

## DONACIONES ENTRE CONYUGES: UNA PROHIBICION DE VEINTE SIGLOS

*Hernán Corral Talciani*

Profesor de Derecho Civil. Universidad de los Andes

### SUMARIO

1. Origen y antecedentes históricos de la prohibición de donación entre cónyuges; 2. La prohibición de donación entre cónyuges en el Código Civil chileno; 3. Formas de donación revocable entre cónyuges; 4. Naturaleza jurídica de las donaciones entre cónyuges; 5. Capacidad en las donaciones entre cónyuges; 6. Extensión de la prohibición de donación irrevocable entre cónyuges; 7. Las donaciones entre cónyuges a título de mejora; 8. La revocación de las donaciones entre cónyuges; 9. La cuestión del fundamento: ¿debe prohibirse a los cónyuges donarse entre sí?

### 1. ORIGEN Y ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROHIBICION DE DONACION ENTRE CONYUGES

La prohibición de las donaciones entre cónyuges es una antiquísima regla del Derecho romano, pero cuyos orígenes no están claramente establecidos. La cuestión es discutida. Algunos sostienen que se trata de un principio de origen consuetudinario<sup>1</sup> o, quizás, jurisprudencial<sup>2</sup>. En todo caso, parece cierto que la prohibición es posterior a la *Lex Cincia* que data del 204 a. C., puesto que esta ley, al establecer una prohibición general de donar por encima de cierta suma, exceptuaba expresamente las donaciones que se hicieran los cónyuges (F.V. 302)<sup>3</sup>. Pero ya es conocida en tiempos de Augusto por juristas clásicos como Labeón<sup>4</sup>.

La prohibición tiene en los primeros tiempos un alcance muy severo. Ella entraña la nulidad *ipso iure* de la donación efectuada, por lo que la propiedad no se transfiere al donatario (si la donación es real) o no surge obligación para el donante (si la donación es promisorio) o no se remite la deuda en favor del

<sup>1</sup> BIONDI, Biondo, *Sucesión testamentaria y donación*, trad. M. Fairén, 2ª edic., Bosch, Barcelona, 1960, N° 12, p. 665.

<sup>2</sup> D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, 7ª edic., Eunsa, Pamplona, 1989, § 335, p. 387, nt. 4.

<sup>3</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1996, t. II, pp. 603-604. Sugiere este autor que el origen de la prohibición puede haber estado en la expansión de la práctica del divorcio, que aumenta el riesgo de que se contraigan matrimonios para conseguir bienes del cónyuge rico o de que se den conductas extorsivas entre cónyuges para evitar el divorcio.

<sup>4</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 12, p. 663.

donatario (si la donación es liberatoria). El donante no sólo goza de la *conditio* para repetir lo indebidamente pagado, sino que además puede ejercer la acción reivindicatoria para recuperar la cosa entregada<sup>5</sup>. El donatario, no obstante, adquiere la posesión natural, pero no la *possessio civilis* que habilita para interponer la acción publiciana o para usucapir. Tampoco se admite que pueda interponer interdictos posesorios contra el donante, ya que se trataría de una posesión injusta<sup>6</sup>. Aunque frente a terceros sí podría entablarlos<sup>7</sup>.

La tendencia legislativa y jurisprudencial que puede apreciarse posteriormente es la de morigerar por vía interpretativa el rigor original de la prohibición. Se sostiene, así, que ella no resulta aplicable a las liberalidades que no son propiamente donativas por no producir, durante el matrimonio, un enriquecimiento del donatario, correspondiente a un empobrecimiento del donante.

Una de las consecuencias de este razonamiento es la admisibilidad entre cónyuges de las donaciones *mortis causa*, que producían su efecto definitivo una vez que el matrimonio era disuelto por la muerte del cónyuge donante. Al parecer la excepción se basaba no tanto en el hecho de que la *donatio mortis causa* en este caso no produjera la adquisición inmediata de la cosa donada, sino en razón de que, al ser esta revocable, el enriquecimiento del donatario y el correlativo empobrecimiento del donante se hacen definitivos únicamente con la muerte de este último<sup>8</sup>.

Un hito culminante en esta tendencia por restringir la prohibición lo representa un Senadoconsulto del año 206 d. C., propuesto por Septimio Severo y Caracala, y llamado en las fuentes *Oratio divi Antoni* o también *Oratio divi Severi* (por dudarse cuál fue efectivamente el autor de la ley) (D. 24.1.23; F.V. 276)<sup>9</sup>. El Senadoconsulto estableció que la donación entre cónyuges se convalidaría retroactivamente cuando el cónyuge donante muriera sin haber manifestado intención de revocarla. Es el mismo principio que inspira la regla *morte Cincia removetur* y que la jurisprudencia aplicaba ya para sanear las donaciones realizadas contra las normas de la ley Cincia<sup>10</sup>.

En principio, no hay una conversión de la donación en una disposición testamentaria, sino que es el mismo acto donativo el que adquiere validez y eficacia<sup>11</sup>.

Pero como paralelamente la donación *mortis causa* va asumiendo la forma de una donación condicionada suspensivamente a la muerte del donante, asimilándose así al legado (proceso que culminará en una identificación operada en tiempos de Justiniano), es comprensible que los textos del derecho posclásico tiendan a superponer y confundir la figura de la donación intraconyugal (prohibi-

<sup>5</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 14, p. 671; D'ORS, A., ob. cit., § 335, p. 388.

<sup>6</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 14, pp. 671-672.

<sup>7</sup> GUZMÁN BRITO, A., ob. cit., t. II, p. 609.

<sup>8</sup> DI PAOLA, Santi, *Donatio mortis causa. Corso di diritto romano*, Dott. E. Jovene, Napoli, 1969, N° 23, p. 63.

<sup>9</sup> Se ha atribuido a veces a Severo, que era en la época el Jefe del Imperio; otras a Caracala que como, corregente, presentó el decreto al Senado, sin que falten los que atribuyan a ambos la autoría de la disposición (Cfr. SAVIGNY, Federico Von, *Sistema del Derecho romano actual*, trad. Ch. Guenoux y J. Mesía y M. Poley, F. Góngora y Cía., Madrid, 1879, t. III, § 154.5, p. 119).

<sup>10</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 19, p. 679-680.

<sup>11</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 19, p. 681. Según GUZMÁN BRITO, A., ob. cit., t. II, p. 611, ello producía, en la práctica, la privación al heredero de la acción que tenía el causante para hacer valer la nulidad.

da pero convalidable) con la de la donación *mortis causa* (admitida pero revocable)<sup>12</sup>. Así es recibida por el derecho vulgar, aunque hay quienes sostienen que en la alta Edad Media la prohibición fue olvidada, recobrando su vigor sólo en la época de la recepción de los textos romanos<sup>13</sup>.

La regla de la prohibición de donaciones entre cónyuges reaparece en el derecho consuetudinario francés con un rigor mayor: en la mayor parte de las *coutumes* no se admite la convalidación y la donación conyugal se estima definitivamente nula (Costumbres de París, art. 283 y de Orléans, art. 280)<sup>14</sup>.

Más flexibles fueron las antiguas leyes españolas; el Fuero Juzgo llegó a aceptar la validez de todas las donaciones que se hicieran los cónyuges después del primer año de matrimonio (F.J. 3.1.6)<sup>15</sup>. El Fuero Real mantuvo la libertad de donar después de un año desde que se contrae el matrimonio, pero sólo para los matrimonios sin descendencia (3.12.3)<sup>16</sup>. Las Partidas retomarán los criterios del derecho romano y declararán nulas, aunque convalidables, todo tipo de donaciones entre cónyuges (P. 4. 11.4)<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> SAMPER, Francisco, *Derecho romano*. Ediciones Universidad Internacional Sek, Santiago, 1991, N° 152, p. 243.

<sup>13</sup> PLANIOL, Marcel, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 6ª edic., Paris, 1913, t. III, N° 3205, p. 845, nt. I.

<sup>14</sup> Cfr. JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, completado por André Brun, trad. S. Cunchillos y Manterola, Ediciones Jurídicas Europa-América-Bosch, B. Aires, 1951, N° 1807, p. 360.

