

SECCION II.—De las excepciones al principio de la solemnidad de las donaciones.

270. El artículo 1,121 dice: “Se puede estipular en provecho de un tercero, cuando esa es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo, ó de una donación que se hace á otro. El que hace esa estipulación no puede ya revocarla, cuando el tercero ha declarado que quiere aprovecharla. Resulta de esto una primera derogación del derecho común, y es que la aceptación de la liberalidad hecha en forma de estipulación por un tercero no debe ser expresa. De esto resulta una segunda derogación más importante, y es que una liberalidad puede hacerse como cláusula accesoria de un contrato oneroso, sin observancia de las solemnidades prescriptas para las donaciones. El artículo 1,973 da un ejemplo de ello. “La renta vitalicia puede constituirse en provecho de un tercero, aunque el precio lo procure otra persona. En este caso, aunque ella tenga los caracteres de una liberalidad, no está sujeta á las formas requeridas para las donaciones.” Si yo viendo un dominio estipulo que el comprador pagará, además de su precio, una renta vitalicia de mil francos á mi madre, hago una liberalidad á ésta; pero siendo esta liberalidad al mismo tiempo el precio de la venta, forma una cláusula de un contrato oneroso, y con este título está dispensada de las solemnidades prescriptas para las donaciones. Insistiremos sobre esta cuestión en el título de las *Obligaciones*.

271. La remisión de una deuda puede hacerse á título gratuito; y en este caso, constituye una verdadera liberalidad. Pero ésta no está sujeta á las formas solemnes de las donaciones. El mismo texto del código lo prueba, supuesto que acepta la remisión tácita á título gratuito (arts. 1,282 y 1,283). Esta excepción se funda en el favor que la ley con-

cede á la liberación del deudor: Puede haber también liberalidad en forma de pago cuando un tercero paga á pesar del deudor y sin tener la intención de repetir lo que paga. Nosotros insistiremos acerca de esta materia en el título de las *Obligaciones*.

272. Hay excepciones que no están consagradas por el texto del código. Son, en primer lugar, los donativos manuales que tienen por fundamento la tradición. Son, en seguida, las donaciones encubiertas bajo la forma de un contrato oneroso, cuya jurisprudencia admite la validez á pesar de las protestas de su doctrina. Vamos á tratar de estas dos excepciones.

273. Por último, hay excepciones á la regla de la aceptación expresa. Según los términos del artículo 1,087, "las donaciones hechas por contrato de matrimonio no podrán atacarse ni declararse nulas sin pretexto de falta de aceptación." La razón consiste, á lo que se dice, que por el hecho de la celebración del matrimonio, los cónyuges aceptan todas las cláusulas de su contrato de matrimonio, tanto para ellos como para sus hijos. (1) Si tal fuera la razón, no sería decisiva, porque probaría demasiado; podría decirse lo mismo al donatario que confirma el contrato; ciertamente que no hay duda de que él consiente, pero la ley no se conforma con el consentimiento, sino que exige una aceptación solemne. La cuestión está, pues, en saber por qué la ley dispensa de esa solemnidad á las donaciones hechas por contrato de matrimonio. Si la ley multiplica las solemnidades para las donaciones ordinarias, es porque quiere estorbarlas: ella favorece, por el contrario, las donaciones por contrato de matrimonio, supuesto que ellas favorecen el matrimonio; luego debía libertarla de condiciones que no tienen fundamento racional.

1 Coin-Delisle, pág. 196, núm. 25 del artículo 26.

Los artículos 1,048 y 1,049 autorizan la substitución fideicomisaria en los dos casos que ellos proveen. Cuando la substitución se hace por donación, debe aceptarse en términos expresados por el substituido. ¿Es preciso también que haya una aceptación á nombre de los substituidos? No, dice Pothier, porque las donaciones fideicomisarias consisten en una donación hecha al donatario directo, más bien que en un convenio hecho con el substituido. (1) De todos modos, lo cierto es que los substituidos opondrán la substitución en virtud de la donación, es decir, como donatarios. Si la ley no prescribe aceptación á nombre de ellos, es porque la substitución comprende á los hijos por nacer, á cuyo nombre es imposible hacer una aceptación, supuesto que no existen en el momento de la donación. Sucede lo mismo con la institución contractual, que comprende igualmente á los hijos por nacer del matrimonio, sin que esté prescripta una aceptación en su nombre.

§ I.—DE LOS DONATIVOS MANUALES.

Núm. 1. El principio.

