

Oportunidad para realizar la insinuación de la donación y su eficacia respecto del Servicio de Impuestos Internos en el sistema jurídico chileno*

Opportunity to insinuate the donation and its effectiveness with respect to the Internal Revenue Service in the Chilean legal system

ALEX ZÚÑIGA TEJOS**

* Fecha de recepción: 27 de octubre de 2019. Fecha de aceptación: 12 de diciembre de 2019. Para citar el artículo: Zúñiga A y García J. "Oportunidad para realizar la insinuación de la donación y su eficacia respecto del servicio de impuestos internos en el sistema jurídico chileno". En *Revist@ E-Mercatoria*, vol. 18, n.º 2, julio-diciembre, 2019. DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v18n2.01>

** Abogado, Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile, donde obtuvo el premio "Fernando Rozas Vial" (año 2004). Máster Oficial en Derecho de Daños, Universitat de Girona, España (Matrícula de Honor). Posgrado en "Tendencias modernas de la Responsabilidad Civil", Universidad de Castilla-La Mancha, España. Coautor y editor del libro "Estudios de Derecho Privado", publicado por la Editorial Jurídica de Chile (año 2011), así como trabajó en la actualización de la octava edición del libro "Derecho Sucesorio" de Manuel Somarriva Undurraga, publicado por la Editorial Jurídica de Chile (año 2012) y en la sexta edición del "Tratado de Las Obligaciones" (año 2014), de René Abeliuk Manasevich. Redactor de Informes en Derecho (Dictámenes Jurídicos) y de artículos de divulgación científica. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Talca. Facultad de Derecho. Ruta 118 9765. Región del Maule. Chile. Ha impartido docencia de pregrado, postgrado, diplomados y capacitaciones dirigidas a abogados en diversas Facultades de Derecho del país. Contacto: alexzunigatejos@gmail.com.

*** Abogado, Licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Candidato a Doctor en Derecho Tributario, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Profesor de Derecho Tributario de la Universidad Andrés Bello. Facultad de Derecho. Bellavista 0121, Providencia. Región Metropolitana. Chile. Profesor de Derecho Tributario de la Escuela de Derecho de la Universidades del Desarrollo y de Chile. Ejerce libremente la profesión en la asesoría y defensa tributaria. Autor de los siguientes libros: *Reformas Tributarias Ley n.º 19.738*; *Infracciones Tributarias no Constitutivas de Delito*; *Curso*

JAIME CHRISTIAN GARCÍA ESCOBAR***

RESUMEN

El presente artículo tiene por objetivo analizar si es jurídicamente válida la *insinuación* de una donación realizada con posterioridad a la aceptación de ésta. En segundo lugar, se pretende determinar si el Servicio de Impuestos Internos puede, o no, desconocer los efectos de una donación ya aceptada, argumentando que en el momento en que éste interviene todavía no se ha cumplido el trámite de la insinuación.

Palabras clave: Donación, insinuación, eficacia

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze whether the *suggestion* of a donation made after its acceptance is legally valid. Secondly, it is intended to determine whether the Internal Revenue Service may or may not ignore the effects of an already accepted donation, arguing that at the moment in which it intervenes the insinuation process has not yet been completed.

Key words: Donation, insinuation, effectiveness.

INTRODUCCIÓN

El artículo 1443 del Código Civil de Chile define la donación entre vivos como "un acto por el cual una persona transfiere, gratuita e irrevocablemente, una parte de sus bienes a otra persona que la acepta". Por otra parte, el artículo 1.401 del citado cuerpo legal, declara que: "Se entiende por *insinuación* la autorización del juez competente, solicitada por el donante o donatario". De esta forma, la donación requiere del cumplimiento del trámite judicial de la *insinuación*. Esta es una autorización que debe dar el juez para practicar la donación. Diversos objetivos persiguen este trámite, principalmente, asegurar el respeto a las asignaciones forzosas, impidiendo que a través de esta vía indirecta (la donación) se perjudique a los asignatarios titulares de las mismas, así como proteger los derechos de acreedores y terceros interesados que pudieren ser

sobre Delitos e Infracciones Tributarias; Elusión, Planificación y Evasión Tributaria; Prescripción en Materia Tributaria; y, Tribunales Tributarios y Aduaneros. Publicación de artículos en diversas revistas especializadas. Ex Director del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Miembro de las comisiones tributarias de la Cámara Nacional de Comercio y del Colegio de Abogados. Contacto: jaime.garcia@jaimegarcia.cl

burlados a través de estos actos (como revisaremos en el primer capítulo). De ahí que la ley exija la autorización del Juez.

Ahora bien, una de las problemáticas que aborda este artículo, es si la insinuación puede válidamente ser realizada con posterioridad a la aceptación de la donación, o bien, para la validez de la misma debe *necesariamente* insinuarse con anterioridad a la aceptación de la misma.

De otro lado, y como segundo problema a resolver, es que en el evento que la aceptación de la donación sea otorgada con posterioridad a la aceptación de la misma, ¿puede el Servicio de Impuestos Internos (el ente que fiscaliza el cumplimiento tributario en Chile), desconocer los efectos de una donación aceptada, bajo el pretexto del incumplimiento de la insinuación?

En definitiva, el presente trabajo pretende dar respuesta a dos interrogantes, a saber: a) ¿puede efectuarse válida y eficazmente la insinuación de una donación con posterioridad a la aceptación de la misma?; y, b) ¿puede el Servicio de Impuestos Internos desconocer los efectos de una donación ya aceptada, argumentando el no cumplimiento previo de la insinuación?

I. LA INSINUACIÓN Y LA OPORTUNIDAD PARA QUE SEA REALIZADA

Abordaremos la primera pregunta planteada: ¿puede efectuarse válida y eficazmente la insinuación de una donación con posterioridad a la aceptación de la misma? Para ello, comenzaremos con hacer una breve revisión de lo que ha señalado la doctrina y jurisprudencia chilenas, para luego desarrollar los antecedentes históricos y fundamentos de derecho que sustenten nuestra respuesta.

1. POSICIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA OPORTUNIDAD PARA REALIZAR LA INSINUACIÓN

En la doctrina nacional, tanto clásica como contemporánea, existe unanimidad -por parte de los autores que han abordado esta interrogante- en orden a que la insinuación puede ser realizada eficazmente con posterioridad a la aceptación de la donación, por lo que no es necesaria la simultaneidad.

Así se pronuncia el destacado académico chileno Manuel Somarriva Undurraga, en su obra sobre "Derecho Sucesorio": "La insinuación es, entonces, el permiso dado por el juez para hacer la donación, y puede solicitarlo tanto el donante como el donatario. La jurisprudencia ha resuelto que no es necesario que la donación y la insinuación se hagan simultáneamente, pues ésta puede ser posterior a aquella, incluso posterior a la aceptación de la donación"¹.

1 MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, Derecho Sucesorio, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), p. 706.

De igual forma, el jurista René Abeliuk, explica: "Por otra parte, el inciso segundo del artículo 1401 define la insinuación señalando que es la autorización de juez competente, solicitada por el donante o donatario; no siendo necesario "que la donación y la insinuación se hagan simultáneamente", pudiendo ésta "ser posterior a aquella, e incluso posterior a la aceptación de la donación"².

Por su parte, el académico Hernán Corral Talciani, en un informe publicado que aborda la insinuación de las donaciones, expone: "Que la donación vale aunque la insinuación se haga con posterioridad al otorgamiento de la donación (G. 1867, n.º 1337, p. 557), e incluso, después de la aceptación por parte del donatario (G. 1930, n.º 116, p. 467)"³.

Por último, el profesor Juan Andrés Orrego, quien también comenta sobre la oportunidad para que sea realizada, dice: "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 simultáneamente, pudiendo la insinuación ser posterior a la donación, e incluso posterior a la aceptación de la donación"⁴.

Como se puede apreciar, todos los autores nacionales –y que han tratado esta inquietud- están contestes en dos cosas: 1) que no es necesaria la simultaneidad; 2) que la insinuación puede ser incluso posterior a la aceptación de la donación.

Lo anterior, en base a expresos pronunciamientos judiciales que cuentan como el apoyo de los autores nacionales; por consiguiente, podemos decir que dichos fallos han establecido la correcta doctrina.

2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

En efecto, y sin perjuicio de explayarnos sobre los considerandos que citaremos en este trabajo, hacemos una sucinta referencia a las sentencias citadas por los autores.

La primera, de la Corte de Apelaciones de Santiago, caratulado "Doña Carmen Cruz con don Nicanor Rojas, sobre nulidad de una donación", expone en la parte resolutive del fallo: "3º que de las piezas testimoniadas a f. 9, se comprueba que la donación ha sido debidamente insinuada i autorizada por el juez competente, sin que

2 RENÉ ABELIUK MANASEVIC, Tratado de jurisprudencia y doctrina de Derecho Sucesorio (Santiago: Thomson Reuters, 2001), p. 294.

3 HERNÁN CORRAL TALCIANI, En defensa de la Insinuatio donationis, Revista Chilena de Derecho, Vol. 26, n.º 3, (1999), p. 635.

4 JUAN ORREGO ACUÑA, Donaciones entre vivos, p. 15, disponibles en <https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5567056771/Donaciones+entre+Vivos.pdf?t=1312091989>

pueda calificarse de un defecto a este trámite o requisito la circunstancia de haberse exigido después de la escritura de donación"⁵.

La otra sentencia aludida y que cuenta con el respaldo de todos los autores, es de la Corte de Apelaciones de Valdivia, caratulada "Avelino Segundo Jaramillo y otro con Isabel Jaramillo y otros- Nulidad de donación", que estudia en diversos considerandos (y con diversos argumentos) que la insinuación puede ser realizada incluso con posterioridad a la aceptación de la donación. Para no reiterar dichos razonamientos, los expondremos en el cuerpo de esta presentación.

3. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA POSICIÓN UNIFORME DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Como hemos apreciado precedentemente, doctrina y jurisprudencia chilenas están contestes respecto de la validez y eficacia que tiene la insinuación realizada con posterioridad a la donación. Lo anterior, no es un mero capricho o una apreciación baladí, sino que obedece a un correcto y concienzudo análisis de la institución en estudio, pues como pasamos a analizar, ya desde sus orígenes (razones históricas), así como por fundamentos estrictamente jurídicos, la *insinuación* no sólo puede ser posterior, sino que, en muchas ocasiones, debe ser realizada una vez que haya sido aceptada.

Veremos, primeramente, las razones históricas.

3.1. Breve historia de la *insinuación* de las donaciones, que demuestra que estaba diseñada para que fuera realizada antes o después de la donación.

El origen de las *insinuaciones*, se remontan al siglo IV d. C., específicamente, cuando el emperador Constantino el Grande, el año 316 d. C., exigió tres requisitos para las donaciones⁶: un acta escrita ante testigos, entrega del objeto y la *insinuatio*, esta última, reservada únicamente a donaciones de mayor cuantía que consistía en la transcripción del instrumento de la donación en las actas públicas del gobernador de la provincia, o en su defecto, de los magistrados del domicilio del donante.

Por consiguiente, como se puede constatar, la insinuación ya en sus orígenes, era un acto posterior a la donación, pues consistía en practicar una transcripción en registros públicos de lo que se había donado.