En el Tratado de Pothier sobre la cuestión, se distinguen cuatro sistemas vigentes en el derecho consuetudinario: 1º) Las costumbres que prohíben absolutamente las donaciones conyugales; así las costumbres de París y de Orléans; 2º) Las costumbres que, salvo ciertas excepciones, prohíben las donaciones entre vivos pero admiten las donaciones testamentarias; 3º) Las costumbres que admiten no sólo las donaciones testamentarias, sino las entre vivos cuando el cónyuge donante muere sin haberlas revocado; y 4º) Las costumbres que admiten en varios casos las donaciones irrevocables entre cónyuges. Cfr. POTHIER, Robert, *Traité des donations entre mari et femme*, en *Oeuvres complètes de Pothier*, Eugène Crochard, Paris, 1830, t. I, pp. 367-368.

<sup>15</sup> Decía el Fuero Juzgo: "Doncas si el marido despues que un anno oviere que es casado, por amor o por grado quisier dar alguna cosa a la mujer, puede fazer libremente" (F.J. 3.1.6). Cfr. F.J. 5.2.7.

<sup>16</sup> El Fuero Real dispuso: "Si el marido quisiere dar algo a la muger, o la muger al marido no habiendo fijos, puedalo facer despues que fuere el año pasado desque casáren, è no ante: è si despues desta donacion hobieren fijo, no vala la donacion fuera quanto en su quinto..." (F.R. 3.12.3).

<sup>17</sup> La ley 4 del título XI de la 4ª Partida lleva como epígrafe la siguiente leyenda: "Quales donaciones non valen, que el marido e la muger fazen entre sí, despues quel matrimonio fuere acabado, e en que manera se pueden desfazer". El texto de la ley es el que a continuación reproducimos: "Durando el matrimonio, fazen a las vegadas donaciones, el marido a la muger, o ella al marido, no por razon de casamiento, mas por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen, despojandose el uno al otro, por amor que han de consuno: e porque el que fuesse escasso, seria de mejor condicion, que el que es franco en dar. E porende, si las fizieren, despues que el matrimonio es acabado, non deven valer, si el uno se fiziere por ello mas rico e el otro mas pobre; fueras ende, si aquel que fiziesse tal donacion, nunca la revocasse, nin la desficiesse en su vida: ca estonce fincaría valedera. Mas si revocasse la donacion en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: Tal donacion como esta, que fize a mi muger, non quiero que valga; o si callasse, non diziendo nada e la diesse despues a otro, o la vendiesse; o si muriesse aquel que rescibiera la donacion, ante de aquel que la fizo; desatarse y e por qualquier destas razones la donacion primera" (p. 4.11.4). Las leyes inmediatamente siguientes excluyen de la prohibición las liberalidades intraconyugales que, o bien no empobrecen al donante, o bien no enriquecen al donatario (p. 4.11. 5 y 6). Cfr. DOUGNAC, Antonio, "Esquema del régimen económico matrimonial en Chile indiano", en *Rev. Chil. Der. II* (1975), pp. 194-195.

La prohibición subsiste en la época inmediatamente anterior a la codificación. Pothier comenta la costumbre de París que prohíbe a los cónyuges otorgarse todo tipo de ventajas patrimoniales, sea directa o indirectamente (art. 282); y sólo se permiten muy reglamentadas las donaciones recíprocas (*don mutuel*)<sup>18</sup>. Sostiene, además, que allí donde se admiten las donaciones entre cónyuges, estos pueden hacerlas a menos que hayan renunciado a esa facultad por pacto expreso en las capitulaciones matrimoniales<sup>19</sup>.

Durante la Revolución Francesa, enemiga de los principios tradicionales, la ley de 17 de nivoso del año II, en sus arts. 14 y 16 vino a suprimir la prohibición al establecer la libertad irrestricta de los cónyuges para donarse entre sí. Los redactores del Código Civil de 1804, en cambio, optaron por forjar una solución intermedia entre la prohibición absoluta y la libertad plena: las donaciones entre cónyuges serían válidas, pero revocables. El art. 1096 del Código Napoleón dispuso: "Todas las donaciones hechas entre cónyuges durante el matrimonio, aunque sean calificadas de entre vivos, serán siempre revocables.— La revocación podrá ser hecha por la mujer sin ser autorizada por el marido o por la justicia.— Estas donaciones no serán revocadas por la sobreveniencia de hijos".

El precepto suscitará un debate sobre la naturaleza jurídica de esta donación, afirmando algunos que se trata más bien de una figura mixta entre testamento y donación (Troplong<sup>20</sup>) o de una donación *mortis causa* (Toullier<sup>21</sup>). Finalmente la interpretación que prevalece es de que se trata de una propia donación entre vivos que por excepción no es irrevocable (Laurent<sup>22</sup>, Planiol<sup>23</sup>, Josserand<sup>24</sup>).

Con la codificación los legisladores de diversos países se ven enfrentados al problema de mantener o suprimir la antigua prohibición y las respuestas son diversas. Algunos siguen el modelo francés; así por ejemplo el Código de las Dos Sicilias de 1819. Otros prefieren suprimir del todo la prohibición: así el Código prusiano de 1794, el Código austriaco de 1810 y el Código Civil alemán de 1900 (BGB).

Por fin, hay quienes prefieren consagrar la prohibición en toda su amplitud. Es lo que sucede con el Código Civil español de 1889 (art. 1334)<sup>25</sup>; otro tanto ocurre con el Código Civil argentino de 1869 (arts. 1807.1° y 1820)<sup>26</sup>. El caso más característico es el italiano: el Código Civil de 1865 estableció expresamente la prohibición absoluta (art. 1054), y el precepto fue mantenido en el Código

<sup>18</sup> POTHIER, R., ob. cit., t. I, p. 371.

<sup>19</sup> La renuncia a este derecho de los cónyuges es aceptado por Pothier por considerar que no se ofende a las leyes cuando se prohíbe lo que ellas permiten (ob. cit., t. I, p. 370).

<sup>20</sup> TROPLONG, M., *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre du Code*, t. II, N° 2640, p. 458.

<sup>21</sup> TOULLIER, M. C.-B.-M., *Le Droit Civil français suivant l'ordre du Code*, Renouard et al. edit., 5ª edic., Paris, 1830, t. V, 1, N° 918, pp. 830-831.

<sup>22</sup> LAURENT, F., *Principes de Droit Civil*, t. XV, Bruxelles-Paris, 1887, t. XV, N° 314, p. 350.

<sup>23</sup> PLANIOL, M., ob. cit., t. III, N° 3210, p. 846.

<sup>24</sup> JOSSERAND, L., ob. cit., t. III, v. III, N° 1818, p. 368.

<sup>25</sup> La regla prohibitiva se contenía ya en el art. 1259 del Proyecto de García Goyena: "Toda donación de un cónyuge a otro será nula...". El art. 1334 del Código de 1989 dispuso: "Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio". La regla no se aplica a "los regalos módicos que los cónyuges se hagan en ocasiones de regocijo para la familia" (art. 1334.2).

<sup>26</sup> Dice el art. 1807: "No pueden hacerse donaciones: 1° Los esposos el uno al otro durante el matrimonio...", lo que repite el art. 1820: "Las donaciones mutuas no son permitidas entre esposos".

Civil de 1942: "Los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, hacerse el uno o a otro ninguna liberalidad, salvo aquellas conforme a los usos" (art. 781). La norma deja muy atrás las matizaciones del derecho romano: no hay posibilidad de convalidación y se prohíben no sólo las donaciones sino también las liberalidades no donativas, excluyéndose solamente las de uso. No es extraño, pues, que la mantención de tan drástica prohibición haya suscitado la crítica generalizada de la doctrina<sup>27</sup>.

## 2. LA PROHIBICION DE DONACION ENTRE CONYUGES EN EL CODIGO CIVIL CHILENO

La solución estructurada por Bello en el Código Civil se reconduce a los antecedentes romanos y al Código Civil francés, pero sin que haya plena identidad en la solución adoptada, que contiene claras notas de originalidad.