274. La doctrina y la jurisprudencia admite que los donativos manuales son válidos, sin la observancia de las solemnidades prescritas por la ley, para las donaciones hechas por escritura (2). Esta excepción, que no está escrita en el texto del código, se funda en la tradición. La ordenanza de 1131, decía lo mismo que el código civil: "*Todos los actos de donación entre vivos se celebrarán ante notarios, y de ellos quedará una minuta, so pena de nulidad.*" Se preguntó á d'Aguesseau, el autor de la ordenanza, si dicha disposición se aplicaba á los donativos manuales. El can-

1 Pothier, *Costumbre de Orleans Introducción al título 15*, núm. 43.

2 Ooin-Delisle, pág. 20, núm. 12 del artículo 893. Sentencia de la corte de casación de Bélgica (*Bélgica judicial* de 6 de Febrero de 1863 y *Pasjerisja*, 1863, 1, 424).

ciller contestó: "Respecto de un donativo que se consumiese sin acto por la tradición real de un mueble ó de una suma módica, el art. I de la ordenanza, al no hablar más que de las *escrituras de donación*, no se aplica á lo que no necesita de ninguna ley." Furgole dice que esto era así antes de la ordenanza de 1731. (1) Así, pues, un antiguo uso consagra la validez de los donativos de *gallina ciega*, según se les llamaba en otra época. Ahora bien, el artículo 931, reproduce textualmente la ordenanza, y la reproduce tal como se interpretaba y aplicaba en el antiguo derecho. El relato del tribunado se explica formalmente. "Debemos hacer notar, dice él, que el proyecto se sirve de los términos: *toda escritura de donación*. Toda escritura..... El proyecto no habla de los donatarios manuales, y nó sin motivo. No hay en esto más regla que la tradición, salvo, no obstante, la reducción y el reintegro en los casos de derecho. (2)

A primera vista, los artículos 893 y 931 parecen contrarios á esta doctrina. El art. 893 dice: "*No se podrá disponer de los bienes propios á título gratuito, sino por donación entre vivos ó por testamento, en las formas precedentemente establecidas*." Y el art. 931, añade que estas formas son una escritura notariada de la que queda minuta. Parece resultar de esto que se necesita indispensablemente de las formas y que la donación es siempre un contrato solemne. Se contesta que el único objeto del art. 893 ha sido prohibir las donación á causa de muerte, que existían en el antiguo derecho. Esto es verdad, pero debe confesarse que la ley está mal redactada; las palabras en *las formas precedentemente establecidas*, tomadas literalmente, tienen un sentido restrictivo, y excluyen, en consecuencia, toda liberalidad que no sea solemne. Estas palabras son demasiadas, por-

1 D'Aguesseau, 290 (t. 9°, pág. 361).

2 Jaubert, Informe, núm. 45 (Loaré, t. 5°, pág. 353.)

que tomadas en su sentido natural, se hayan en oposición con textos positivos; los artículos 1,121 y 1,793 autorizan donaciones dispensadas de toda forma solemne; sucede la mismo con los artículos 1,282 y 1,283. Hay, pues, que admitir, con la doctrina y la jurisprudencia, que los donativos manuales no están comprendidos en el artículo 931.

275. Queda por saber si hay motivos jurídicos que justifiquen esta derogación del derecho común. Se dice que la tradición es una manera de transmitir la propiedad. Esto no es exacto; el artículo 711 no menciona la tradición entre los modos que transmiten la propiedad, y el artículo 1,141 no dice lo que se le hace decir: y lo probaremos en el título de las *Obligaciones*. Se añade que cuando una persona ha entregado el mueble que le pertenecía con la intención de transferir su propiedad á título gratuito, no se ve por qué la persona que lo ha recibido no vendría á ser propietario de él: ¿acaso esta tradición no satisface las condiciones esenciales de la donación? ¿el donador no está despojado actual é irrevocablemente de la cosa donada (1)? Contestamos que el razonamiento se coloca al lado de la cuestión. No se trata de saber si la propiedad se transmite por la tradición, se trata de saber por qué los donativos manuales están libres de las solemnidades prescritas para las donaciones en general. Ahora bien, los motivos por los cuales el legislador ha hecho de la donación un contrato solemne, se aplican á los donativos hechos de mano á mano, tanto como á las donaciones inmobiliarias. Estos motivos tienen aun mayor gravedad. Se quiere garantizar la libertad del donador, y se le pone á discreción de la captación y de la codicia que pueden arrancarle en un momento toda su fortuna. Se invoca además la máxima consagrada por el artículo 2,279: "En materia de muebles, la posesión equivale á título." La posesión es suficien-

1 Demolombe, t. 20, pág. 52, núm. 57.

te al donatario, se dice; no se necesita de un título para reclamar la ejecución de su liberalidad, supuesto que está afianzado de las cosas donadas y que puede oponer la posesión á todos los que pudieran reivindicarlas contra él (1). Siempre la misma confusión. La solemnidad de la donación no tiene únicamente por objeto asegurar su irrevocabilidad. Ella tiende antes que todo á conservar los bienes en las familias, y está destinada á garantir la libre voluntad del donador. ¿Qué tiene de común el artículo 2,279 con estas graves consideraciones?