Confirma esta aseveración el jurista y decano de la P. Universidad Católica de Valparaíso, Dr. Alejandro Guzmán Brito, al señalar: "...*insinuare* viene de

5 Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 1867, Gaceta de los Tribunales, sentencia n.º 1.337, (Santiago: Dirección General Prisiones, 1867), p. 557.

6 Así puede verse en Boletín de la H. Cámara de Diputados, n.º 1739-07, con la intervención del jurista Alejandro Guzmán Brito e informe jurídico Hernán Corral Talciani, op. cit., p. 627-647.

querer decir "introducir (se) en el seno", y en sentido figurado, "introducir algo en el ánimo de alguien, insinuar"; en la época tardía significa "introducir en los protocolos, registrar"⁷. Es decir, ese "introducir algo" era, en términos jurídicos, registrar lo que había sido donado en los protocolos públicos, lo que, por ende, es posterior a la donación misma.

En el período medieval, la *insinuación* que provenía del derecho justiniano tuvo distintas interpretaciones, empero, en todas ellas se entendía como un trámite posterior a la donación, con la única variante, que entre los mismos juristas medioevales discutían, si se requería o no una aprobación judicial (con conocimiento de causa)⁸.

Con posterioridad, los distintos sistemas europeos codificados tuvieron matices en la forma de regular las donaciones, pero en todos ellos -en que conservaron algún tipo de regulación por un órgano estatal- es posible apreciar que lo entendían como un trámite posterior a la donación. En efecto, en el derecho alemán se mantuvo la *insinuación*, entendiéndola como un protocolo judicial destinado a la declaración de las partes, donde el juez se limita a constatar la autenticidad y no a ratificar la donación⁹. Obviamente, si así era entendida, sólo se puede "constatar" lo que ya es, y por consiguiente, necesariamente va a ser posterior a la donación.

En igual sentido en el derecho francés, que en un comienzo se asociaba a registrar la donación en un registro público¹⁰, y como toda registración, es posterior al acto mismo que se está registrando. Con la entrada en vigencia del Código Civil francés, se suprime dicho trámite y sólo se exige escritura pública ante notario y minuta que individualice el objeto donado¹¹, disposición que hasta hoy es el Artículo 931 del *Code*¹².

En el derecho español histórico, la "insinuación" es entendida, por la opinión de la Glosa y de los antiguos comentadores, como "aprobación judicial"¹³, cuyos antecedentes pueden remontarse, a "Las Siete Partidas" del rey Alfonso X El Sabio. Por lo tanto, una vez más, si era entendido como una "aprobación", implicaba que ella fuera con posterioridad a la donación, pues sólo se puede

7 Alejandro Guzmán Brito, *Derecho Privado Romano*, (Santiago: Legal Publishing, 2013), p. 703.

8 HERNÁN CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 629.

9 SAVIGNY, F. C., *Traité de Droit Romain*, t. IV, traducido por Guenoux, 2º Edición, (Paris: Librairie de Firmin Didot Freres – Imprimeurs de l' Institut de France, 1856), pp. 218-219.

10 HERNÁN CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 630.

11 MARCEL PLANIOL, y GEORGE RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, T. VIII, (La Habana: Cultural S.A., 1940), pp. 362 y ss.

12 Dice: "Artículo 931: Todo acto que constituyan una donación entre vivos se otorgará ante Notario, en la forma ordinaria de los contratos, y se conservará matriz del mismo, bajo sanción de nulidad.

13 HERNÁN CORRAL TALCIANI, *op. cit.*, p. 630.

"aprobar" aquello que ya tiene existencia (sobre el significado de *aprobar*, lo revisaremos más adelante).

Resumiendo hasta aquí: desde su origen en el período post clásico del Derecho Romano, la *insinuatio* fue entendida como un trámite posterior que consistía en la transcripción en registros públicos de la donación, y posteriormente, en aquellas legislaciones que lo codificaron, como un acto de constatación o aprobación judicial, que como tales, es igualmente, ulterior a la donación.

Don Andrés Bello, según dan cuenta los estudios realizados¹⁴ tuvo acceso a todas estas fuentes, a las que hay que adicionar, especialmente, las "Concordancias" de don Florencio García Goyena, el Código Sardo y el Código del Cantón de Vaud, que habrían inspirado la redacción del requisito de la insinuación en las donaciones.

Decía el Código del Reino de Cerdeña (sardo) de 1837, en su artículo 1123: "Todas las donaciones entre vivos deben otorgarse por documento público; y deberán ser *homologadas* por el juez mayor del tribunal del domicilio del donante. Sin embargo, aquellas que no excedieren la suma o el valor de mil libras, podrán ser *homologadas* por un juez de instrucción. Las donaciones que no hayan sido otorgadas por el documento público o que no hayan sido homologadas, serán nulas".

Nótese la expresión utilizada por el Código Sardo: "homologada", que como siempre ha sido entendida, es la "aprobación por la autoridad judicial de un acto ya celebrado"¹⁵, por lo tanto, fuerza es concluir que conforme a los antecedentes que tuvo don Andrés Bello, siempre entendió que la "insinuación" sería una autorización de un acto ya celebrado.

En idéntico sentido, el Código del Cantón de Vaud, que lo regula en los artículos 592 y siguientes, que habla derechamente de "homologación" (por insinuación).

A mayor abundamiento, para eliminar todo dejo de duda, las "Concordancias" de don Florencio García Goyena manifiestan que, a la época de la redacción del Código de Bello, la expresión "insinuación" era asociada a "homologación" o "aprobación judicial", y que, como hemos dicho, responden a autorizaciones judiciales de actos ya celebrados.

En efecto, decía este jurista español, explicando "De las formas de las donaciones", artículo 946 de su proyecto: "La primera parte es el artículo 931 y 948 Franceses con alguna variación, 855 y 872 Napolitanos, 1719 Holandés, 1523 y 1525 de la Luisiana: el 1125 Sardo y siguientes, a más de la escritura pública, exigen homologación o insinuación ante ciertos tribunales (...) el

14 Alejandro Guzmán Brito, Andrés Bello codificador, (Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1982), p. 413 y ss.

15 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, ANTONIO VODANOVIC HAKLICKA, Tratado de Derecho Civil, Parte General (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), p. 313.

591 de Vaud solo exige escritura pública para la donación de inmuebles: los artículos siguientes la sujetan a homologación o insinuación judicial...¹⁶.

Más adelante continúa: "Por Derecho romano no era necesaria la escritura, pero sí la insinuación o aprobación judicial, cuando la donación excedía de quinientos sueldos de oro"¹⁷.

En el mismo sentido, don Dalmasio Vélez Sarfield, redactor del Código Civil argentino que estuvo vigente hasta el año 2014, contemporáneo a don Andrés Bello, comentando por qué *no* se incluyó la "insinuación" en su obra: "Nosotros hemos creído que se debe dejar libre a todos la disposición de sus bienes que para imponer la aprobación judicial del acto, sería preciso dar reglas ciertas a los jueces, y no dejar las cosas a su arbitrio, como sucedía por la ley española"¹⁸.

Por lo tanto, conforme a todos los antecedentes expuestos, no cabe duda que la "insinuación" de la donación que don Andrés Bello estableció en el artículo 1401 del Código Civil chileno, siempre fue concebida como una aprobación judicial, que, por sus características, podía realizarse perfectamente con posterioridad a la donación ya efectuada.

3.2. Argumentos para aseverar que la insinuación de la donación puede ser efectuada válida y eficazmente con posterioridad a la donación.

Además de las razones históricas que dejan de manifiesto que la insinuación podía ser efectuada con posterioridad a la donación, existen poderosos argumentos jurídicos que conducen a la misma conclusión.

En este orden de ideas, los fundamentos son los siguientes, a saber:

Primer argumento: Porque cuando el legislador exige que la autorización sea previa, así lo ha dicho expresamente, situación que no ocurre con la insinuación.

Siempre que el legislador ha querido que la autorización judicial sea previa a la realización de un acto o contrato, así lo ha establecido expresamente, como lo dejan de manifiesto –a modo meramente ejemplar– las siguientes disposiciones, a saber:

a) Art. 393: "No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo, ni gravarlos...";

b) Art. 396: "Sin previo decreto judicial no podrá el tutor o curador proceder a...";

c) Art. 400: "Se necesita asimismo previo decreto para proceder a las transacciones...";

16 FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, t. II, (Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852), p. 291.

17 *Ibid.*, p. 292.

18 Notas al artículo 1815 del Código Civil argentino, de Dalmasio Vélez Sarfield.

d) Art. 404: El pupilo es incapaz de ser obligado como fiador sin previo decreto judicial...;

e) Art. 757 in fine: "Impuestos dichos gravámenes sin previa autorización con conocimiento de causa...;

f) Art. 1601 inc. 3º: "No será necesario decreto judicial previo para efectuar la oferta ni para hacer la consignación"; y

g) Art. 1763: "Cesando la causa de la administración extraordinaria de que hablan los artículos precedentes, recobrará el marido sus facultades administrativas, previo decreto judicial".

Cosa muy distinta ocurre con la insinuación de la donación, pues al definirla la ley como "*la autorización del juez competente, solicitada por el donante o donatario*" y en ninguna parte señala que deba ser *previa*, es perfectamente posible que dicha autorización pueda ser realizada con posterioridad a la donación. Dicho con otras palabras, al no exigirlo de esa manera el Código Civil, como sí ocurre –en cambio– en los casos en que esa es la voluntad soberana, resulta jurídicamente procedente que sea realizada antes o después de la donación.

De la misma forma, lo han resuelto nuestros Tribunales Superiores de Justicia, en sentencia que sentó doctrina, cuando resolvió: "Que no vale sostener contra la insinuación aludida, que ella, o la autorización de la donación del juez, carecería de valor, por haber sido otorgada con posterioridad a la escritura de donación y aceptación (...) dado que si hubiera querido hacerla previa lo habría dicho expresamente como cada vez en que se ha requerido autorización o decreto previo de juez para la validez de un acto, de lo que dan ejemplo los artículos 393, 396, 400 y 1754 del Código Civil"¹⁹.

Segundo argumento: Las formalidades son de interpretación restrictiva, por tanto, no puede exigirse su realización en una determinada oportunidad si la ley no lo ha señalado expresamente.

Constituye una regla de interpretación ampliamente aceptada²⁰ que las normas de excepción son de interpretación restrictiva, y por consiguiente, no admiten una aplicación por analogía.

Asimismo, existe consenso que los preceptos prohibitivos, los que establecen incapacidades, limitan el derecho de propiedad y las que instituyen

19 Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, Gaceta de los Tribunales, Sentencia n.º 116, (Santiago: Dirección General Prisiones, 1930), p. 475.

20 LUIS CLARO SOLAR, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002), pp. 119-120.

formalidades son normas de excepción²¹; estas últimas, puesto que la regla general en nuestro Derecho es el consensualismo contractual²².

De esta manera, no pueden adicionarse requisitos, condiciones o exigencias no contempladas *expresamente por la ley* para el cumplimiento de las formalidades, pues al ser normas excepcionales, deben ser interpretadas de forma estricta.

Por lo tanto, no es lícito al intérprete sostener que una formalidad deba cumplirse en una determinada oportunidad si la ley así no lo exige expresamente, pues eso significaría agregar requisitos no contemplados por el legislador, lo que como hemos dicho, no es posible en este tipo de disposiciones.