En primer lugar debe decirse que la prohibición de donar entre cónyuges fue acogida, aunque no existe una declaración expresa en tal sentido. En verdad, ninguna norma establece que la donación entre cónyuges esté prohibida o sea nula. Pero que ello es así es algo presupuesto en el sistema, pues se deduce de lo dispuesto en varios artículos del Código Civil<sup>28</sup>: el art. 1138 después de señalar que son nulas las donaciones "entre personas que no pueden recibir... donaciones entre vivos una de otra" (con lo cual se remite a las reglas de la donación donde seguramente se pensó en formular la incapacidad entre cónyuges), agrega que "sin embargo [esto es, a pesar de ser inválidas por defecto de capacidad] las donaciones entre cónyuges valdrán como donaciones revocables". Por otra parte, la sanción de la nulidad de la donación entre vivos parece deducirse también del ejemplo que da el art. 675, para ilustrar la exigencia de que para que valga la tradición "se requiere además que el título sea válido respecto de la persona a quien se confiere"; el precepto pone como ejemplo de tradición que no cumple con este requisito aquella que se funda en una donación entre cónyuges: "Así el título de donación irrevocable no transfiere el dominio entre cónyuges". Debemos concluir, pues, que si no lo transfiere es porque se trata de un título nulo.

Ahora bien, aceptada la prohibición, Bello tenía tres posibles opciones: la del Código italiano de establecer la nulidad absoluta y sin restricciones, la del Código francés de admitir las donaciones entre vivos pero con facultad de revocación, y la del derecho romano tardío de admitir como válidas entre cónyuges las donaciones *mortis causa*, y asimilar las donaciones entre vivos a ellas. Esta última fue la elegida. En el art. 1138 del Código Civil chileno puede leerse que "las donaciones entre cónyuges valdrán como donaciones revocables", las cuales se identifican con las *mortis causa*: "donación por causa de muerte es lo mismo que donación revocable"(art. 1136.2).

De esta manera, los cónyuges, según nuestro Código Civil, sólo pueden otorgarse donaciones por causa de muerte, no donaciones entre vivos o irrevocables. Pero si de hecho las hacen, estas donaciones, inválidas en cuanto irrevocables, valen como revocables, esto es, como verdaderas donaciones *mortis causa*.

<sup>27</sup> TORRENTE, Andrea, *La donazione, en Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Cicu y Messineo, v. XXII, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1956, N° 160, p. 386.

<sup>28</sup> Cuando los artículos se citan sin indicar su procedencia, se trata de preceptos del Código Civil.

## 3. FORMAS DE DONACION REVOCABLE ENTRE CONYUGES

Es posible –pensamos– distinguir tres formas por las cuales se admite la validez y eficacia de una donación entre cónyuges: a) la de una donación por causa de muerte propiamente tal; b) la de una donación entre vivos convertida *ipso iure* en donación por causa de muerte, y c) la de una confesión sobre titularidad de un bien que es convertida por la ley en una donación conyugal *mortis causa*.

a) *Donaciones mortis causa entre cónyuges*

Nuestro Código permite que cualquiera de los cónyuges done a otro *mortis causa*, es decir, que haga atribuciones de bienes para después de su muerte. En tal caso, se relajan sustancialmente las solemnidades que rigen normalmente este tipo de donaciones. Así, pueden donarse *mortis causa* mediante testamento (art. 1137.1, en relación con los arts. 1139 y 1000), pero también con las solemnidades de las donaciones entre vivos siempre que el cónyuge donante se reserve la facultad de revocarlas antes de su muerte. En este caso, las donaciones entre cónyuges son eximidas de la confirmación por acto testamentario posterior, que se exige para las demás donaciones revocables (arts. 1000 y 1137.2).

Cuando no se emplee el testamento como medio idóneo para la donación conyugal, la validez del acto quedará sujeta al cumplimiento de las formalidades propias de las donaciones entre vivos (escritura pública, inscripción e insinuación, en su caso), de manera que sería nula la donación entre cónyuges que no cumpliera con tales requisitos. Si se trata de donaciones a título universal (por ejemplo de bienes futuros) habrá que, además, confeccionar inventario solemne de los bienes (art. 1407), aun cuando el inventario en este caso sea meramente referencial, pues la donación cubrirá todos los bienes que el donante tenga a la época del fallecimiento<sup>29</sup>.

Si la donación entre vivos no está sujeta a formalidades, la donación *mortis causa* no testamentaria entre cónyuges podrá ser consensual. Aunque el art. 1137.2 hable de donación otorgada “con las solemnidades de las entre vivos”, el art. 1000 parece rebajar esta exigencia al indicar que las donaciones revocables entre cónyuges pueden hacerse “bajo la forma de los contratos entre vivos”. Así, además, parece confirmarlo la disposición del art. 1137.3.

Por cierto, la consensualidad del acto no empece la necesidad de que conste por escrito para fines probatorios (cfr. art. 1709).

b) *Donaciones entre vivos convertidas en mortis causa*

Es esta una forma diferente de la anterior, pues aquí los cónyuges no expresan su voluntad de donar para después de la muerte, sino que realizan una donación con todos los elementos propios de la donación entre vivos. Por imperativo legal, esta donación no vale como donación irrevocable, pero sí como donación por causa de muerte: “las donaciones entre cónyuges valen como donaciones revocables” (art. 1138.2).

<sup>29</sup> No se aplicarán los arts. 1407.2 y 1409, sobre reserva de bienes omitidos en el inventario y nulidad de la donación de bienes futuros, que se refieren sólo a la donación irrevocable.

Las formalidades y requisitos serán las mismas que las de la donación entre vivos (art. 1000) e incluso se admite la posibilidad de una donación meramente consensual; de allí que el art. 1137.3 establezca que “Las donaciones de que no se otorgare instrumento alguno, valdrán como donaciones entre vivos en lo que fuere de derecho; *menos las que se hicieren entre cónyuges, que podrán siempre revocarse*”.

Parece darse, en este caso, un supuesto de la teoría de la conversión del negocio nulo, que sostiene la posibilidad de que un negocio jurídico inválido subsista y produzca efectos en la medida en que sus elementos puedan configurar otro negocio diferente. La teoría se aplicaría en esta sede, ya que “una donación entre cónyuges, ineficaz como irrevocable, se convierte en revocable y produce los efectos propios de esta última”<sup>30</sup>. Se podría objetar que falta aquí la voluntad de las partes respecto del negocio definitivo, pero la teoría estima que aquella no es imprescindible si el acto produce un resultado práctico similar al querido por ellas<sup>31</sup>.

#### c) *Confesión de un cónyuge*

En una curiosa disposición el Código Civil señala que la confesión de uno de los cónyuges casados en sociedad conyugal, en el sentido de que una cosa pertenece o se debe al otro, o de que un bien propio del confesante es social, “se mirará como una donación revocable, que, confirmada por la muerte del donante, se ejecutará en su parte de gananciales o en sus bienes propios, en lo que hubiere lugar” (art. 1739.3).

En este supuesto no es necesario cumplir con ninguna de las formalidades establecidas, ni para la donación por causa de muerte, ni para la donación entre vivos; basta la confesión, que podrá ser judicial o extrajudicial y constar en testamento, escritura pública o instrumento privado<sup>32</sup>.

Según Alessandri “esta confesión no vale, pues, como un medio probatorio, sino como un acto de disposición de un cónyuge a favor del otro”<sup>33</sup>. Pero tal vez sea más lógico sostener que se trata de un medio probatorio, pero que la ley presume —o mejor, finge— que se confiesa la donación del bien o cantidad debida. Estaríamos ante una donación probada por confesión que, como conyugal, reviste el carácter de revocable.

#### 4. NATURALEZA JURIDICA DE LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES

No parece haber lugar en nuestro sistema a la discusión francesa sobre la naturaleza jurídica de la donación entre cónyuges.

<sup>30</sup> VIAL DEL RÍO, Víctor, *Teoría general del acto jurídico*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2ª edic., Santiago, 1991, p. 194. En el mismo sentido, ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, “La conversión de los actos nulos”, en *Instituciones Modernas de Derecho Civil. Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, ConoSur, Santiago, 1996, p. 409.

<sup>31</sup> DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, N° 188, p. 256.

<sup>32</sup> ALESSANDRI, A., *Tratado práctico de las capitulaciones matrimoniales, de la sociedad conyugal y de los bienes reservados de la mujer casada*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1935, N° 341, p. 261.

<sup>33</sup> ALESSANDRI, A., *ibídem*.

