un legado).

3. Existe la obligación de concurrir a las expensas comunes (2081 numero 3).

4. Existe una prohibición para efectuar innovaciones en los bienes comunes. Estas innovaciones podrán llevarse a cabo cuando sea con el consentimiento de todos los comuneros. (2081 numero 4 se relaciona con el artículo 2078).

Se entiende por innovación de la cosa común aquella que cambia su destino, por ejemplo, si una casa es de habitación y la cambia en un almacén. También hay innovación cuando se altera la forma de la cosa común.

D. Administración de la cosa común.

1. NO HAY DESIGNADO UN ADMINISTRADOR:

a. En esta situación se entiende que, por regla general, todos los comuneros tienen las mismas facultades para intervenir en la administración de la cosa común de suerte tal que los actos administrativos deben ser acordados por la unanimidad de los comuneros, que, si bien no está dicho expresamente en la ley, se desprende del derecho de oposición del art.2081 nº1. Esta regla del art.2081 nº1 recibe el nombre de Derecho a Veto y consiste en la facultad que tiene cada comunero de impedir la realización de actos en la cosa común. Es importante tener en cuenta que este derecho de veto no se extiende a los actos de mera conservación de la cosa, tal como se desprende del art.2081 nº3.

b. ¿Cómo se explica jurídicamente esta circunstancia de que todos los comuneros tengan la facultad de administrar la cosa?: la respuesta que normalmente se da es porque entre ellos existe lo que se denomina Mandato Tácito, en otras palabras, cada comunero le confiere a los demás la facultad de representarlo, es lo que se refiere a la administración de la cosa común. Para fundar esta tesis, se vuelve a la norma de reenvío del art.2305 que nos remite a las normas del contrato de sociedad y en particular al art.2081 inciso 1. Entonces, aplicando el art.2081 inciso 1 queda establecido entre los comuneros que existe un mandato tácito y recíproco. Incluso Pablo Rodríguez señala que este es un caso de Mandato Legal.

Existe un número importante de autores que establecen que el **inciso 1 del art.2081 no es aplicable en la especie y lo es en virtud del art.2307 inciso 1 que es una norma especial ya que está dentro del cuasicontrato de comunidad.** Esta disposición señala que, a las deudas contraídas en pro de la comunidad, durante ella, no es obligado si no el comunero que las contrajo el cual

tendrá acción de repetición en contra de la comunidad. Entonces, dentro del párrafo de cuasicontrato de comunidad hay una norma especial, el art.2307 que al interpretarlo hay que concluir que **no hay mandato tácito porque si no hubiere, el obligado no sería el que contrajo la obligación, sino que serían todos los comuneros.**

Se señala también para sostener que no hay un mandato tácito la diferencia sustancial que se verifica en el origen del contrato de sociedad con la comunidad. En el contrato de sociedad siempre nos vamos a encontrar con una convención, una manifestación de voluntad común de los socios, lo cual puede hacer suponer o puede ayudar a entender la existencia de este mandato tácito, pero en cambio, en la comunidad ella puede tener su origen en circunstancias diversas de la voluntad de los comuneros, lo cual dificulta el pensar en la intención que ellos tuvieron de conferir a los otros este mandato tácito.

c. Tendencia moderna: es evidente que la unanimidad a que nos hemos referido, trae un sin números de inconvenientes, motivo por el cual las legislaciones modernas han intentado morigerar esta regla. Así sucede por ejemplo en el art.17 de la Ley 19.537 que es la Ley sobre Copropiedad inmobiliaria la cual señala que, sobre ciertas materias, ellas van a ser sometidas a consulta y se entenderá probada la propuesta si cuenta con el voto favorable de un 75%. El Código de Procedimiento Civil también consiente en esta problemática en los art.653 y art.654 ubicados dentro del Juicio de Partición que permite a los comuneros instar por el nombramiento de un administrador, siendo en definitiva el juez quien resolverá acerca de su procedencia.

2. HAY ADMINISTRADOR DESIGNADO: Esta designación en principio debe hacerse por unanimidad. Si no existe esa unanimidad, de acuerdo con el art.654 CPC le corresponderá el nombramiento a la justicia. Para tal efecto, se citará a los interesados a un comparendo. Podrán adoptarse todas o algunas de las siguientes medidas:

- ☐ El nombramiento de uno o más administradores, sean comuneros o terceros extraños;
- ☐ La fijación de sus remuneraciones y de sus atribuciones y deberes;
- ☐ La determinación del giro que deba darse a los bienes comunes y del límite de gastos que pueda hacerse en la administración;
- ☐ La época en que el administrador deba rendir cuenta a los interesados.

E. Contribución a las cargas y la participación en los beneficios.

En general, las cuotas pueden ser iguales o desiguales. La regla general es que las cuotas son iguales, aun cuando el Código no lo dice expresamente, ello se desprende de los art.1098 inciso final y art.2307 inciso 2. Evidentemente si en el acto constitutivo de la comunidad se ha designado una proporción distinta, se atenderá ello.

1. Respetto de los frutos: Artículo 2310 c. c los frutos de la cosa común deben dividirse entre los comuneros a prorrata de su cuota.

2. Cargas: Cada comunero debe contribuir a las cargas y reparaciones de la

comunidad proporcionalmente a su cuota.

3. Materia de deudas: Vamos a distinguir:

A. Si la cosa es universal cada uno de los comuneros es obligado a las deudas de la cosa común como los herederos en las deudas hereditarias. (2306).