De esta manera, constituiría un error interpretativo sostener que la realización de la insinuación debería cumplirse en un determinado momento, y más aún, de forma previa, si la ley en ninguna parte exige una oportunidad concreta para hacerlo. Por consiguiente, al no señalar el legislador el momento para hacerlo, es perfectamente válido y eficaz solicitar dicha *autorización judicial* antes o después de la donación.

Confirma lo anterior, la posición reiterada de la jurisprudencia chilena sobre esta materia. Así, pronunciándose en una primer oportunidad, se sostuvo: "3° que por las piezas testimoniadas a f.9, se comprueba que la donación ha sido debidamente insinuada i autorizada por el juez competente, sin que pueda calificarse de un defecto a este trámite o requisito la circunstancia de haberse exigido después de la escritura de donación"²³.

Como se puede apreciar, abiertamente se sostiene que la *insinuación* puede ser efectuada con posterioridad a la donación, lo que es lógico, toda vez que el legislador no señaló una oportunidad precisa o única para su realización. En otra oportunidad, nuestros Tribunales Superiores utilizando derechamente el argumento de que el legislador no estableció el momento para realizarla, resolvió: "2° Que no vale sostener contra la insinuación aludida, que ella, o la autorización de la donación por el juez, carecería de valor por haber sido otorgada con posterioridad a la escritura de donación y aceptación, por cuanto la ley no ha dispuesto que la insinuación o autorización sea previa o anterior al acto de donación ni ha fijado plazo alguno para solicitarla..."²⁴.

Por lo anterior, no cabe otra cosa que concluir que la insinuación puede realizarse antes o después de aceptada la donación, pues las formalidades son de interpretación restrictiva, y el legislador, al no establecer un momento

21 CARLOS DUCCI CLARO, *Derecho Civil Parte General*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 94 y 95; Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga, Antonio Vodanovic Haklicka, op. cit., p. 317.

22 ibídem.

23 Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 1867, *Gaceta de los Tribunales*, sentencia n.º 1.337, p. 557, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1867), p. 558.

24 Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, *Gaceta de los Tribunales de 1930*, sentencia n.º 116, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1930), p. 467.

determinado para su cumplimiento, el intérprete no puede condicionarla a un momento único de realización²⁵.

Tercer argumento: Al definir el Código Civil la insinuación como una "autorización", y sin requerir, en parte alguna, que sea "previa", confirma nuestro aserto, pues en su sentido natural y obvio, las autorizaciones pueden ser otorgadas antes o después de un acto o contrato.

Para comprender cabalmente este argumento, hay que tener presente dos aspectos de relevancia: *primero*, el altísimo nivel lingüístico de don Andrés Bello; *segundo*, que el legislador no definió la autorización, por lo que hay que entenderlo en su sentido natural. Pasamos a revisar ambas consideraciones.

En primer término, no hay que olvidar que don Andrés Bello es uno de los más grandes lingüistas de habla castellana de todos los tiempos, como lo dejan de manifiesto, hasta el día de hoy, conspicuas investigaciones que explican el influjo que tuvo en el lenguaje moderno²⁶, por lo que no cabe otra cosa que afirmar que sabía a cabalidad el sentido y alcance de cada una de las expresiones que utilizaba al redactar el Código Civil chileno.

En este orden de ideas, debemos recordar que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, al conceptualizar la voz "autorizar" entrega las siguientes acepciones: a) dar o reconocer a alguien una facultad. b) Confirmar, comprobar algo. c) Aprobar o abonar.

Si "autorizar" es sinónimo de "reconocer", esta última²⁷ significa "admitir o aceptar algo como legítimo". Por consiguiente, deja abierta la posibilidad que una "autorización" pueda ser antes, durante o después de efectuado algo, pues en su sentido natural y obvio, se "reconoce" o "admite" algo cuando aquello ya está a lo menos en potencia, o derechamente ha acontecido. A idéntica conclusión nos conduce que se "accepte" un hecho o acto, pues la aceptación

25 En una interpretación *a contrario sensu*, conduce a la misma conclusión el artículo 402 del Código Civil, que es particularmente interesante para el caso en estudio, toda vez que se refiere a la donación de bienes del pupilo (incapaz) sujeto a tutela o curaduría. En dicha disposición, en el inciso 1º, dice que está prohibida la donación de un bien raíz del pupilo "aun con previo decreto judicial" (que significa que "incluso" con ella anteriormente otorgada, sería ineficaz), dejando en claro que la insinuación, por consiguiente, también podría ser realizada con posterioridad (pero en ambos casos, tratándose de la donación de un inmueble, sería nulo). En el inciso 2º, para referirse a la donación de bienes muebles de los incapaces dice: "Sólo con previo decreto de juez podrá hacerse donaciones de dinero u otros bienes muebles del pupilo". Es decir, para el caso concreto de donaciones de incapaces, debe ser con previo decreto. En este supuesto, el legislador lo dijo expresamente. *A contrario sensu*, para las demás donaciones, la insinuación puede ser realizada con posterioridad a la aceptación de la donación.

26 Así lo demuestra, entre otros, la investigación del académico de la Universidad de Heidelberg, Prof. Dr. Nelson Cartagena, en "El aporte de don Andrés Bello a la lingüística y filología modernas", publicado en el Boletín de Filología, t. XLIX, año 2014, n.º 1, pp. 135-148.

27 En su séptima acepción, que está más vinculada a las Ciencias Jurídicas.

ocurre cuando se asiente a lo que ya está preestablecido o a lo que ya se ha verificado.

Entonces, si aplicamos todos estos razonamientos a la donación, resulta concluyente que la *insinuación* (que es una autorización) pueda ser realizada cuando ya ha sido realizada la donación, y, por consiguiente, con posterioridad a su perfeccionamiento o aceptación.

En la segunda acepción de *autorizar*, como sinónimo de "confirmar", significa esta última palabra: 1º) Corroborar la verdad, certeza o el grado de probabilidad de algo; 2º) Revalidar lo ya aprobado; 3º) Asegurar, dar a alguien o algo mayor firmeza o seguridad.

En un sentido natural y obvio, se "corroborar" algo que ya es o que ya ocurrió, lo que abiertamente permitiría, *ergo*, que la "autorización" judicial pueda ser realizada con posterioridad a la donación de los bienes. Con mayor razón la segunda y tercera acepciones de esta palabra, pues si "autorizar" consiste en revalidar lo ya aprobado, esto aplicado a una donación, significa revalidar lo que ya había sido donado o entregado, "confirmando" la donación (ya hecha).

En el mismo orden de cosas, como "asegurar o dar mayor firmeza", pues denotaría que con la "insinuación" -realizada posteriormente- daría mayor firmeza o seguridad a lo que ya había sido entregado, con lo que la insinuación daría la confirmación de haberse actuado conforme a derecho.

Por último, "autorizar" en su tercera acepción, como sinónimo de "aprobar", significa: 1º) Calificar o dar por bueno o suficiente algo o a alguien y 2º) Asentir a una doctrina o a una opinión. Una vez más, el claro sentido de la expresión "autorizar" como representativo de "aprobar" permiten confirmar nuestras aseveraciones, puesto que se "aprueba", "califica" o "asiente" aquello que ya tiene algún tipo de existencia. Más aún, en el lenguaje jurídico "aprobar" (que según la RAE es sinónimo de "autorizar"), se entiende como una intervención judicial posterior a la realización de un acto o contrato. De esta manera, la voz "autorizar" comprende "aprobar", y por lo tanto, puede ser anterior o posterior a un determinado acto jurídico.

Así también lo sostuvo la jurisprudencia, cuando dijo: "3º *Que por otra parte, no procede interpretar en el caso de autos la disposición legal artículo 1401 citado, por el sólo significado de la palabra "autorización", en su sentido vulgar o como anterior al acto a que se refiera, ya que, si bien lo más frecuente es que se dé o emplee en ese sentido, también la puede y suele empleársela en el sentido contrario o posterior o de aprobación de ese acto, por donde resulta de oscura interpretación y, por no haberla definido el legislador, es forzoso, para aclarar el sentido del mencionado artículo y palabra y estimar su alcance, recurrir al contexto del mismo, tal como se ha hecho en el precedente considerando*"²⁸.

28 Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, Gaceta de los Tribunales de 1930, sentencia n.º 116, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1930), p. 467.

Cuarto argumento: La donación es un acto jurídico de formación progresiva, que se inicia –muchas veces– con un acto de disposición del donante (que puede ser la entrega de un bien o la renuncia a un derecho suyo), y que se completará con la notificación de la aceptación y la insinuación (esta última, cuando sea necesaria) lo que explica que la autorización judicial sea necesariamente realizada con posterioridad.

La donación es considerada, tanto en doctrina comparada²⁹ como nacional³⁰, como un contrato de formación progresiva, puesto que en todas las legislaciones de tradición civilista constituye una excepción a la formación del consentimiento³¹, en la que es necesario notificar al donante de la aceptación del donatario para que se perfeccione, y en el caso de la legislación chilena, además, realizar la *insinuación*.

Asimismo, en diversas instituciones jurídicas la donación se inicia con el *acto de disposición* del donante, es decir, el donante se desprende jurídicamente del *objeto donado* en favor del donatario, y será luego el beneficiario (el donatario) el que deberá aceptarlo, y si es necesario, realizar la insinuación. Siendo así, aquello explica doblemente que la insinuación pueda realizarse válida y eficazmente con posterioridad a la donación realizada.

Demuestra lo antes explicado diversas disposiciones del Código Civil, que por expreso mandato legal son "donaciones", pero que se inician derechamente con el acto de disposición del donante, por lo que, si con posterioridad acepta el donatario, deberá realizarse la insinuación.

Así lo establecen las siguientes disposiciones del Código Civil:

- a) El pago, a sabiendas, de lo que *no* se debe (art. 1397);
- b) La remisión gratuita de una deuda (art. 1397);
- c) La remisión del derecho de percibir los réditos de un capital colocado a interés o censo (art. 1395 inciso 3°);
- d) La remisión de las obligaciones del fiador cuando el deudor principal está en insolvencia (art. 1397);
- e) La remisión de una prenda o hipoteca, estando insolvente el deudor (art. 1397).

29 FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato* (Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa América, 1952), p. 311.

30 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *De las donaciones entre vivos*, (Santiago: Lexis Nexis, 2005), p. 31. Referido a la formación del consentimiento, por todos, Arturo Alessandri, Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic Haclicka, *Fuentes de las Obligaciones*, t. IV, (Santiago: Editorial Nascimento, 1942), p. 88.

31 Así puede observarse, en la legislación italiana (artículo 782), español (artículos 623 y 629), chileno (artículo 1412, etc.).

Como puede apreciarse, todos estos casos se inician con el acto de disposición del donante, y posteriormente, como resulta lógico, se verificará la aceptación e insinuación. No cabe duda, puesto que el legislador así lo ha dicho expresamente, que son verdaderas donaciones. Por consiguiente, *conduciría a una argumentación absurda*³² sostener que la insinuación debía realizarse con anterioridad, pues la ley de manera indubitada permite –partiendo de esa base– que las donaciones comienzan (como en muchas ocasiones) con el acto de disposición del donante, por lo que es lógico que posteriormente se efectúe la insinuación.