El Código se ha encargado de señalarnos claramente que cualquiera sea la forma en que se realicen, las donaciones entre cónyuges son siempre donaciones *mortis causa*, y, por tanto, actos de disposición de última voluntad.

Puede sostenerse, entonces, que la donación entre cónyuges no es un contrato. Es un acto jurídico unilateral, subjetivamente simple, personalísimo, y esencialmente revocable, que opera *mortis causa* (arts. 1000, 1001, 1003, y 1004).

En consecuencia, el cónyuge donatario no adquirirá lo donado inmediatamente después de la donación, sino sólo al momento de morir el donante y confirmarse la donación. No adquirirá por tradición (validada retroactivamente), como entiende la mayoría de la doctrina francesa, sino por sucesión por causa de muerte, la que podrá ser a título universal, caso en el cual la donación se confunde con la institución de heredero (art. 1142.1) o a título singular, caso en el que se le asimila a los legados (art. 1141). Mientras la donación no resulte confirmada, la propiedad de las cosas donadas subsistirá en el patrimonio del cónyuge donante.

No obstante, el cónyuge donatario que recibe en vida del donante la cosa donada, no está obligado a entregar a los herederos de este los frutos producidos entre tanto, ya que según los arts. 1140.1 y 1142.2, sobre dichas especies adquiere los derechos y contrae las obligaciones de un usufructuario. Se puede discutir si este derecho a los frutos lo adquiere el donatario por el ministerio de la ley, o como un efecto negocial de la donación, y por lo tanto condicionado a la voluntad de que el donante, al entregar la cosa donada, haya tenido la voluntad de constituir el usufructo o, al menos, la intención de no excluirlo. Aunque recientemente se ha sostenido este último partido<sup>34</sup>, nos parece que los textos apoyan más la idea de que estamos frente a un efecto imperativo que la ley conecta al supuesto de hecho de la entrega, y no a una tradición limitada al derecho real de usufructo.

En todo caso, sea este un propio derecho legal o voluntario de usufructo o un derecho de goce sobre la cosa que impide la restitución de los frutos, lo cierto es que el cónyuge donante no adquiere ni el dominio ni la posesión de las cosas donadas, por lo que no estará habilitado para adquirir por prescripción, ni siquiera extraordinaria<sup>35</sup>.

Se presenta el problema de qué sucede si los cónyuges están casados en sociedad conyugal y se entrega en vida un bien donado. Al parecer, será necesario distinguir si se trata de cosa mueble o inmueble. En el último caso, el usufructo ingresará al haber propio del cónyuge donatario (si es la mujer, pasará a estar administrado por el mismo marido donante); si se trata de cosa mueble, el goce ingresará al haber social relativo, debiendo la sociedad el valor del usufructo como recompensa (arts. 1725 y 1726).

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *Instituciones de Derecho sucesorio*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1994, t. II, p. 206.

<sup>35</sup> En caso de tratarse de donación de cosa ajena, tampoco podrá admitirse la prescripción adquisitiva por parte del donatario, pues la posesión de la cosa corresponderá hasta su muerte al cónyuge donante. Pero resulta claro que una vez fallecido el donante, el donatario, junto con adquirir la posesión, podrá añadir a la suya la del cónyuge donante en cuanto antecesor (art. 717 y 2500).

## 5. CAPACIDAD EN LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES

Debemos analizar por separado la situación del cónyuge donante de la del donatario, pues tienen una disciplina jurídica diferente, ya que diversa es la capacidad de donar y la de recibir donaciones.

El cónyuge donante debe reunir una doble capacidad: debe ser capaz de testar y debe ser capaz de otorgar donaciones entre vivos: "son nulas las donaciones revocables de personas que no pueden testar o donar entre vivos" (art. 1138.1). Pero al observar las reglas que regulan la capacidad para testar (art. 1005) y para donar (art. 1388), podemos ver que esta última, por ser más amplia, absorbe a la primera. En efecto, para donar se necesita plena capacidad de ejercicio (el art. 1388 señala que son inhábiles para donar los que no tienen la libre administración de sus bienes), de manera que toda persona hábil para otorgar donaciones lo es también para otorgar testamento.

A este respecto se suscitan dudas sobre los cónyuges casados en sociedad conyugal. La capacidad del marido para donar bienes propios suyos en favor de su mujer es indiscutible; pero qué sucede si se trata de bienes sociales: ¿es lícito al marido donar a la mujer bienes sociales? La respuesta debe ser afirmativa, puesto que se le permite realizar asignaciones testamentarias en su favor en relación con tales bienes (art. 1743). Pero no queda claro cuáles son las formalidades que deben cumplirse: cabría la posibilidad de estimar aplicable la norma del inciso 4º del art. 1749 que prohíbe al marido, salvo tratándose de donaciones de poca monta, disponer entre vivos a título gratuito de los bienes sociales sin la autorización de la mujer, la que puede ser suplida por el juez (art. 1749.8). En tal caso, la donación entre cónyuges, a pesar de ser un acto unilateral, necesitaría para su validez la expresión de esta voluntad autorizante<sup>36</sup>.

Si es la mujer quien pretende donar al marido, la norma del art. 1388 se alza para considerar nula la donación, ya que la mujer casada, si bien, capaz desde la reforma de la Ley 18.802, sigue siendo una persona "que no tiene la libre administración de sus bienes", en tanto que sus bienes propios son administrados por el marido (art. 1749). En el régimen legal del matrimonio parece, en consecuencia, que la mujer no estaría habilitada para donar sus bienes propios ni siquiera a su mismo marido (cfr. art. 1754.4). Pero este obstáculo podría quedar superado si se estima que la mujer podría proceder a través de su marido, y prestando su consentimiento en la forma prescrita para la enajenación de sus bienes según sean raíces o muebles (arts. 1754 y 1755)<sup>37</sup>. En todo caso, esto en-

<sup>36</sup> Sostenemos que actualmente la mujer puede aceptar por sí sola. La Ley N° 18.802 suprimió el derecho del marido para representar o autorizar a la mujer para aceptar asignaciones hereditarias (art. 1225). La supresión alcanza a la aceptación de donaciones que se rige por reglas idénticas (art. 1411.3).

Pero debe tenerse en cuenta que en la reforma del régimen de filiación, Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, se modifica el art. 1225 para restablecer la norma de que es el marido quien acepta o repudia las asignaciones deferidas, aunque con la autorización de la mujer.

De esta forma, recobrará vigencia el supuesto de autocontratación que señalaba la doctrina respecto del marido que hacía una donación revocable a su cónyuge y la acepta como administrador legal de los bienes de esta. Cfr. ALESSANDRI, A., "La autocontratación o el acto jurídico consigo mismo", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXVIII, sec. Derecho, N° 56, p. 43; TOMASSELLO HART, Leslie, *La contratación. Contratación tipo, de adhesión y dirigida, autocontratación y subcontratación*, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 119.

<sup>37</sup> En el art. 1754 se permite que el consentimiento se preste a través de un mandato especial, pero la donación hecha por mandato no parece conciliable con el carácter de disposición *mortis causa* de la donación revocable, ya que el testamento no admite la representación (art. 1004).

tendido que la mujer conservará la facultad de revocar tal donación libremente y sin la necesidad de actuar a través del marido.

Si se trata de bienes sociales, no parece posible que la mujer otorgue una donación de ellos a su marido por medio de un acto entre vivos. Nada obsta a que se haga mediante forma testamentaria, ya que el art. 1775 se pone en el caso de que los gananciales hayan sido objeto de asignaciones testamentarias de un cónyuge en beneficio del otro.

Respecto de los bienes que la mujer casada en sociedad conyugal administra con independencia del marido, como separada parcialmente de bienes, no existen problemas para admitir la capacidad de la mujer para otorgar donaciones en favor de su marido.

Tal vez sea más coherente para simplificar esta situación tan compleja acudir a la tesis de Somarriva quien propone distinguir, para calificar la capacidad del donante, según la forma asumida por la donación revocable: si se hace mediante testamento, bastaría la capacidad para testar; sólo si se otorga con las solemnidades de las donaciones entre vivos habría que aplicar las normas sobre capacidad para donar<sup>38</sup>. La aplicación de las restricciones propias de la administración de la sociedad conyugal se aplicarían en consecuencia únicamente a las donaciones otorgadas bajo la forma de las entre vivos.