276. ¿Cómo es que el derecho antiguo, al cual se reprocha una verdadera aversión por las donaciones entre vivos, haya admitido la validez de donativos libres de toda solemnidad? Hay otro principio tradicional que justifica esta aparente anomalía. Cuando Pothier escribía que el espíritu del derecho francés es conservar los bienes en las familias, sólo pensaba en los inmuebles; los inmuebles sólo eran propios, no se cuidaba casi de las cosas mobiliarias; luego la posesión se reputaba vil en tiempos antiguos. D'Aguesseau añadía otra restricción á la interpretación que él daba de la ordenanza, y es que los donativos manuales fuesen módicos. Restringida de este modo, se comprende la excepción; los donativos módicos no atraen á los que tienen por oficio la captación, y es bastante natural que no esté uno obligado á presentarse ante un notario para dar un recuerdo á un amigo. Se ha sostenido ante los tribunales que la excepción debía limitarse á los donativos módicos, según lo decía el autor de la ordenanza; las cortes han rechazado siempre tal restricción (2); ella, en efecto, es inadmisibile. Desde el momento en que el artículo 931 no es aplicable á los donativos manuales,

1 Duranton, t. 8°, pág. 410, núm. 388; Dalloz, núm. 1,601.

2 París, 31 de Agosto de 1842 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,636).

éstos vuelven al derecho común, es decir, que quedan libres de toda solemnidad, sin que se distinga entre los donativos módicos y los considerables. ¿Cuándo es módico un donativo y cuándo no lo es? El legislador sería el único que pudiera establecer tal distinción. Claro es que en nuestras sociedades modernas sería necesaria una distinción cualquiera. La riqueza mobiliaria toma cada día una importancia creciente; hay fortunas considerables que son exclusivamente mobiliarias. ¿Es razonable que se puede disponer de millones en cartera sin solemnidad y, por lo tanto, sin garantía alguna, mientras que para disponer de un rincón de tierra, se necesita una escritura notariada y una aceptación expresa? ¿Si se encuentra que tales formalidades no ofrecen ninguna garantía que queden abolidas! La diferencia entre los muebles y los inmuebles carece ya de sentido.

Citaremos en el curso de nuestras explicaciones, algunos principios que prueban el riesgo de los donativos manuales libres de toda condición. Véamos un caso en el cual el valor de las cosas donadas ha sido objeto del debate. Un anciano octogenario muere sin hijos; pocos días antes de su muerte, un sobrino, que vivía con él hacía varios años, fué descubierto llevándose varios sacos que parecían contener dinero. En efecto, no se encontró ningún valor en numerario en la habitación del difunto. Reclamación de los herederos, querella de ocultación y de distracción de fondos. El sobrino declara, que recibió de su tío, á título de donativo manual, 25,007 francos y 50 céntimos de los cuales 24,000 eran para sus hijos y el resto para él, cuya suma había él trasladado á su casa conforme á las voluntades del difunto. La corte de Rouen, fundándose en las circunstancias de la causa, admite esta diferencia. (1)

1 Rouen, 24 de Julio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 86). Compárese Gante, 27 de Marzo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 92) y Bruselas, 15 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2°, 134).

¡Cuántas veces debe suceder que el pretendido donativo manual es una ocultación! La ley no debería procurar un pretexto á los culpables.

Núm. 2. Condiciones requeridas para la validez del donativo manual.