Si tomamos, a modo meramente ejemplar, los dos primeros casos antes enumerados, es manifiesto que la donación comenzó con el *acto de disposición del donante* (el "pago a sabiendas de lo que *no* se debía"), pues se "paga" cuando se cumple con la prestación debida; la ley en ninguna parte dice que ese pago debía ser con el conocimiento (ni menos aceptación) del deudor principal. En consecuencia, como resulta del todo lógico, con posterioridad se hará la aceptación e insinuación.

En idéntico sentido, referente a la remisión de una deuda, pues el artículo 1654 expresa claramente que aquel modo de extinguir puede comenzar con el *acto de disposición de donante*, al señalar que: "Hay remisión tácita cuando el acreedor entrega voluntariamente al deudor el título de la obligación, o lo destruye o cancela, con ánimo de extinguir la deuda". Por consiguiente, al sujetarse a las reglas de las donaciones entre vivos, posteriormente necesitará de la insinuación (conforme al art. 1653)³³.

A mayor abundamiento, el artículo 1412 del Código reza: "Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio". La lectura atenta de esta norma deja de manifiesto que la voz "donación" está tomada en un sentido de "disposición de lo donado", y, por lo tanto, anterior a la aceptación y obviamente a la insinuación.

De igual manera lo entiende el excelso jurista y decano de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Prof. Dr. Alejandro Guzmán Brito, al decir: "Comparece enseguida el artículo 1412 CC. Que incisivamente dispone: "Mientras la donación entre vivos no ha sido aceptada, y notificada la aceptación al donante, podrá éste revocarla a su arbitrio". Se supone ahí que la donación se inicia por un acto unilateral del donante, lo que efectivamente puede y de hecho suele acaecer"³⁴.

Por esa razón, al entenderse el real contexto y naturaleza de lo que son las donaciones, permite explicar fundadamente la definición que otorga el Código

32 ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, op. cit., p. 199, explica que toda interpretación que conduce al absurdo, esto es, a una interpretación contraria a la lógica, debe ser descartada.

33 MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, op. cit., p. 703.

34 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, op. cit., p. 31.

Civil sobre este negocio jurídico, al decir que es un "acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que lo acepta", que si bien ha sido objeto de críticas³⁵, importantes autores nacionales han expuesto que obedece a la primacía de la realidad jurídica, que lo justifica.

En efecto, el distinguido profesor de Derecho Civil de la Universidad de Chile, Prof. Francisco Merino Scheihing, en su Memoria de Prueba intitulada "Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil. Donaciones entre vivos (Arts. 1386-1436)", enseña que si bien pudiera discutirse la denominación de "acto" y de la voz "transfiere", en vez de decir "contrato" y "se obliga a transferir", respectivamente, no parecen del todo fundadas dichas críticas, puesto que la manera como se forma el consentimiento en este tipo de acto jurídico, es diverso al de los demás. Así, lo que constituye el elemento esencial de la donación es el *ánimo del donante de beneficiar a otro*, la *mera liberalidad*, que se inicia (en muchas ocasiones, como reconoce la ley y ampliamente la doctrina) con el *acto de disposición de lo donado*, y luego será menester la aceptación e *insinuación*.

Sostiene el connotado académico: "La forma como se determina la voluntad del donante es diferente a la manera cómo se origina el asentimiento de las partes en los demás contratos (...) En aquellos, la voluntad de uno ejerce influencia en las deliberaciones del otro, por lo que la voluntad de los contratantes ejerce una recíproca influencia la una sobre la otra, de suerte que puede decirse que cada una se decide por el impulso recibido de la otra; en la donación, por el contrario, las cosas suceden de modo diferente. El donante no se resuelve a favor de un tercero en vista de la compensación, sino que por el solo impulso de su benevolencia; su voluntad no sufre, al determinarse, el influjo de otra, sino que su propósito es espontáneo. Desde el momento que el punto esencial en la contratación es la determinación de la voluntad de los contratantes, que en las donaciones se realiza de modo distinto que en los demás contratos, la circunstancia de que la ley haya preferido denominar acto más bien que contrato" a la donación se justifica plenamente³⁶. En similares términos, el profesor Raúl Lecaros Zegers, abogado integrante de la Excm. Corte Suprema, en su libro sobre el acto jurídico³⁷.

Como exponen acertadamente estos autores, las donaciones son actos espontáneos, pues las circunstancias, en cada caso, imprimen en el ánimo del donante esta voluntad de beneficiar a otro. En algunas situaciones, el motivo será un estado de necesidad del donatario, que el donante quiere aliviar; en otras, una oportunidad de negocios que no se puede dejar pasar (por sus ingentes provechos), o la necesidad de un pago urgente, por razones personales, etc.

35 Así puede verse, por todos, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, op. cit., p. 693.

36 FRANCISDO MERINO SCHEIHING, Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil. Donaciones entre vivos, (Santiago: Editorial Universitaria, 1968), pp. 11-12.

37 RAÚL LECAROS ZEGERS, El acto jurídico en el Código Civil chileno, (Santiago: Editorial de la Universidad Católica de Chile, 1997), p. 68.

En cualquiera de estos casos, la voluntad del donante es *in actum* o espontáneo (utilizando el lenguaje de estos autores), pues el sólo afán de ayudar a otro mueve a una persona a realizar el acto de donación, lo que explica también la expresión "transfiere", en vez de "se obliga a transferir", pues la ley haciendo eco de la realidad de las cosas (primacía de la realidad), sabe que ese impulso mueve a transferir *inmediatamente* el objeto donado, y con posterioridad se realizarán los trámites judiciales para evitar eventuales ataques, siempre y cuando aquellos sea ejercidos por quien tenga titularidad para ello.

Por lo tanto, la donación es para el legislador un acto cuyo origen es de liberalidad espontánea (que explica la voz "acto"), que normalmente va acompañado de la entrega o transferencia del bien donado (que justifica la expresión "transfiere" en la definición) —así como lo prueban todas las disposiciones antes transcritas—, sin perjuicio de los trámites que sean necesarios realizar con posterioridad para dejarlo a resguardo de toda impugnación, lo que refleja, una vez más, que la insinuación puede ser realizada con posterioridad a la donación y aceptación de lo donado.

Quinto argumento: Como las donaciones pueden ser con "gravámenes" o "cargas", podría ocurrir que no se deba cumplir con la insinuación, lo que justifica que ésta se deba realizar con posterioridad a la donación, una vez que se tenga claro el monto de lo donado.

Como es sabido, existen diversos tipos de donaciones en la legislación nacional³⁸, siendo una de ellas las denominadas "Donaciones con gravamen". Son definidas como "aquellas en que se impone al donatario un gravamen pecuniario o que puede apreciarse en dinero"³⁹.

Conforme al artículo 1405 del Código Civil, estas donaciones requieren de insinuación, siempre que, descontado el gravamen, excedan de dos centavos. Así las cosas, es posible sostener que mientras no esté suficientemente determinado el gravamen, no es necesario realizar la insinuación, por lo que este trámite necesariamente deberá efectuarse con posterioridad a la donación.

Así también lo entiende la doctrina nacional que se ha preocupado del tema. Explica el profesor Francisco Merino en su obra: "Las donaciones con gravámenes pecuniarios o 'donaciones con cargas' como generalmente se les denomina, representan verdaderos actos complejos, es decir, bajo las apariencias externas de un solo acto jurídico celebran dos o más; hay en ellas lo que se ha dado en llamar "*negotium mixtum cum donatione*". En las donaciones con gravámenes existe donación propiamente tal, solo en la medida en que el valor del objeto que se dice donado excede al valor de los gravámenes que se imponen al donatario, prueba de ello es que el artículo 1405 exige que se

38 ABRAHAM KIVERSTEIN, *Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, (Santiago: Editorial El Jurista, 2012), pp. 338 y ss.; MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, *op. cit.*, pp. 705 y ss.

39 *Ibidem*

cumpla con el trámite de la insinuación únicamente cuando el exceso señalado es superior a veinte mil pesos [Hoy, dos centavos]; en la parte en que el valor del objeto donado va al valor de los gravámenes no hay donación, sino en contrato diferente que bien puede ser una compra-venta o una permuta⁴⁰.

Por consiguiente, como legislativamente pueden existir donaciones con "cargas", no podía don Andrés Bello exigir que la insinuación fuera realizada *previamente* a la donación, pues ésta sería necesaria (únicamente) si, descontados los gravámenes, excediera del valor establecido por la ley; y por razones fácticas, muchas veces sólo se tendría claro el valor de las cargas sólo una vez que hayan sido realizadas aquellas, como ocurría ya en los propios textos romanos, en que se hacía una donación para que el donatario pague a los acreedores del donante⁴¹.

De esta forma, en esta situación, es perfectamente posible que mientras no se haya efectuado el pago a todos los acreedores del donante, no se tenga conocimiento a ciencia cierta si habrá o no un excedente, por lo que una vez terminado el proceso, se sabrá si es o no procedente la insinuación.

Por lo anterior, la posibilidad de realizar de forma eficaz la insinuación una vez realizada la donación, se explica sobradamente, pues sólo ahí se sabría certeramente si debía o no realizarse dicha autorización judicial.

Sexto argumento: Al establecer el Artículo 1401 que la "autorización" puede ser solicitada por el donatario, reconoce que el contrato como tal ha nacido a la vida del Derecho sin necesidad de insinuación, porque únicamente se puede tener la calidad de *donatario* cuando la donación ya existe propiamente.

El mismo artículo 1401 del Código Civil entrega otro valioso argumento que se extrae de la misma definición de insinuación, pues dice que es "*la autorización del juez competente, solicitada por el donante o donatario*".

La pregunta que surge inmediatamente, entonces, es: ¿y cuándo puede hablarse propiamente de "donatario"? La respuesta es categórica: únicamente cuando el donatario ya ha aceptado la donación.

Luego, abiertamente la ley reconoce que la insinuación es un trámite que se puede efectuar cuando ya ha nacido jurídicamente donación, pues de otra forma, no se podría hablar de "*donatario*".

En el mismo sentido la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores: "Además, porque el contexto mismo del artículo 1401 de este Código, que es el que establece este requisito, se desprende que la autorización puede ser posterior al acto de donación, puesto que al disponer el inciso 2º de dicho artículo que la autorización puede ser solicitada también por el donatario, reconoce implícitamente que sea posible su tramitación con posterioridad

40 FRANCISCO MERINO SCHEIHING, op. cit., pp. 12-13.

41 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, op. cit., p. 694.

al acto de aceptación de la donación, ya que no puede haber donatario -en la acepción jurídica de esta palabra- sino una vez existente la donación y verificada su aceptación⁴².

Séptimo argumento: El hecho que la donación sea considerada como consensual por regla general, y excepcionalmente solemne, demuestra que dicho trámite puede realizarse con posterioridad, especialmente, si es calificada como una solemnidad de validez y no de existencia.

Como lo ha entendido uniformemente la doctrina⁴³ las donaciones son actos jurídicos "consensuales" por regla general, y por excepción, solemnes. Esto denota una importante característica: la voluntad del legislador es que las donaciones se perfeccionen por el solo consentimiento de las partes, y desde ese momento, produzca sus plenos efectos.