La capacidad del donante, en todo caso, se fija al momento de otorgarse la donación, por lo que una incapacidad sobrevenida no anularía su otorgamiento (cfr. art. 1006).

Que quede claro, no obstante, que una vez realizada válidamente la donación en la forma de acto entre vivos, ella no pierde el carácter de revocable o por causa de muerte, de manera que sus efectos se van a reglar conforme con el art. 1743, o sea, si la especie donada por el marido a su mujer o viceversa pertenece, no a sus bienes propios, sino a la sociedad, el asignatario (donatario) podrá perseguirla sobre la sucesión del testador (donante) siempre que la especie, en la división de los gananciales, se haya adjudicado a los herederos del testador (donante); en caso contrario sólo tendrá derecho para perseguir el precio sobre la sucesión del testador (donante).

Resta por examinar la capacidad del cónyuge donatario para recibir donaciones. Nuevamente el art. 1138 exige una doble capacidad: para recibir asignaciones testamentarias y para recibir donaciones entre vivos (art. 1138.1). Aquí las normas de la donación se remiten a la incapacidad para suceder (arts. 1389, 1390 y 1391), salvo el caso de donación hecha al curador del donante (art. 1392). Las incapacidades en principio aplicables son, pues, la específica del art. 1392 y las incapacidades e indignidades para suceder contempladas en los arts. 962 y siguientes. De ellas, sólo pocas parecen pertinentes a las donaciones entre cónyuges: la más clara es la que declara nula la donación hecha por el donante a su cónyuge que habiendo sido curador suyo no ha exhibido las cuentas de la curaduría o pagado el saldo que hubiere en su contra (art. 1392). Las indignidades previstas en los arts. 968 y siguientes no parecen aplicables a la situación analizada, pues se ponen en el supuesto de la muerte ya acaecida

<sup>38</sup> SOMARRIVA, Manuel, *Derecho sucesorio*, 3ª edic., versión de R. Abeliuk, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1981, N° 395, pp. 231-232. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ, P., ob. cit., t. II, pp. 203 y ss.

del testador, lo que no puede darse en el momento en que se otorga la donación<sup>39</sup>.

La capacidad del cónyuge donatario debe existir al tiempo de la donación de acuerdo a las normas citadas. Sin embargo, para que la donación produzca sus efectos es necesario además que el donatario sea capaz y digno de suceder al donante al momento en que se confirme la donación, esto es, a la época de su fallecimiento. De manera general, establece el art. 1144 que las donaciones revocables se confirman por el mero hecho de morir el donatario sin haberlas revocado y sin que haya sobrevenido en el donatario alguna causa de incapacidad o indignidad bastante para invalidar una herencia o legado. Habrá, pues, que aplicar los arts. 962 y siguientes en el momento de la muerte del donante para calificar la capacidad del cónyuge donatario para hacer definitivamente suyo lo donado por el otro cónyuge. Por ello la premuerte del cónyuge donatario produce la caducidad de la donación (art. 1143)<sup>40</sup>.

#### 6. EXTENSION DE LA PROHIBICION DE DONACION IRREVOCABLE ENTRE CONYUGES

Para determinar el ámbito de la prohibición debemos indagar sobre sus dos elementos: vínculo conyugal y existencia de un negocio jurídico calificable de donación.

Si entre donante y donatario no existe matrimonio, las donaciones entre vivos no están prohibidas. De esta manera, los esposos que aún no han contraído matrimonio pueden donarse en forma irrevocable. Estas donaciones, conjuntamente con las que un tercero realiza a los cónyuges antes o después del matrimonio, tienen una disciplina especial en el Código; son las llamadas donaciones por causa de matrimonio (arts. 1786 y ss.).

Del mismo modo, no quedan afectados por la prohibición los integrantes de uniones de hecho no formalizadas por el matrimonio: los concubinos pueden donarse irrevocablemente, sin perjuicio de que su donación pueda devenir en nula si adolecen de objeto o causa ilícita, por ser contrarias a la moral o a las buenas costumbres.

El supuesto más problemático en esta materia, es la del matrimonio declarado nulo. En Roma, si el matrimonio es nulo, la donación es válida, pues se la considera hecha entre extraños<sup>41</sup>. La cuestión se vuelve dudosa si consideramos la mitigación de la retroactividad de la nulidad matrimonial por obra del matrimonio putativo. En Italia, algunos autores han sostenido que la donación entre presuntos cónyuges no se válida por la declaración de nulidad, si el matrimonio es putativo. Según otra opinión, a la que adhiere Torrente, la institución del

<sup>39</sup> Tampoco parece aplicable la incapacidad especial prevista en el art. 964 respecto del condenado por crimen de dañado ayuntamiento; en efecto, si como lo entiende nuestra doctrina la incapacidad se aplica hoy sólo al delito de incesto, no es concebible que haya luego matrimonio válido entre los condenados que permita el supuesto de "donación entre cónyuges".

<sup>40</sup> En Francia, se señala que la capacidad de las partes ha de apreciarse en el día de la donación. Sólo respecto de la donación de bienes futuros entre cónyuges, la premoriencia del donatario determina la caducidad de la donación (JOSSERAND, L., ob. cit., t. III, v. III, N° 1820 bis, p. 371).

<sup>41</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 13, p. 668. Pero agrega que respecto a algunas prohibiciones de carácter legislativo se dispone que el donatario no adquiera indignidad ni pena por la transgresión.

matrimonio putativo pretende conservar los efectos favorables del matrimonio a los cónyuges de buena fe, y aquí en cambio mantendría una limitación a la autonomía de su voluntad, lo que lleva a concluir que la nulidad de la donación irrevocable queda fuera de los términos de la derogación del principio general de la retroactividad de la nulidad<sup>42</sup>.

En nuestro Derecho, pensamos que debe distinguirse si los cónyuges quisieron realizar una donación *mortis causa* o una donación entre vivos. Si es lo primero, el matrimonio putativo determinará que la donación sea válida aunque haya sido hecha con las formalidades simplificadas acordadas para los cónyuges. Si han querido realizar una donación entre vivos, parece aceptable lo sostenido por Torrente, aunque también pudiera pensarse en la aplicación por analogía de la norma que el art. 122 da para las donaciones por causa de matrimonio, esto es, que se mantienen sólo en favor del cónyuge de buena fe; así, el cónyuge de buena fe conservaría la facultad revocar la donación, y no la tendría, en cambio, el de mala fe.

Si observamos el otro elemento de la regla: que se trate de una donación, también debemos hacer algunas precisiones. En primer lugar, es necesario excluir todos aquellos actos que siendo gratuitos no constituyen donaciones (cfr. arts. 1394, 1395, 1396 y 1397 y 1398).

Pero discutible es si debe aplicarse la prohibición a la llamada donación indirecta, esto es, a la que se da cuando las partes por medio de un hecho o de un negocio jurídico (real, no simulado) realizan una liberalidad sin contraprestación utilizando ese hecho o negocio para un resultado distinto del típico (por ejemplo, renuncia abdicativa de un derecho, negocio mixto con donación, etc.). La doctrina italiana, haciendo ver que el art. 781 del Código Civil veda en general "las liberalidades" entre cónyuges, concluye que la norma se aplica también a las donaciones indirectas<sup>43</sup>. En Francia se sostiene que la revocabilidad de las donaciones entre cónyuges es aplicable a las donaciones indirectas<sup>44</sup>. Igual solución debe aplicarse en nuestro sistema, en especial respecto de aquellas liberalidades que el Código Civil sujeta expresamente a las reglas de la donación, como por ejemplo la remisión unilateral de deudas (arts. 1653 y 403) y la constitución gratuita de una renta vitalicia (art. 2278).

Más dudosa es la cuestión de si se comprenden las denominadas liberalidades de uso, esto es, aquellas que se hacen siguiendo la costumbre o los usos sociales (ej. regalos de cumpleaños, de aniversario de bodas, etc.). El derecho romano excluía expresamente las donaciones de módico valor y los regalos periódicos o para que la mujer *honestius se tueretur*<sup>45</sup>. El Proyecto de García Goyena disponía otro tanto<sup>46</sup>. El Código Civil italiano dejó también fuera de la prohibición "las liberalidades de uso" (art. 781). La jurisprudencia francesa, por su parte, ha señalado que los presentes de uso son irrevocables<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> TORRENTE, A., ob. cit., N° 160, p. 387.