B. A las deudas contraídas en pro de la comunidad durante ella, no es obligado si no el comunero que las contrajo, el cual tendrá acción contra la comunidad para el reembolso de lo que hubiera pagado por ella. (2307 inciso 1)

C. Si la deuda ha sido contraída por los comuneros colectivamente, sin expresión de cuotas, todo ellos, no habiendo estipulado solidaridad, son obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de más sobre la cuota que le corresponda. (2307 inciso 2)

D. Cada comunero debe a la comunidad lo que saca de ella incluso los intereses corrientes de los dineros comunes que haya empleado en sus negocios particulares (2308).

E. En las prestaciones a que son obligados entre si los comuneros, la cuota del insolvente gravará a los otros.

4. Responsabilidad:

Cada comunero es responsable hasta de la culpa leve por los daños que haya causado en las cosas y negocios comunes.

F. Enajenación de la cuota:

Se admite la enajenación de la cuota ello a lo menos por dos razones:

- Porque cada uno de los comuneros es dueño de su cuota abstracta en la comunidad.
- Porque el vínculo que existe entre los comuneros esta dado por la razón con la cosa, es decir un vínculo independiente de las relaciones personales que existen entre los comuneros.

Lo anterior es reconocido en nuestro código, manifestándose en los siguientes artículos:

a) Artículo 1320: Si un coasignatario vende o cede su cuota a un extraño, tendrá este igual derecho que el vendedor o cedente para pedir la partición e intervenir en ella.

b) Artículo 1812: Si la cosa es común de dos o más personas proindiviso, entre las cuales no intervenga contrato de sociedad, cada una de ellas podrá vender su cuota, aun sin el consentimiento de las otras.

c) Artículo 2417: El comunero puede, antes de la división de la cosa común, hipotecar su cuota; pero verificada la división, la hipoteca afectara solamente los bienes que en razón de dicha cuota se adjudiquen, si fueren hipotecables.

Si no lo fueren, caducara la hipoteca.

Si bien el código reconoce la enajenación de la cuota, respecto de la enajenación de la cosa común la regla es completamente distinta toda vez que un comunero no puede enajenar la cosa común, si así lo hiciere podría entenderse que hay venta de cosa ajena y aplicar el artículo 1815 c. c o bien aplicar el principio del artículo 2417 c. c, en el sentido de que la enajenación o el gravamen van a quedar subordinados a los efectos de la partición.

G. Situación de los acreedores de un comunero.

No existe ningún inconveniente que el acreedor de un comunero embargue la cuota que a este le corresponda en la comunidad lo remate y se pague con el producido, esta es nuevamente una manifestación de que el código acogió la teoría romana.

De haberse acogido la tesis germana no podría haberse rematado la cuota. En este mismo sentido en una sociedad colectiva civil puede pedir el acreedor que se embargue a su favor las asignaciones que se hacen a ese socio por cuenta de los beneficios provenientes de la sociedad (2096 inciso 3).

H. Reivindicación de la cuota.

Artículo 892 c. c señala que se puede reivindicar una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular. En consecuencia, el punto es determinar cuando estamos en presencia de una cosa singular.

Para Jaime del Valle la cosa será singular cuando ella constituye el único bien de la comunidad. Para Claro Solar es indiferente que la cosa sea el único bien de la comunidad o que ella forme parte de una comunidad. Lo importante es que la cosa se mantenga indivisa de manera tal que sea posible su individualización al tiempo de reivindicarla.

Lo que sí es claro es que la acción reivindicatoria no me permite perseguir la universalidad, para ello existen otras acciones como por ejemplo la acción de petición de herencia.

I. Terminación de la comunidad.

Artículo 2312: La comunidad puede terminar por alguno de los siguientes motivos:

- 1.** Por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en una sola persona
- 2.** Por la destrucción de la cosa común.
- 3.** Por la división del haber común.: En el evento de ser necesario la división de las cosas comunes habrá que sujetarse a las reglas de partición de la herencia. (2313)

Procedencia o no de la prescripción entre comuneros.

El asunto es que puede pensarse que en nuestro ordenamiento jurídico uno de los comuneros podría adquirir por prescripción el dominio de la cosa común, ello a consecuencia de que cada comunero es dueño de una parte alícuota de la cosa.

La mayoría de la doctrina estima que no es procedente, por lo siguiente:

a) Artículo 1317 c. c: Establece que la acción de partición, esta es aquella que permite a un comunero solicitar la división de la cosa común puede siempre ejercerse de lo cual se sigue que estamos frente a una acción imprescriptible y si una acción es imprescriptible de forma extintiva es porque ninguno de los comuneros ha podido adquirir por prescripción el dominio de la misma cosa.

b) La prescripción supone la posesión exclusiva sobre una cosa, de manera tal que quien acoge la prescripción es porque ha poseído como dueño exclusivo. Pero en la comunidad cada uno de los comuneros tiene ánimo de dueño sobre la cosa y por lo tanto no puede decirse que solo uno ha poseído en forma exclusiva un cuando los demás no hayan detentado materialmente la cosa.

c) Argumento histórico: El proyecto del código civil y el proyecto inédito se contemplaba una disposición en virtud de la cual la partición siempre se podía pedir por uno de los comuneros salvo que hubiera existido posesión suficiente para lograr la prescripción.

Como este artículo fue eliminado del texto definitivo del código civil es posible concluir que no hubiese podido prescripción entre los comuneros.

d) Al seguir nuestro código la tesis romanista cada uno de los comuneros es dueño exclusivo de su cuota, pero mero tenedor respecto de la cosa común, reconoce el dominio de otro y entonces al ser un comunero mero tenedor respecto de la cosa ellos no pueden adquirir por prescripción, toda vez que no son poseedores, aplicándose el artículo 725 del código civil.