En ese orden de cosas, cuando el legislador agrega una solemnidad, esto es, que la donación tuviera que cumplir con la *insinuación* en ciertos casos, ésta debe interpretarse de forma restringida –como lo demostramos en el segundo argumento de este acápite–, por lo que no puede exigirse su realización en un solo momento si la ley así no lo dice, pero además, y es el argumento que aquí desarrollaremos, como se trata de un requisito de validez y no de existencia de este negocio, es factible realizarlo con posterioridad.

Como correctamente ha señalado la doctrina nacional, las solemnidades son requisitos externos que exige la ley, ya sea para la existencia misma de un acto o contrato, sea para la validez del mismo⁴⁴.

De esta manera, cuando la solemnidad es un requisito de existencia, el acto no se perfecciona ni produce efecto alguno mientras ello no se cumpla, pues constituye un requisito esencial para el acto jurídico⁴⁵. Así, la solemnidad es *de existencia* cuando la ley requiere que un determinado acto o contrato deba constar por instrumento público o privado (como puede observarse en los arts. 1554, 1801, 2409, 767, etc. del Código Civil), o la presencia del oficial del Registro Civil, en el matrimonio civil.

Por su parte, la solemnidad es *de validez*, cuando la omisión de ella no impide que el acto se perfeccione ni que produzca efectos, los que sólo cesan si se declara la nulidad absoluta por la causal de omisión de la solemnidad⁴⁶.

42 Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, Gaceta de los Tribunales de 1930, sentencia n.º 116, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1930), p. 467.

43 MANUEL SOMARRIVA UUDURRAGA, MANUEL, op. cit., p. 694; KIVERSTEIN, ABRAHAM, op. cit., pp. 330 y ss.

44 RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Teoría General del negocio jurídico, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011), pp. 120 y ss. y VÍCTOR VIAL DEL RÍO, Teoría general del acto jurídico, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), pp. 215 y ss.

45 *Ibidem*.

46 VÍCTOR VIAL DEL RÍO, op. cit., p. 217.

La insinuación de la donación es de este tipo, esto es, una solemnidad de validez, no de existencia, lo que quiere significar dos cosas: *primero*, que aunque no se haya realizado la insinuación, la donación produce todos sus efectos desde el mismo momento en que se ha realizado y mientras no haya sido declarado judicialmente la nulidad (lo que desarrollaremos latamente en el siguiente capítulo); *segundo*, que como no es necesaria para que la donación nazca a la vida del derecho, puede ser realizada perfectamente con posterioridad a ella.

Lo explica de forma elocuente el profesor de Derecho Civil, don Víctor Vial del Río: "Otro ejemplo de solemnidad requerida para la validez del acto jurídico lo constituye la insinuación en las donaciones (art. 1401). La insinuación o autorización del juez competente debe recabarse en todas las donaciones que excedan de dos centavos. Si la donación entre vivos no se insinúa, tendrá efecto hasta el valor de dos centavos y será nula en el exceso. Queda claro, en todo caso, que la insinuación no es un requisito de existencia de la donación. Como lo ha señalado la jurisprudencia, la insinuación en las donaciones es una solemnidad establecida en consideración a la naturaleza del acto, cuya omisión hace que la donación sea nula absolutamente"⁴⁷.

En consecuencia, al no ser exigida como un requisito para que el acto nazca a la vida del derecho, sino que, para la *validez* del mismo, permite sostener que no es una *conditio sine qua non* para que la donación surta efectos, sino que, por el contrario, al no establecer el legislador un momento en que debe efectuarse el trámite en estudio, es perfectamente posible que sea realizado posteriormente, por su propio carácter de requisito de validez y no de existencia.

Octavo argumento: Las donaciones que hace un padre o madre a un hijo tienen el carácter de tales desde el momento en que se hace la entrega o pago del mismo, y permite la formación del primer acervo imaginario, como lo demuestra el artículo 1203.

En materia de derecho sucesorio, encontramos la formación de los acervos imaginarios, conforme a los artículos 1185 y 1186 del Código Civil. Existe consenso que dichos acervos se forman cuando se realizan "donaciones"⁴⁸ en favor de los legitimarios o terceros, según el caso. Dicho con otras palabras, son las donaciones lo que técnicamente hablando se acumulan, no otro tipo de actos jurídicos.

En ese sentido, entonces, encontramos un nuevo argumento para sostener que la donación es y produce efectos desde el momento en que se realiza el *acto de disposición*, sin necesidad de la insinuación. En efecto, el artículo 1203 inciso 1º del Código establece: "*Los desembolsos hechos para el pago de las deudas de*

47 Ibídem.

48 MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, MANUEL, op. cit., pp. 391 y ss.

un legitimario, que sea descendiente, se imputarán a su legítima, pero sólo en cuanto hayan sido útiles para el pago de dichas deudas".

Como puede observarse, basta que el padre "pague" una deuda (y que la extinga), para que sea considerada como donación para todos los efectos legales. El legislador en parte alguna instituye que deba realizarse la "insinuación" para que sea considerado como "donación acumulable".

Por lo tanto, no queda más que concluir, una vez más, que las donaciones producen plenos efectos desde que se realiza el acto de disposición, y que la insinuación –si es necesario– puede efectuarse posteriormente.

Noveno argumento: Que la jurisprudencia haya señalado que no puede declararse la nulidad por el solo hecho de no constar la insinuación en el mismo acto de donación, demuestra que no se requiere simultaneidad. En el mismo sentido, cuando ha señalado que el hecho de no indicar el monto del inmueble donado en la escritura de donación, no permite inferir *per se* la nulidad de la donación.

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia, haciendo eco de todos estos planteamientos, han sostenido que: "No puede declararse de oficio absolutamente nula una donación de bienes raíces aunque valgan más de dos mil pesos⁴⁹ si en la escritura no se expresa el valor de los bienes. Puede considerarse discutible si se imponen o no gravámenes para el donatario y a cuánto ascienden, si importa una donación lisa y llana, si dado el carácter ha necesitado ser insinuada, a lo que debe agregarse que el trámite de la insinuación puede constar en instrumento aparte, sin que este solo hecho anule el acto o contrato, y podría suceder que de esa manera estuviera saneado el vicio que motivaría la nulidad absoluta"⁵⁰.

Esta notable sentencia habla por sí sola, abordando dos aspectos que revisamos: *primero*, que como existen donaciones con cargas, la insinuación exigida por ley puede ser realizada con posterioridad a la donación hasta que no se tenga certeza si es o no necesaria; *segundo*, que la insinuación puede constar en instrumento aparte de la donación, lo que demuestra que no es necesario simultaneidad, y por consiguiente, factible realizar después del acto de disposición.

En el mismo orden de ideas, la Excma. Corte Suprema resolvió: "No puede declararse de oficio la nulidad de la donación de una cosa que vale más de dos mil pesos por no haber sido insinuada, si la escritura de donación no suministra

49 Recuérdese que posteriormente fue modificado por 2 centavos.

50 Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 1928, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 28, sec. 1º, (Santiago: Imprenta Chile, 1928), p. 591. El subrayado y destacado es nuestro.

alguna indicación para precisar dicho valor, ni lo proporciona tampoco el mérito probatorio de los autos"⁵¹.

Nótese que estamos frente a un inmueble, que se podría pensar que por razones lógicas (su valor) siempre debería insinuarse. Empero, la jurisprudencia dijo que no era suficiente, con lo cual nuevamente, apoya su decisión en razones estrictamente jurídicas: la ley no exige simultaneidad –por el contrario, podría realizarse con posterioridad- y además puede ser una donación con gravámenes.

Décimo argumento: Legislaciones que sirvieron de inspiración a don Andrés Bello sobre la materia, que establecen sistemas estrictamente solemnes, reconocen abiertamente las donaciones mano a mano como válidas. Derecho Comparado.

Como decíamos en la primera parte de este capítulo, una de las fuentes que utilizó don Andrés Bello fue el Código Civil francés, en el que legislativamente optó por las donaciones solemnes, como se dejó instaurado en el artículo 931 de dicho cuerpo legal: "Todo acto que constituyan una donación entre vivos se otorgará ante Notario, en la forma ordinaria de los contratos, y se conservará matriz del mismo, bajo sanción de nulidad".

Es decir, no cabe duda que la única manera para que existiera donación, es que se hiciera de esa forma. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia gala comenzaron tempranamente a aceptar donaciones "mano a mano", pues utilizando un argumento histórico –que es extrapolable a nuestro ordenamiento– las aceptaron.

Resulta ilustrativo aclarar, primero que todo, que los redactores del *Code* en parte alguna regularon esta modalidad de donaciones (mano a mano); por el contrario, solo se refieren a la solemne. No obstante, reconociendo la naturaleza de las donaciones, esto es, que son *actos de liberalidad*, y además, que los parlamentos previos a la codificación francesa, cuando exigieron formalidades para las donaciones, admitieron la excepción de las donaciones mano a mano, es decir, realizadas mediante la entrega de la cosa, por lo que les reconocieron valor, considerando la donación en este caso como un contrato real⁵².

Cabe agregar a lo anterior, la misma definición que da el *Code* de donación, como un "acto por el que el donante *se despoja actual e irrevocablemente...*" (Artículo 894), que dejó abierto el reconocimiento de ese tipo de donaciones, lo que es análogo a nuestro artículo 1386: "es un acto por el cual una persona *transfiere gratuita e irrevocablemente...*".

51 Corte Suprema, 7 de noviembre de 1928, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 27, sec. 1º, (Santiago: Imprenta Chile, 1928), p. 33.

52 HENRI MAZEAUD y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte IV, Vol. III, (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1976), pp. 404-405.

A tal punto puede asimilarse esto, que el jurista Alejandro Guzmán Brito sostiene en su libro sobre "Las donaciones entre vivos": "En nuestra opinión, la resistencia de Bello a definir la donación como un "contrato" se debió a que él abrigaba dudas acerca de si aquella figura es efectivamente un contrato, desde el momento que ni siquiera una obligación del donante aparece claramente configurada"⁵³.

Dicho de otra manera, Bello dudaba que fuera la donación un contrato, puesto que el donante *se despoja de inmediato de lo que dona*⁵⁴. Eso explicaría por qué los artículos 693 y 1463 hablan de donación "o" contrato, como excluyentes.

Por consiguiente, siguiendo estos razonamientos, *mutatis mutandis* y reconociendo la unidad de fuentes, no queda otra cosa que concluir que se les debe dar, también por estas consideraciones, pleno valor a las donaciones realizadas mano a mano, por lo que puede cumplirse posteriormente con la insinuación.

Undécimo argumento: Por último, el artículo 889 del Código de Procedimiento Civil, conduce a las mismas aseveraciones.

El Código de Procedimiento Civil, en los artículos 889 y 890, regulan las normas especiales del procedimiento de la insinuación, de lo que se pueden inferir tres consecuencias, a saber:

- a. En ninguna parte dicho cuerpo normativo señala que deba realizarse anticipadamente la insinuación de la donación o en un momento determinado;
- b. Que, de las mismas disposiciones de dicho Código, se puede desprender que hablar de "autorización" es posterior a la existencia de un acto, como lo deja de manifiesto el artículo 61 del mismo cuerpo normativo, puesto que utiliza la expresión "autorización" del funcionario, en el sentido de verificado un acto y escriturado, por lo que –obviamente– es posterior al mismo;
- c. Que la expresión utilizada en el artículo 889 n.º 2 "la cosa o cantidad que se trata de donar", puede entenderse como la plena eficacia de la donación hasta el valor de dos centavos, y que el exceso no vale mientras no se haya consumado la donación con la insinuación. Así lo ha dicho la jurisprudencia⁵⁵.