<sup>43</sup> TORRENTE, A., ob. cit., N° 25, p. 64.

<sup>44</sup> TERRE, François y LEQUETTE, Yves, *Droit Civil. Les successions. Les libéralités*, 2ª edic., Dalloz, Paris, 1988, N° 543, p. 530.

<sup>45</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 15, p. 677.

<sup>46</sup> El artículo 1259.2 de su Proyecto disponía que la nulidad de las donaciones entre cónyuges no se extendía a "los regalos módicos que los cónyuges acostumbran a hacerse en ocasiones de regocijo para la familia".

<sup>47</sup> Así se ha resuelto para el caso de un marido, de rentas considerables, que regaló a su mujer un automóvil con motivo de su cumpleaños (Civ. 1°, 15 oct. 1963, Bull. civ. I, N° 433).

Los términos de los arts. 1000, 1137 y 1138 al hablar simplemente de “donaciones” parecen cerrar la puerta a una solución como la expuesta. Pero tal vez una interpretación contextual pueda llegar a excluir las liberalidades de uso si se estima que no son propiamente donaciones, criterio que no resulta ajeno al sistema de nuestro Código. En efecto, los arts. 1188.2 y 1198.3 excluyen de las normas dadas para la colación e imputación de donaciones, “los regalos moderados autorizados por la costumbre en ciertos días y casos”, los “dones manuales de poco valor”, “los presentes hechos a un descendiente con ocasión de su matrimonio” y los “regalos de costumbre”. El nuevo art. 1792-15 introducido por la Ley N° 19.335, de 1994, dispone que no se acumulan imaginariamente al patrimonio final del cónyuge donante aquellas donaciones que correspondan “al cumplimiento proporcionado de deberes morales o de usos sociales...”.

Como dice García Goyena, “habría grosería y hasta barbarie en prohibir a los esposos estas inocentes finezas y muestras de cariño”<sup>48</sup>.

#### 7. LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES A TÍTULO DE MEJORA

Como es sabido, la Ley 18.802, de 9 de junio de 1989, modificó el art. 1184 permitiendo al cónyuge ser asignatario de la cuarta de mejoras, lo que no preveía la regulación original del Código Civil. Ello ha abierto la posibilidad de que existan donaciones entre cónyuges a título de mejora, que deberán someterse a las normas sobre colación e imputación dispuestas para las demás donaciones de esta especie.

Para que la donación entre cónyuges sea a título de mejora será necesario que aparezca en el acto la intención de mejorar del cónyuge donante. La doctrina nacional ha puesto de relieve que “la voluntad del causante de favorecer en especial a un asignatario de mejora con la porción de la herencia que la ley le asigna para ese objeto, debe aparecer claramente del acto dispositivo”<sup>49</sup>. Pero no son necesarios términos sacramentales, basta que aparezca de algún modo que la donación ha sido a título de mejora (art. 1198.1).

Las donaciones hechas al cónyuge a título de mejora deben colacionarse para formar el primer acervo imaginario, de acuerdo con el art. 1185, y esta acumulación aprovecha al mismo cónyuge que tiene derecho a porción conyugal y concurre con descendientes legítimos (art. 1199). La acumulación se refiere al valor de las cosas entregadas pero no a sus frutos (art. 1205), norma que se corresponde con el derecho de usufructo de que goza el cónyuge donatario. Recuérdese que la porción conyugal es compatible con las donaciones y asignaciones testamentarias que el cónyuge sobreviviente haya de percibir en la sucesión del difunto (art. 1176.3).

La donación a título de mejora se sujeta a la condición resolutoria de mantener el donatario la calidad de cónyuge, de manera que “se resolverá la donación revocable que se hiciera a título de mejora a una persona que se creía cónyuge y no lo era” (art. 1201.3). De nuevo puede plantearse la cuestión del matrimonio

<sup>48</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, t. III, p. 275.

<sup>49</sup> DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón, *Derecho sucesorio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, N° 946, p. 325.

nulo: si el donatario a la época de la donación estaba de buena fe, ¿podrá beneficiarse de los efectos del matrimonio putativo para estimar subsistente la donación a título de mejora? La respuesta debiera ser afirmativa si se admite que la porción conyugal se forme incluso en caso de matrimonio nulo pero putativo.

La norma agrega algo que resultaba innecesario: dice que se resolverá la donación también si el cónyuge "ha llegado a faltar por incapacidad, indignidad o repudiación" (art. 1201.3). En verdad, si el donatario es incapaz o indigno de suceder, la donación no puede producir efectos, pero no por ser a título de mejora, sino por tratarse de donación revocable, según ya vimos.

Cuando entre en vigor la Ley N° 19.585, de 26 de octubre de 1998, lo que ocurrirá al año de su publicación, desaparecerá la porción conyugal, y el cónyuge adquirirá la calidad de legitimario. En tal condición, las donaciones podrán imputarse a su legítima o a su mejora. En principio, se entenderá que deben imputarse a su legítima, a menos que aparezca que la donación fue otorgada a título de mejora. Se aplicará íntegramente la regla que hoy rige para los legitimarios, esto es, el art. 1198.

#### 8. LA REVOCACION DE LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES

Se trata de donaciones por causa de muerte que son esencialmente revocables. La renuncia de la facultad de revocarlas adolece de nulidad, aunque se exprese en el mismo acto de donación (cfr. art. 1001). Al igual que para el testamento, las condiciones que se hayan fijado en una donación para revocarla con posterioridad (fijación de palabras o señales) se miran como no escritas (art. 1001).

La revocación procede por la sola voluntad del donante: son revocables a su arbitrio (art. 1136.1). No es necesario expresar causa o justificar motivo. Por ello tampoco cabría invocar responsabilidad por el daño causado por una supuesta revocación caprichosa o abusiva. Estaríamos en presencia de un derecho de los denominados absolutos, cuyo ejercicio no puede considerarse ilegítimo o abusivo<sup>50</sup>.

Se trata además de una facultad estrictamente personal, que no parece aceptar la delegación o la representación. Tampoco se admitiría una acción subrogatoria de los acreedores del donante<sup>51</sup>. Muerto el donante se produce la extinción de la facultad, no siendo transmisible a sus herederos (art. 1144).

La revocación puede hacerse en forma expresa o tácita de la misma manera que la revocación de las herencias o legados (art. 1145). La revocación expresa deberá efectuarse de acuerdo con alguna de las formas establecidas para otorgar la donación (testamento, escritura pública o privada). La revocación tácita puede ser entendida como todo hecho o acto del donante que revele inequívocamente la voluntad de revocar<sup>52</sup>. Sin embargo, debe restringirse este concepto con la frase

<sup>50</sup> FUEYO, Fernando, *Instituciones de Derecho Civil moderno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1990, p. 297, menciona como derecho absoluto o de ejercicio discrecional la facultad de revocar un testamento. Lo mismo señalan DOMÍNGUEZ B., R. y DOMÍNGUEZ A., R., ob. cit., t. I, N° 641, p. 489.

<sup>51</sup> TERRE, F. y LEQUETTE, Y., ob. cit., N° 544, p. 532.

<sup>52</sup> Así se la entiende en Francia, aceptándose supuestos como el de una carta dirigida a un notario preguntando cómo podría el remitente hacer para que el donatario no recibiera nada de su sucesión (TERRE, F. y LEQUETTE, Y., N° 544, p. 532).

del artículo 1145 que ordena aplicar las normas dadas respecto de las herencias o legados. Podemos concluir, entonces, que las donaciones a título universal, que son asimiladas a los testamentos, pueden modificarse tácitamente pero sólo por otro testamento o donación universal posterior que, aunque no declare expresamente que revoca la anterior, contenga disposiciones contradictorias o incompatibles con esta (art. 1215).

Respecto de las donaciones a título singular, la revocación tácita puede ampliarse a supuestos especialmente previstos respecto de los legados: destrucción o enajenación de la cosa donada (art. 1135.1 y 2); alteración sustancial de la cosa mueble donada (art. 1135.4); edificación en el solar donado (art. 1119.3); reclamación o aceptación de pago de la deuda condonada (art. 1129), recepción de pago del crédito donado (art. 1127).