4. RESPUESTA A LA PRIMERA INTERROGANTE PRESENTADA EN ESTE ARTÍCULO

Respondiendo a la primera pregunta materia del presente trabajo, esto es, si la insinuación puede ser realizada después de la aceptación de la donación, podemos señalar que de lo antes analizado y en virtud de todos los argumentos latamente desarrollados, no puede sino concluirse que la *insinuación* puede

53 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, De las donaciones..., p. 24.

54 *Ibidem*.

55 Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, Gaceta de los Tribunales de 1930, sentencia n.º 116, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1930), p. 467.

ser realizada tanto antes como después de la donación. En ese sentido, al no establecer la ley un plazo dentro del que deba ejecutarse, no puede el intérprete imponer uno, pues como lo ha reconocido uniformemente tanto la doctrina⁵⁶ como la jurisprudencia⁵⁷, al juez le está prohibido establecer o imponer plazo alguno, salvo cuando la ley *expresamente* lo faculta –situación que, por cierto, no concurre en el caso en estudio–, por lo que la insinuación puede realizarse en cualquier momento ulterior. A mayor abundamiento, los plazos (que son modalidades) y las solemnidades son de interpretación restrictiva, por lo que el juez no puede incorporar más requisitos que los señalados rigurosamente por ley.

Se puede sostener, a partir de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, que ya no se podría hacer la insinuación en aquellos casos en que la oferta ha caducado⁵⁸, así como cuando en vida del causante realizó una donación, sin haber cumplido con dicho trámite, que luego es impugnado por los demás herederos, precisamente, por no haber cumplido con dicha autorización judicial⁵⁹.

Por consiguiente, la donación, como tal, existe desde el momento en que donante y donatario han convenido en dicho acto –máxime si se ha dado o entregado su objeto– y que, como uniformemente es entendido en la legislación chilena⁶⁰, conforme al artículo 1412 del Código Civil, para este negocio jurídico se sigue la teoría del conocimiento del consentimiento, esto es, desde que el donante ha sido notificado de la aceptación del donatario.

La palabra “notificación” que utiliza esta disposición no es judicial, sino como sinónimo de tomar conocimiento de algo. Como bien explica el profesor y decano, Dr. Alejandro Guzmán Brito: “La notificación de que habla el artículo 1412 C.C. no es, por cierto, judicial. La palabra “notificación” está tomada ahí en su sentido de hacer llegar algo a la noticia o al conocimiento de otro”⁶¹.

Como lo hemos desarrollado, en caso contrario no podría el artículo 1401 del C.C. (que exige y conceptualiza lo que es la insinuación) sostener que

56 RENÉ ABELIUK MANASEVIC, *Las Obligaciones*, (Santiago: Editorial Legal Publishing, 2014), p. 559 y ARTURO ALESSANDRI, RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HACLICKA *Tratado de las Obligaciones*, t. I, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001), pp. 312-322.

57 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 58, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1962), p. 179.

58 Corte Suprema, 2 de junio de 1909, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 7, sec. 1, (Santiago: Imprenta Chile, 1909), p. 24.

59 Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio del 2006, Rol n.º 2057-2003; Corte de Santiago, 7 de abril de 1883, *Gaceta de los Tribunales*, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1883), p. 283 y Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 1893, *Gaceta de los Tribunales*, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1893), p. 609.

60 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HACLICKA, *op. cit.*, p. 220.

61 ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, *De las donaciones entre vivos*, *op. cit.*, p. 31.

es competente para conocer de dicho trámite el juez del donante o *donatario*. En efecto, si no reconociera abiertamente la ley que ya existe la donación desde el mismo momento en que se ha perfeccionado dicho acuerdo, no podría hablar, entonces, de donatario; lo anterior, elimina toda duda de que la *insinuación* pudiera ser considerada como un requisito previo y necesario para que la donación exista como tal. En consecuencia, a *contrario sensu*, existe desde el acuerdo de aquella, máxime si ya se ha efectuado la prestación en que consiste el objeto de la donación.

En el mismo sentido, otras disposiciones –y ya estudiadas– del Código Civil, como el artículo 1203, que obliga a imputar al primer acervo imaginario todo desembolso hecho en *pago "útil" de una deuda* de un legitimario que sea descendiente. Debemos recordar que dicho acervo tiene lugar cuando se hacen "donaciones" (jurídicamente hablando); por consiguiente, existe y produce todos los efectos de tal, desde que se paga la deuda, sin que sea necesaria la insinuación previa.

A mayor abundamiento, el artículo 1397 del mismo cuerpo legal que instituye que son donaciones *el que paga una deuda a sabiendas lo que en realidad no debe*, es decir, desde que "paga" hay donación y produce sus efectos; o desde que se hace la remisión, éstos son ejemplos palpables de nuestros asertos, sin perjuicio de realizar, posteriormente, la insinuación cuando sea necesario (de acuerdo al art. 1653)⁶².

II. ANÁLISIS DE LOS LEGITIMADOS PARA ALEGAR LA INEFICACIA DE UNA DONACIÓN

Una vez que ha quedado suficientemente demostrado que la *insinuación* puede ser realizada eficazmente con posterioridad a la donación, y además, que ella produce todos sus efectos desde que se ha convenido o dado o efectuado la prestación del objeto donado (lo que ocurra primero), queda por abordar dos aspectos distintos: *primero*, analizar si una persona (y en particular el SII) puede desconocer la existencia de una donación -entendiendo que no produce efecto alguno- mientras no se haya hecho la insinuación, y; *segundo*, averiguar si dicho Servicio tiene la legitimación activa para incoar su nulidad en algún momento.

Para tratar el primer aspecto, hay que recordar, nuevamente, el artículo 1401 inciso 1º del Código de Bello: "*La donación entre vivos que no se insinuare, solo tendrá efecto hasta el valor de dos centavos, y será nula en el exceso*". Por consiguiente, no cabe duda que la sanción es la nulidad en caso de inobservancia, lo que nos obliga a hacer un breve análisis de esta ineficacia aplicada al caso en estudio.

62 De esta manera, la insinuación es la autorización por la que se *consume* este acto jurídico de formación compleja.

Sin embargo, debemos hacer una advertencia: la *donación en estudio* es totalmente válida, pues como lo desarrollamos precedentemente, puede realizarse todavía eficazmente la insinuación⁶³, por lo que el análisis que realizaremos a continuación, es para despejar cualquier otra duda referente al caso.

1. LA NULIDAD COMO SANCIÓN Y SUS EFECTOS

La nulidad ha sido definida tradicionalmente como la sanción civil por la omisión de requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto según su especie y al estado o calidad de las partes⁶⁴.

En la legislación chilena, existe un principio básico para todos aquellos casos en que un acto o contrato pudiere adolecer de un vicio de nulidad, expresamente establecido en el artículo 1687, inciso 1º: "*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*" (la cursiva es nuestra).

La *unanimidad* de la doctrina y jurisprudencia chilenas han entendido que, en conformidad a esta norma, todo negocio jurídico que pudiere adolecer de un vicio de nulidad produce todos sus efectos, mientras una sentencia firme o ejecutoriada no declare la invalidez del acto. Dicho de otra manera, es la decisión de un Tribunal que conozca de la causa, el que puede privar de efectos jurídicos a un acto jurídico, de ningún otro ente o autoridad.

Así, a modo meramente ejemplar, pueden consultarse las obras de los profesores Luis Claro Solar⁶⁵, Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva⁶⁶, Arturo Alessandri Besa⁶⁷, Víctor Vial⁶⁸, Ramón Domínguez⁶⁹, por nombrar a

63 Téngase presente que a partir de pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia, ya no se podría hacer la insinuación, en aquellos casos en que la oferta ha caducado, por ejemplo en Corte Suprema, 2 de junio de 1909, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 7, sec. 1º, (Santiago: Imprenta Chile, 1909), p. 24, así como cuando en vida del causante realizó una donación, sin haber cumplido con dicho trámite, que luego es impugnada por los demás herederos, precisamente, por no haber cumplido con dicha autorización judicial, así se puede apreciar en Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 1883, Gaceta de los Tribunales, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1883), p. 283 y Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 1893, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1893), p. 609.

64 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNBURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HACLICKA, op. cit., p. 329.

65 LUIS CLARO SOLAR, op. cit., t. XII, pp. 561 y ss.

66 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNBURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HACLICKA, op. cit., p. 340.

67 ARTURO ALESSANDRI BESA, La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 618.

68 Víctor Vial del Rfo, op. cit., p. 277.

69 RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA RAMÓN, op. cit., p. 219.

los más destacados clásicos sobre la materia, así como las más de 30 sentencias en el Repertorio de Derecho y Jurisprudencia chilenas sobre este particular⁷⁰ y fallos recientes⁷¹.

Por consiguiente, si peregrinamente alguien sostuviere que dicha donación adolece de nulidad porque no se hizo la insinuación, el acto de todas formas produciría todos sus efectos mientras no haya una sentencia firme o ejecutoriada que la deje sin efecto.

En mérito de lo anterior, *nadie* en la legislación chilena, puede desconocer los efectos de una donación que implicó la transferencia gratuita e irrevocable de una parte de sus bienes a otra, que los acepta.

Aparte de este argumento de texto –que por tanto sería suficiente– otras razones abonan esta postura, como es el principio de la autonomía de la voluntad y el principio de conservación de los actos jurídicos.

Como es sabido, en la legislación chilena (al igual como ocurre en las demás legislaciones occidentales) puede celebrarse todo acto o contrato que no esté expresamente prohibido, lo que se conoce como el principio de la autonomía de la voluntad⁷². De esta manera, se entiende el poder que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares de regular por sí sus intereses y sus relaciones jurídicas con los demás sujetos⁷³.

Por consiguiente, ¿por qué no se le va a reconocer valor a un acto en que las partes libremente consintieron, en que una persona –por ejemplo– quería donar una cierta suma de dinero a su hijo, más aun, considerando que la insinuación puede ser realizada eficazmente una vez aceptada la donación? ¿En qué disposición civil se prohíbe que esto ocurra? La respuesta resulta más que categórica: en atención al principio de la autonomía de la voluntad y porque no hay disposición legal aplicable que lo prohíba, es que la donación que se realiza debe producir plenos efectos jurídicos.

En el mismo orden de ideas, este fue otro de los argumentos esgrimidos por una de las sentencias que sentó doctrina, en orden a dar pleno valor a la donación realizada antes de la insinuación: “Que por otra parte, no estando expresamente prohibido por la ley el acto de otorgar la escritura de donación y aceptación antes de la insinuación o autorización, tal escritura ha podido

70 Repertorio de Derecho y Jurisprudencia chilenas, t. VI, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), pp. 263 y ss.

71 Excma. Corte Suprema, 20 de enero del 2014, Rol 5818-2013, y misma Corte, 25 de octubre del 2012, Rol n.º 6180-2011.

72 JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los Contratos*, (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005), p. 241.