Puede suscitarse la pregunta de si la revocación de la mujer casada en sociedad conyugal, cuando se trata de bienes propios administrados por el marido y donados por acto entre vivos, debería hacerse siempre a través de la voluntad de este, por disposición del art. 1754 CC. Es obvio que esta conclusión resulta absurda; si puede llegar a admitirse que la mujer, a través de la actuación del mismo marido en cuanto administrador legal, puede consentir en donar bienes propios a su cónyuge, es bajo la condición de que ella pueda libremente revocar la donación efectuada. De lo contrario, se daría el absurdo de que la revocación quedaría a la discreción del mismo donatario, en cuanto administrador de los bienes propios de la mujer donante, lo que pugna con el espíritu de la ley. Prima aquí la disposición del art. 1136 según el cual en la donación revocable el donante puede revocar "a su arbitrio".

#### 9. LA CUESTION DEL FUNDAMENTO:

##### ¿DEBE PROHIBIRSE A LOS CONYUGES DONARSE ENTRE SI?

Las razones en las que se fundamenta la prohibición de donaciones irrevocables entre cónyuges se remontan al Derecho romano. Allí se explicaba la regla acudiendo a varios criterios, a saber:

- Se dice que la prohibición fue establecida *ne mutuo amore invicem spoliarentur* (para que por su mutuo amor no se despojen recíprocamente) (Ulpiano), es decir, que se quiere evitar que uno de los cónyuges se aproveche del cariño del otro para expoliarlo de sus bienes.
- También se justifica *ne cesset eis studium liberos potius educendi*; se piensa que la donación irrevocable apartaría a los cónyuges de la educación de sus hijos o incluso de la procreación.
- Se añade que se quiere evitar que *discuterentur matrimonia si non donaret is qui posset*, es decir, se quiere impedir que la negativa a donar el que tiene bienes sea el motivo de discusiones y rupturas matrimoniales.
- Finalmente, se establece que las donaciones atentaría contra la pureza y honestidad del amor conyugal: *amorem honestum solis animis aestimantes*; hay que evitar la apariencia de que la concordia entre los cónyuges ha sido la obra de un abundante regalo, que permitiría hablar de una especie de "compra del afecto" (Cfr. D. 24.1. 1, 2 y 3)<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> El primer texto atribuido a ULPIANO, dispone: "*moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, in mutuato amore invicem*

Tales motivos son repetidos por las leyes españolas (P. 4.11.4). GARCIA GOYENA sostendrá de manera enfática que “estos mismos motivos hacen hoy y harán siempre necesaria la prohibición”<sup>54</sup>.

En el derecho consuetudinario francés se agrega una nueva razón: la sospecha de que, de permitirse las donaciones entre cónyuges, estas se utilizarían para traspasar patrimonios de una familia a otra: “Se ha considerado –dice un antiguo comentador de las costumbres francesas– que el estado no puede mantenerse más que por este medio; de otra manera, los unidos en matrimonio que no tuvieran descendencia se donarían todos sus bienes el uno al otro, y harían pasar sucesiones opulentas a familias extrañas”<sup>55</sup>.

Ya en la época de la codificación la fundamentación sustancial se hace residir en la necesidad de proteger la libre voluntad del cónyuge, contra los arrebatos de la pasión y el afecto. Los redactores del Código Civil francés declaran revocables las donaciones para que ninguno de los cónyuges pueda decir que hizo la donación para comprar la paz o por un afecto desproporcionado<sup>56</sup>.

Más de un siglo después los redactores del Código Civil italiano de 1942 volverán a fundar la prohibición en el hecho de que el traspaso de bienes de un cónyuge a otro mediante donación puede “turbar el régimen de sus relaciones, que debe basarse sobre el recíproco afecto y no sobre egoístas cálculos utilitarios”<sup>57</sup>.

Pero la regla no ha estado libre de contradictores y las voces que se levantan en su contra tienden a incrementarse en los tiempos modernos. Ya en el antiguo derecho francés, FERRIERE señalaba que parecía muy riguroso prohibir “a los maridos y a las mujeres todos los medios de ejercitar la remuneración y la gratitud de uno hacia al otro”<sup>58</sup>. JOSSERAND justifica que la prohibición del Código francés no fuera absoluta aduciendo que las explicaciones antiguas ha-

*spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate*” (“Está admitido entre nosotros por la costumbre que no sean válidas las donaciones entre marido y mujer. Pero se admitió esto, para que recíprocamente no se despojasen por su mutuo amor, no moderándose en las donaciones, sino haciéndolas respecto de sí con dispendiosa facilidad”) (D. 24.1.1).

El texto atribuido a Paulo, señala: “*nec esset iis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia*” (y no teniendo preferentemente empeño en educar a los hijos. Sexto Cecilio añadía también otra causa, porque sucedería muchas veces, que se disolverían los matrimonios, si no donase el que pudiera, y por tal motivo acontecería, que los matrimonios serían venales”) (D. 24.1.2).

En un nuevo texto de Ulpiano, este cita la Oración de Antonino Augusto donde se señalaba: “*Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur, neve melior in paupertatem incideret, deterior dictior fieret*” (Nuestros mayores prohibieron las donaciones entre marido y mujer, considerando el amor honesto en solas las almas, y mirando también por la fama de los que se unieron, para que no pareciese que por precio se conciliaba la concordia, o para que el mejor no viniese a pobreza, y el peor se hiciese rico”. (D. 24.1.3 pr.)

<sup>54</sup> GARCÍA GOYENA, F., ob. cit., t. III, p. 274.

<sup>55</sup> FERRIERE, sobre el art. 282 de la Coutume de Paris, glose I, N° 6, citado por LAURENT, F., ob. cit., t. XV, N° 313, p. 318.

<sup>56</sup> BIGOT-PREAMENEU, Exposé des motifs N° 88, en LOCRE, t. V, p. 338, citado por LAURENT, F., ob. cit., t. XV, N° 313, p. 318.

<sup>57</sup> Relazione del Ministro Guardasigilli, N° 375, citado por TORRENTE, A., ob. cit., N° 160, p. 386.

<sup>58</sup> FERRIERE, loc. cit.

bían perdido y siguen perdiendo cada vez más su valor: “por una parte, los abusos de influencia entre esposos son menos de temer que antiguamente... por otra parte, el dogma de la conservación de los bienes en la familia ha dejado de serlo”<sup>59</sup>.

La doctrina italiana, por su parte, ha fustigado duramente la norma del art. 781 del Código Civil. Biondi señala que el rigor de la norma que hace que se llegue a dudar sobre la aceptación de los dones manuales admitidos durante dos mil años, es de un rigor que “parece francamente excesivo tanto más cuanto que no ha invocado para él ninguna razón precisa, ni se puede invocar para justificar una prohibición entendida de manera tan implacable y las que encontramos en las fuentes romanas no tienen valor”<sup>60</sup>. Torrente señala que “probablemente sólo la fuerza de la tradición, por otro lado no acogida por la conciencia social... ha influido en la reafirmación de la prohibición”<sup>61</sup>.

Tanto en Francia como en Italia se agrega, además, para impugnar la regla la inconsecuencia que resulta del hecho de que los concubinos resulten más favorecidos al no quedar afectados por la prohibición<sup>62</sup>.

La embestida doctrinal contra la prohibición de donaciones entre cónyuges ha visto triunfos. El más resonante es el conseguido en Italia, al declarar la Corte Constitucional, por sentencia de 27 de junio de 1973, la ilegitimidad por inconstitucionalidad de la norma del art. 781 del Código Civil. La Corte, haciendo un admirable desarrollo histórico de la institución y acogiendo las voces de los autores que impugnaban la regla, desconoce que ella se sustente en algún fundamento razonable, tras lo cual concluye que “la prohibición absoluta de las donaciones entre cónyuges representa en nuestra época una mera reliquia histórica”. Una vez neutralizados los pretendidos fundamentos de la norma, la Corte no encuentra dificultades para decidir que el art. 781 del Código Civil contradice el principio de igualdad ante la ley sancionado por el art. 3 de la Constitución<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> JOSSE RAND, L., ob. cit., t. III, v. III, N° 1808, p. 361.