73 ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDIRRAGA y ANTONIO VODANOVIC HAČLICKA, *op. cit.*, p. 167.

extenderse previamente a la autorización, dado que es lícito ejecutar todo acto que la ley no prohíbe⁷⁴.

Por su parte, el principio *de conservación y utilidad de los contratos* abona también a esta posición. Explica el connotado catedrático italiano Luigi Cariota Ferrada: "La doctrina considera innegable la existencia del principio de conservación de los actos jurídicos"⁷⁵, que consiste en reconocer valor y eficacia a la actividad negocial que debe poder mantenerse en vigor lo más posible, con el objeto de la realización del fin práctico perseguido⁷⁶.

El jurista Francesco Messineo, explicándolo en cuanto a la interpretación de los contratos, sostiene que: "Cuando sea dudoso si el contrato en su conjunto (o también ciertas de sus *cláusulas individuales*) deba surtir algún efecto o no producir ninguno, deberá entenderse en el sentido en que pueda ser productor de *algún efecto* (y no en el sentido distinto, en que no podría tener ningún efecto): *ut res magis valeat, quam pereat*"⁷⁷.

Este principio se puede ver reflejado en diversas instituciones jurídicas, tales como la conversión del acto nulo, la ratificación, la confirmación, la nulidad parcial, la limitación de las personas que pueden solicitar la ineficacia de un acto jurídico, el saneamiento de la invalidez, la regla de utilidad de las cláusulas de un contrato, entre tantas otras⁷⁸.

El fundamento "reside en considerar que el empleo del instrumento práctico "contrato" por parte de los contratantes, tiende siempre a algún resultado (salvo el caso del contrato no serio) y que tal resultado (o eventualmente un resultado menor) debe ser garantido siempre que fuese posible, aunque por cualquier razón de carácter técnico-jurídico no pudiera, en rigor, lograrse dicho resultado"⁷⁹.

La doctrina nacional reconoce abiertamente este principio general⁸⁰, explicándolo de la siguiente forma el profesor Carlos Ducci, a propósito del art. 1562 del Código Civil: "...así se ha fallado que en caso de duda, una liberalidad testamentaria debe interpretarse en el sentido que le otorgue un efecto con preferencia a aquel que lo anula (Rennes 28 Juin 1881, D.P. 81.2.238). La misma disposición e idéntico concepto consagra el art. 1367 del Código Civil italiano bajo el epígrafe de 'Conservación del contrato'"⁸¹.

74 Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, Gaceta de los Tribunales de 1930, sentencia n.º 116, (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1930), p. 467.

75 LUIGI CARIOTA FERRADA, *El negocio jurídico*, (Madrid: Aguilar, 1956), p. 325.

76 *Ibidem*

77 FRANCESCO MESSINEO, *op. cit.*, p. 115.

78 *Ibidem*.

79 *Ibidem*.

80 Véase, a modo ejemplar, RAMÓN DOMÍNGUEZ AVILA, *op. cit.*, p. 195 y CARLOS DUCCI CLARO, *Interpretación Jurídica* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015), p. 212.

81 *Ibidem*.

Por consiguiente, haciendo una aplicación de este principio esencial al caso en estudio, nos conduciría –una vez más– a la misma conclusión, esto es, que debe reconocerse y dar plena eficacia y validez a una donación, aunque no se haya practicado el trámite de la insinuación, a menos que haya una resolución judicial que declare la invalidación de la misma.

2. ANÁLISIS PARA DETERMINAR SI EL SII PUEDE SOLICITAR LA NULIDAD DE LA DONACIÓN

Conforme lo ha entendido doctrina⁸² y jurisprudencia⁸³, en aquellos casos en que ha transcurrido el tiempo en que podía realizarse la insinuación y no se ejecutó, y posteriormente fue solicitada y declarada su nulidad, se ha sancionado con la nulidad absoluta por falta de una solemnidad exigida en cuanto a la naturaleza del acto.

Siendo así, debemos concentrar nuestro estudio en quienes pueden solicitar este tipo de nulidad, que son, a saber: a) por todo aquel que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; b) el juez, de oficio, puede declarar la nulidad absoluta de un acto o contrato cuando el vicio aparezca de manifiesto en este; y c) Por el ministerio público en el interés de la moral o la ley,

2.a) Primer caso: "Todo el que tenga interés en ello"

Como decíamos, se contempla como legitimado activo en materia de nulidad absoluta a "todo aquel que tenga interés en ello", esto es, a todo el que pueda tener un interés en la declaración de nulidad absoluta. Si bien el artículo 1683 es claro en cuanto a su enunciado, el sentido preciso de la disposición es amplio, de tal manera que resulta incierto cual es el interés que debe concurrir en una persona para entenderla habilitada para demandar la nulidad absoluta. Por ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han debido precisar las características y requisitos que tal interés debe reunir.

En este sentido, de un análisis tanto doctrinario como jurisprudencial, se puede desprender que, de manera uniforme, se han establecido como requisitos del interés necesario para demandar la nulidad absoluta, el carácter actual, patrimonial y cierto del interés invocado.

82 VÍCTOR VIAL DEL RÍO, VÍCTOR, op. cit., pp. 217-218 y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, op. cit., p. 707.

83 Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio del 2006, Rol n.º 2057-2003 y Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 28, (Santiago: Imprenta Chile, 1928), p. 591.

Hoy en día, tanto en doctrina como jurisprudencia, existe uniformidad en cuanto a que el interés invocado en materia de nulidad absoluta debe ser actual, patrimonial y cierto⁸⁴.

Sobre esta materia, el profesor Luis Claro Solar, ha sostenido que "esta acción o excepción de nulidad puede hacerse valer, por consiguiente, por todas las personas a quienes afecta el acto o contrato nulo. Desde luego, pueden alegar la nulidad las personas que han ejecutado o celebrado el contrato con el vicio o defecto que lo anula; puede alegarla también los herederos o cesionarios de las mismas personas, es decir sus causahabientes a título universal o singular; pueden hacerla valer igualmente los acreedores de las partes, para hacer volver al patrimonio de su deudor los bienes que, en el hecho, han salido de él por efecto del acto o contrato nulo; y en general basta justificar un interés pecuniario, actual directo o indirecto, en la declaración de la nulidad para que esta declaración pueda pedirse. Decimos interés actual pecuniario aunque no lo expresa la ley, porque no cabe en esta materia un interés puramente moral, como es el que motiva la intervención del ministerio público".⁸⁵

En el mismo sentido se pronuncian los profesores Alessandri, Somarriva y Vodanovic, para quienes "la palabra interés se encuentra tomada en un sentido restringido, esto es pecuniario y cierto"⁸⁶. De igual forma lo trata el profesor Víctor Vial del Río⁸⁷.

Reforzando que el interés debe ser actual, el profesor Ramón Domínguez dice: "Aquel fin es el de proteger un derecho o interés suyo afectado por el acto nulo. Si el interés naciera cuando el acto inválido ya existía, este no afectaría tal interés, desde que este ya existía cuando el interés nace y entonces el demandante habría de haber tomado la realidad tal cual era, es decir, con la presencia del acto precedente, aunque inválido. Es el contrato nulo el que con su existencia posterior va a introducir una alteración o privación contra la cual se defiende el titular mediante la alegación de la nulidad del acto perjudicial"⁸⁸.

En el mismo sentido, reiteradamente la Excm. Corte Suprema cuando ha señalado: "De lo anterior fluye que, aquél que inste por la aludida sanción debe exhibir un interés asociado a su declaración; interés que ha de ser uno de índole patrimonial, debe ser acreditado por quien pretende la nulidad y ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo, pues sólo de esa manera se produce la necesaria conexión entre el defecto y el interés que se

84 ARTURO ALESSANDRI BESA, *op. cit.*, p. 518.

85 LUIS CLARO SOLAR, *op. cit.*, p. 606.

86 JORGE ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, ANTONIO VODANOVICH HACLIKA, *Curso de Derecho Civil*, (Santiago: Editorial Nascimento, 1957), p. 522.

87 VÍCTOR VIAL DEL RÍO, *op. cit.*, p. 250.

88 RAMÓN DOMÍNGUEZ AVILA, *op. cit.*, p. 196.

alega⁸⁹; igualmente cuando resolvió: "...en fin, que ha de existir al tiempo de producirse el vicio correlativo, es decir, que sea coetáneo y no posterior a su verificación, porque sólo de esa manera se produce la necesaria conexión entre el vicio y el interés que se arguye"⁹⁰. Así, reiteradamente nuestros Tribunales Superiores⁹¹.

Aplicando todas estas consideraciones al tema en estudio, cabe preguntarse: ¿El Servicio de Impuestos Internos cumple con estos requisitos como para poder incoar la nulidad absoluta?

Para responder esta interrogante, habrá que averiguar si el Servicio tiene algún interés pecuniario al momento en que se celebró dicha donación. Es decir, si era un acreedor o alguien que, como consecuencia de este desplazamiento patrimonial, se viera perjudicado. Pues bien, el ente fiscalizador carece de interés, si el donante, al momento de la donación, no se encuentra en mora en el pago de algún impuesto, y que en virtud de aquella donación no pudiera cumplirlos. Insistimos, no existiendo impuestos pendientes por el donante, el Servicio carece de un interés pecuniario, que habilite el ejercicio de la acción.

Precisamente, y para que eliminar todo escollo interpretativo y que diera lugar para sostener que siempre el SII pudiera tener algún interés en los contratos celebrados por la partes, es preclaro el artículo 108 del Código Tributario que reza: "*Las infracciones a las obligaciones tributarias no producirán nulidad de los actos o contratos en que ellas incidan, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda, de conformidad a la ley, a los contribuyentes, ministros de fe o funcionarios por el pago de los impuestos, intereses y sanciones que procedan*".

Por ello, también la Excma. Corte, al señalar quienes son los principales protegidos con la insinuación, ha resuelto: "Aunque es verdad que la insinuación ha sido establecida principalmente en beneficio de los herederos del donante (que no puede desprender de todo o parte de su patrimonio con menoscabo de los derechos de sus descendiente), también lo es que el juez debe considerar la persona del donatario para autorizar la donación, ya que pueden afectar a éste inhabilidades o incapacidades, como las señaladas en el artículo 1391, que harían ineficaz la donación"⁹².

Esta es, verdaderamente, la razón de esta institución: es una forma indirecta de protección de las asignaciones forzosas, como lo reconoce unánimemente

89 Corte Suprema, de 3 de enero de 2011, Rol 4229-2009. Considerando 8°. El subrayado es nuestro.

90 Sentencia Corte Suprema, de 21 de junio de 2011, Rol 4266-2009. Considerando 8°.

91 Corte Suprema, 9 de mayo del 2002, Rol n.º 1146-2001 y Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril del 2004, RDJ, t. 101, sec. 2º, p. 23.

92 Corte Suprema, 6 de junio de 1927, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 25, (Santiago: Imprenta Chile, 1927), p. 206.

la doctrina nacional⁹³. También, lo podrá ser un acreedor que cumpla con los requisitos de *interés patrimonial, actual y cierto*, pero nunca el Servicio de Impuestos Internos –como hemos visto- por el pago del impuesto que debería pagarse por la celebración del acto mismo.