<sup>60</sup> BIONDI, B., ob. cit., N° 17, p. 684.

<sup>61</sup> TORRENTE, A., ob. cit., N° 160, p. 386.

<sup>62</sup> TERRE, F. y Lequette, Y., N° 542, p. 528.

<sup>63</sup> Dice la interesante sentencia: “La norma denunciada viola en efecto el principio de igualdad entre los ciudadanos en cuanto establece que la condición de casado con una determinada persona constituye un elemento discriminante respecto de la capacidad del no casado o del casado con otra persona, de donar y correlativamente de recibir por donación. La disposición que limita la capacidad contractual de los ciudadanos casados en sus recíprocas relaciones, reduciendo la libertad de su iniciativa económica garantizada por el art. 41 de la Constitución, no encuentra ninguna razonable justificación en motivos que digan relación con la utilidad social o la seguridad, la libertad y la dignidad humana o que puedan identificarse con los principios y valores tutelados por la Constitución o que esta se propone realizar... Es claro ... que la prohibición constituye una evidente desigualdad jurídica de quienes están unidos en matrimonio legítimo no sólo respecto de la generalidad de los ciudadanos, reduciendo, como se ha dicho, su libertad económica, sino también respecto a otros casos de uniones y de convivencias, como el matrimonio putativo, el matrimonio sucesivamente anulado, la convivencia *more uxorio* de la cual habla el art. 269 del Código Civil, el concubinato y otras. Desigualdad tanto más injustificada en cuanto los mismos peligros que se afirma querer impedir mediante la prohibición de donar impuesta a los cónyuges legítimos, pueden incumbir con bastante mayor frecuencia y con consecuencias bastante más graves sobre las personas que se encuentran en los casos arriba mencionados y para los cuales la prohibición no es conminada” (C. Cost., s. 27 de junio de 1973, N° 91, en Foro Italiano, 1973, col. 2014, con nota de Arturo Carlo JEMOLO, quien aprueba la sentencia en cuanto a declarar la inutilidad actual de la norma, pero que expresa dudas sobre la forma de juzgar la inconstitucionalidad del precepto).

En España, la reforma del Código Civil efectuada en materia de familia en 1981 derogó la prohibición de donar, y estatuyó como norma general que “el marido y la mujer podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos” (art. 1323 del Código Civil). La disposición es lo bastante amplia como para llevar a la actual doctrina a sostener que se incluye en ella la donación, aun cuando pueda discutirse su carácter contractual<sup>64</sup>.

Algunas de las justificaciones tradicionales son invocadas por nuestros autores. Somarriva dice que la prohibición persigue resguardar los intereses de la mujer, “pues con el ascendiente que tenía y en algunos casos sigue teniendo el marido sobre la mujer, y que era considerable a la época de la dictación del Código, era muy fácil que el marido indujera a la mujer a hacerle donaciones irrevocables”<sup>65</sup>. No obstante, el motivo más invocado en apoyo de la regla es diverso: se cree que se trata con ella de impedir los fraudes en contra de terceros. Claro Solar escribe que la prohibición está establecida “para evitar que los cónyuges puedan abusar con perjuicio de terceros”, lo que también es apuntado por Somarriva<sup>66</sup>. Resulta claro que la norma del art. 1739.3 ha tenido fuerte incidencia para abonar esta perspectiva de análisis.

A nuestro entender, la razón basada en la protección de la libertad de los cónyuges no puede menospreciarse con una mera remisión a la evolución de las costumbres y a la autonomía lograda por la mujer en la sociedad contemporánea. Pensamos que la comunidad de vida y de afectos que implica el matrimonio puede arrebatar decisiones de las que quizá luego los cónyuges se arrepientan, de lo cual la experiencia cotidiana puede proporcionar abundantes ejemplos. Y esto no creemos que deba referirse sólo o más preferentemente a la mujer; ambos cónyuges puedan estar sujetos a la presión del afecto hacia el otro, dependiendo de su personalidad y las circunstancias de la relación. Parece saludable, pues, que la ley proteja esa libertad, no prohibiéndoles hacer donaciones al otro cónyuge, sino permitiendo su revocación mientras viva el donante<sup>67</sup>.

Es verdad que la misma situación puede presentarse entre concubinos, pero no es menos cierto que la intensidad de la relación no puede ser valorada de manera anticipada y apriorística por el legislador como en el caso del matrimonio. Quedará, pues, a la prudencia del juez en cada caso determinar si hubo algún vicio o defecto en el consentimiento del donante. Por otro lado, cabe observar que no es tan efectivo que los concubinos estén en mejor situación que los cónyuges para hacerse donaciones pues en países como Francia se sigue considerando que muchas de estas donaciones son nulas por ir contra las buenas costumbres<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis; SANCHO REBULLIDA, Francisco y otros, *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de familia*, v. I, 3ª edic. reimp. actualizada, Bosch, Barcelona, 1990, N° 134, p. 280.

<sup>65</sup> SOMARRIVA, M., ob. cit., N° 394, p. 231.

<sup>66</sup> CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Nascimento, Santiago, 1942, t. XV, t. XV, N° 1156, p. 125. Lo mismo enseña SOMARRIVA, M., ob. cit., N° 394, p. 231.

<sup>67</sup> Como señala RODRÍGUEZ, P., ob. cit., t. II, p. 202, “las obligaciones y deberes de los cónyuges, su intimidad, sus intereses comunes y los derechos de terceros, explican estas normas especiales en relación a las donaciones que se hacen los cónyuges durante el matrimonio”.

<sup>68</sup> Cfr. CORRAL TALCIANI, H., “Concepto y reconocimiento legal de la familia de hecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 17 (1), 1990, pp. 77-78.

Nos parece que es esta la fundamentación que explicaría la solución legislativa y que haría improcedente un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, fundado en nuestro art. 19.2° de la Constitución, al contrario de la experiencia italiana. Habría una discriminación pero que no puede considerarse arbitraria, sino que justificada y razonable.

La opinión que ve la explicación de la prohibición en la necesidad de precaver el fraude a los terceros acreedores, se debilita si se considera que ello difícilmente sucederá si los cónyuges están separados de bienes. La norma del art. 1739.3 se aplica sólo para los casos de sociedad conyugal. De allí que esta razón puede concurrir con la que acabamos de exponer pero no parece tener autonomía suficiente como para justificar por sí sola la norma.

No obstante, si se pensara equivocado lo que sostenemos, tal vez debiera poderse llegar a una solución intermedia. Admitir las donaciones irrevocables entre cónyuges totalmente separados de bienes, y mantener la situación actual sobre los casados en sociedad conyugal<sup>69</sup>.

En todo caso, se trata de un problema que debiera discutirse en un marco más amplio, cual es el de los regímenes económicos matrimoniales y en particular el de la ya clásica cuestión de la contratación entre cónyuges<sup>70</sup>. Un estudio global de estas materias posibilitará un análisis más equilibrado sobre la mantención de la antigua regla de derecho que no por capricho ha logrado sobrevivir tanto tiempo. Es posible, pues, que reformulada y perfeccionada pueda llegar en nuestro sistema de derecho privado a conocer los albores del siglo XXI.

<sup>69</sup> No parece que pueda propiciarse la solución propuesta por el 75° Congreso de los Notarios de Francia (1978), en el sentido de hacer irrevocables las donaciones entre cónyuges sobre bienes presentes, y mantener la revocabilidad respecto de las donaciones sobre bienes futuros (TERRE, F. y LEQUETTE, Y., ob. cit., N° 542, p. 529), por cuanto subsistiría el peligro de legitimar disposiciones de bienes en fraude de los acreedores.

<sup>70</sup> El proyecto de reforma del Código Civil respecto del régimen económico del matrimonio de 1970 asumía el problema generalizando la prohibición a todos los contratos, salvo los de mandato, fianza y trabajo (art. 136). Cfr. TOMASSELLO HART, Leslie, en TOMASSELLO, L. y QUINTANILLA, A., *Reformas al régimen matrimonial y de filiación*, Edeval, Valparaíso, 1981, p. 143, quien critica el proyecto de 1979 por no contener una solución general al problema de la contratación entre cónyuges.