2.b) Segundo caso: El juez de oficio, cuando el vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato

El juez tampoco podría declarar la nulidad de oficio, pues aparte de los extensos argumentos dados en el capítulo anterior que demuestran la posibilidad de efectuar todavía eficazmente la insinuación –que excluyen por sí mismas esta posibilidad– se agregan las siguientes consideraciones:

a. Porque como ha resuelto acertadamente la jurisprudencia, para que el juez pueda declarar de oficio la nulidad, es necesario que se halle en presencia de legítimos contradictores, pues el juez no puede ni debe andar buscando o inquiriendo actos absolutamente nulos para declararlos como tales, y en el caso en estudio, no los hay⁹⁴.

Como ha quedado suficientemente demostrado que el SII no es un legítimo contradictor, por consiguiente, está absolutamente descartada la posibilidad de que pueda declararse de oficio una eventual nulidad.

b. Que, como desarrollamos previamente, la jurisprudencia se ha pronunciado en orden a sostener que no puede declararse la nulidad de oficio por el sólo hecho de no constar la insinuación en el mismo documento de la donación, pues podría constar en otro instrumento aparte, y desde ese momento, ya no aparece de "manifiesto", pues obligaría a recurrir a otro medio de prueba⁹⁵.

c. Por el carácter excepcional de la nulidad de oficio, pues se ha fallado: "Los casos excepcionales en que debe procederse de oficio en materia civil, por su naturaleza, han de circunscribirse rigurosamente a los términos literales de las disposiciones que los gobiernan"⁹⁶. No dándose las razones precedentes, entonces, no cabe la nulidad de oficio.

93 FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS, Derecho Sucesorio, (Santiago: Lexis Nexis, 2005), p. 379; MANUEL SOMARRIVA UNDUARRAGA, MANUEL, op. cit., t. II, p. 359.

94 Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 4, (Santiago: Imprenta Chile 1904), p. 89.

95 Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 1928, publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 28, (Santiago: Imprenta Chile, 1928), p. 591 y Corte Suprema, 7 de noviembre de 1928, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 27 (Santiago: Imprenta Chile, 1928), p. 33.

96 Revista de Derecho y Jurisprudencia, (Santiago: Imprenta Chile, 1928), t. 28, p. 591.

2. c) Tercer caso: El Ministerio Público en el solo interés de la ley o la moral

No divisándose razones para que pueda ser atacada la donación, ya sea porque nadie se ha visto perjudicado con este contrato, ni por el juez de oficio, tampoco lo podría ser por la hoy denominada Fiscalía Judicial (Ministerio Público para estos efectos), toda vez que no hay motivos contrarios a la moral en que una persona realice una donación a otra (que es un acto espontáneo y de la más profunda humanidad); por el contrario, la ley sí propende a la mutua colaboración entre los seres humanos, lo que estaría conforme con el Derecho.

CONCLUSIONES

1. En la doctrina y jurisprudencia existe consenso que la insinuación de la donación es una autorización judicial que puede ser realizada antes o después de la aceptación de la donación.

2. Lo anterior, es una correcta interpretación que se ha hecho de la institución en estudio, pues desde sus orígenes en el siglo IV d. C., la *insinuación* era concebida como un trámite posterior a la donación, inicialmente como una registración, y luego, durante el medievo, se discutía si la autorización judicial debía ser, o no, con conocimiento de causa, pero sin inconveniente a que pudiera ser ulterior a la aceptación o entrega de lo donado.

3. Durante el período de codificación, las legislaciones tomaron diversas posiciones, pero aquellas en que se mantuvo algún grado de autorización por parte de la autoridad, entendieron que se trataba de una "homologación", esto es, una aprobación judicial de un acto ya existente. En efecto, el Código Civil chileno, que habría tenido como fuentes del artículo 1401 del Código Civil, al Código Sardo y al del Cantón de Vaud así lo abordaban, y este último derechamente hablaba de "homologación". Igualmente, las "Concordancias" de don Florencio García Goyena, otro de los antecedentes de don Andrés Bello.

4. Además, desarrollamos un conjunto de argumentos adicionales al histórico, que permiten concluir de forma categórica, que la "insinuación" es una autorización que perfectamente puede ser realizada antes o después de una donación ya aceptada (y que haya implicado el *acto de disposición* en favor del donatario). Razones tan poderosas como que cuando la ley ha querido que un trámite sea "previo" lo ha dicho así expresamente, lo que *no* ocurre en esta materia; que la palabra *autorización*, en sus sentidos natural y técnico, obedece a la idea de "aprobación", lo que puede ser antes o después de un negocio; que al señalar que es competente para conocer de la insinuación el juez del domicilio del donatario, está reconociendo abiertamente que ya existe donación con anterioridad a dicha autorización, porque en caso contrario no podría hablar de "donatario"; que considerar como "donaciones" (de acuerdo al artículo

1397 *in fine*) el pago *a sabiendas* de lo no debido, así como la remisión de una deuda, y que sean entendidas como tales desde el mismo momento en que el donante realiza el *acto de disposición* en favor del donatario, sin perjuicio de realizar posteriormente la insinuación; que es una solemnidad de validez y no de existencia; así como varios otros argumentos desarrollados extensamente, son consecuencias inequívocas que la insinuación puede ser realizada después de la aceptación de la donación.

5. En consecuencia, la donación existe y produce sus efectos desde que las partes hayan convenido en ella, ya sea porque fue aceptada o realizado el acto dispositivo en favor del donatario, debiendo efectuarse luego la insinuación, cuando proceda.

6. Así las cosas, en el capítulo segundo, desarrollamos si podía, o no, el Servicio de Impuestos Internos, en conformidad a Derecho, desconocer los efectos de la donación, por el hecho que la insinuación no se haya realizado todavía al momento en que él interviene. En ese acápite, estudiamos que por disposición expresa del artículo 1687, aun cuando fuera interpretado (erróneamente) que sin dicha autorización la donación sería nula no sería obstáculo para sostener que ha nacido jurídicamente, pues en la legislación chilena los actos producen todos sus efectos, mientras una sentencia judicial firme no declare su ineficacia.

7. Asimismo, analizamos que el SII no tenía el interés patrimonial, cierto y actual, exigido por el artículo 1683, para ser legitimado activo de la acción de nulidad. En efecto, al tiempo de celebrarse la donación el Servicio no tenía interés alguno como para requerir la ineficacia del acto, no cumpliendo, por tanto, con dicha exigencia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

ABRAHAM KIVERSTEIN, Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos. Santiago: Editorial El Jurista, 2012.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, ANDRÉS BELLO codificador. Santiago: Ediciones de la Universidad de Chile, 1982.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, Derecho Privado Romano. Santiago: Legal Publishing, 2013.

ALEJANDRO GUZMÁN BRITO, De las donaciones entre vivos. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

ARTURO ALESSANDRI BESA, La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

- ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, ANTONIO VODANOVIC HAKLICKA, *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.
- ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, ANTONIO VODANOVICH HACLICKA, *Curso de Derecho Civil*. Santiago: Editorial Nascimento, 1957.
- ARTURO ALESSANDRI, RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HACLICKA, *Fuentes de las Obligaciones*, t. IV. Santiago: Editorial Nascimento, 1942.
- ARTURO ALESSANDRI, RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC HACLICKA *Tratado de las Obligaciones*, t. I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- CARLOS DUCCI CLARO, *Derecho Civil Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- CARLOS DUCCI CLARO, *Interpretación Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2015.
- FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS, *Derecho Sucesorio*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.
- FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, t. II. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica–Editorial, 1852.
- FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Europa América, 1952.
- FRANCISCO MERINO SCHEIHING, *Estudio crítico de la jurisprudencia del Código Civil. Donaciones entre vivos*. Santiago: Editorial Universitaria, 1968.
- HENRI MAZEAUD y JEAN MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil, Parte IV, Vol. III*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1976.
- HERNÁN CORRAL TALCIANI, *En defensa de la Insinuatio donationis*, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 26, n.º 3, (1999), p. 635.
- JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA, *Los Contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- JUAN ORREGO ACUÑA, *Donaciones entre vivos*, p. 15, disponibles en <https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5567056771/Donaciones+entre+Vivos.pdf?t=1312091989>
- LUIGI CARIOTA FERRADA, *El negocio jurídico*. Madrid: Aguilar, 1956.

LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, *Derecho Sucesorio*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012.

MARCEL PLANIOL, y GEORGE RIPERT, *Tratado práctico de Derecho Civil francés*, t. VIII. La Habana: Cultural S.A., 1940.

NELSON CARTAGENA, *El aporte de don Andrés Bello a la lingüística y filología modernas*, *Boletín de Filología*, Tomo XLIX, año 2014, n.º 1, pp. 135-148.

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *Teoría General del negocio jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2011.

RAÚL LECAROS ZEGERS, *El acto jurídico en el Código Civil chileno*. Santiago: Editorial de la Universidad Católica de Chile, 1997.

RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Las Obligaciones*. Santiago: Editorial Legal Publishing, 2014.

RENÉ ABELIUK MANASEVICH, *Tratado de jurisprudencia y doctrina de Derecho Sucesorio*. Santiago: Thomson Reuters, 2001.

Repertorio de Derecho y Jurisprudencia chilenas, t. VI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

SAVIGNY, F. C., *Traité de Droit Romain*, t. IV, traducido por Guenoux. Paris: Librairie de Firmin Didot Freres – Imprimeurs de l' Institut de France, 1856.

VÍCTOR VIAL DEL RÍO, *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema.

Corte Suprema, 2 de junio de 1909, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 7, sec. 1. Santiago: Imprenta Chile, 1909.

Corte Suprema, 6 de junio de 1927, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 25. Santiago: Imprenta Chile, 1927.

Corte Suprema, 7 de noviembre de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 27. Santiago: Imprenta Chile, 1928.

Corte Suprema, 9 de mayo del 2002, Rol 1146-2001.

Corte Suprema, de 3 de enero de 2011, Rol 4229-2009.

Corte Suprema, de 21 de junio de 2011, Rol 4266-2009.

Corte Suprema, 25 de octubre del 2012, Rol 6180-2011.

Corte Suprema, 20 de enero del 2014, Rol 5818-2013.

Cortes de Apelaciones.

Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de agosto de 1867, Gaceta de los Tribunales, sentencia n.º 1.337. Santiago: Dirección General Prisiones, 1867.

Corte de Santiago, 7 de abril de 1883, Gaceta de los Tribunales. Santiago: Dirección General de Prisiones, 1883.

Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 1893, Gaceta de los Tribunales. Santiago: Dirección General de Prisiones, 1893.

Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 1928, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 28, sec. 1º. Santiago: Imprenta Chile, 1928.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 31 de marzo de 1930, Gaceta de los Tribunales, Sentencia n.º 116. Santiago: Dirección General Prisiones, 1930.

Corte de Apelaciones de Santiago, 7 de abril de 1883, Gaceta de los Tribunales. Santiago: Dirección General de Prisiones, 1883.

Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de diciembre de 1893. Santiago: Dirección General de Prisiones, 1893.

Corte de Apelaciones de Santiago, 8 de junio del 2006, Rol n.º 2057-2003;

Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de abril del 2004, Revista de Derecho y Jurisprudencia, t, 101. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de agosto de 1928, publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. 28. Santiago: Imprenta Chile, 1928.