1. De la tradición

277. El donativo manual es un donativo hecho de mano á mano; luego implica la remisión por el donador al donatario, es decir la tradición. ¿Cuándo hay tradición? El artículo 1,141 dice que si una cosa mobiliaria es sucesivamente vendida á dos personas, aquella de las dos que haya sido puesta en *posesión real* es preferida y permanece como propietaria. Hay otro artículo que habla de la tradición que el vendedor está obligado á hacer al comprador. Según los términos del artículo 1,606, la entrega se opera, ó por la *tradición real*, ó por la entrega de las llaves de los edificios que los contienen, si el traslado no puede ejecutarse en el momento de la venta, ó si el comprador las tenía ya en su poder con otro título. ¿Cuál de estas tradiciones se requiere para el donativo manual? El nombre lo indica; se necesita una *tradición real* ó una toma de *posesión real* de la cosa que el donador quiere donar. (1) Si el donador, á la vez que quiere donar, conservara la cosa con otro título, el de préstamo ó arrendamiento por ejemplo, no habría donativo manual, porque el donador quedaría investido, y sólo por la entrega en manos del donatario es por lo que se perfecciona el donativo manual. Pero habría tradición real si el donatario estuviera ya en posesión de la cosa con otro título, y si el donador declarase que quiere que el detentor la guarde á título de donación. Aquí no obstante, hay incertidumbre y riesgo; el donativo

1 Denegada; 12 de Diciembre de 1815 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,631):

manual resulta no de una entrega por una de las partes á la otra, sino que en realidad se funda en una declaración de voluntad que cambia el título del detentor; ¿no habría debido el legislador exigir que el cambio de voluntad que transforma en donación un préstamo, ó un arrendamiento, constase en una escritura? En el silencio del código, sería imposible exigir tal condición; desde el momento en que el donatario está en posesión real de la cosa, en virtud de la voluntad del donador y á título de donación, hay donativo manual. (1)

Veamos una aplicación del primer requisito para que haya donativo manual. Dos personas viven en concubinato; á la muerte de una de ellas, la otra se encuentra en posesión de tres acciones y de ocho obligaciones, de los caminos de ferro del Mediodía: la mujer pretende que ella las compró y que se le han entregado á título de donativo. ¿Había donativo manual? El hecho solo de la retención no establece ciertamente la existencia de un donativo manual; pero teniendo el detentor la posesión ¿no puede invocar la máxima del artículo 2,279 "en materia de muebles, la posesión equivale á título?" Más adelante insistiremos sobre la cuestión de prueba. En el caso de que se trata, se resolvió que no había donativo manual. Los hechos de la causa no dejaban duda alguna acerca de este punto, y, no obstante, prueban cuán fácil es el abuso en esta materia. Constaba que al difunto había mandado comprar esos valores por un agente de cambio, y que personalmente había percibido los cupones de intereses y los dividendos. Al hacerse el inventario, la concubina había afirmado con juramento que nada había tomado ni desviado de los objetos y valores de la sucesión; en primera instancia, ella había guardado el silencio más absoluto sobre las insinua-

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 479 y nota 16.

dones concernientes á la desaparición de dichos valores, de los cuales los herederos del difunto decían que ella debía tener conocimiento; sólo hasta apelación confesó que ella los poseía, agregando que los había recibido como donativo manual. La corte de Burdeos falló que el donativo manual implica la tradición clara y constante, ahora bien, nada probaba que hubiese habido tradición; la pretendida donadora; en lugar de proceder como propietaria, había hecho percibir los intereses y dividendos á un tercero, á fin de desviar las pesquisas de los herederos. De aquí concluyó la corte que no había habido tradición, ni por consiguiente, donativo manual. (1)

278. La tradición presenta una dificultad particular. Según los términos del artículo 948, la escritura de donación de efectos mobiliarios, no es válida sino para los efectos de los cuales se haya agregado un estado estimativo á la minuta de la donación. Se supone que hay una escritura, pero nula en la forma; ¿la tradición de las cosas comprendidas en la donación equivaldrá á donativo manual? Remitimos la cuestión al artículo 948.

279. Del principio que necesita una tradición y una posesión reales, síguese que el donatario manual no puede tener por objeto más que muebles corpóreos, no pueden donarse créditos de mano á mano. En efecto, toda donación es un contrato translativo de propiedad; luego no hay donatario manual sino cuando el donatario es propietario. Ahora bien, la propiedad de los muebles corpóreos se transfiere por la tradición en el sentido de que el poseedor puede invocar la máxima del artículo 2,279; en materia de muebles, la posesión equivale á título. Pero esta máxima no se aplica á los muebles incorpóreos, es decir, á los derechos y á los créditos. Esto lo admiten la doctrina y la jurisprudencia, según lo diremos en el título de la *Prescrip-*

1 Burdeos, 19 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 222):

ción. No es suficiente ser detentor del escrito que comprueba un crédito porque se tenga la calidad de acreedor. Lo que lo prueba es que, conforme al artículo 1,240, el pago no es válido sino cuando se hace de buena fe, al que se halla en posesión del crédito, es decir, de la calidad de acreedor; el que retiene el escrito no posee el crédito, no puede hacerlo valer, luego no es acreedor, y por lo tanto, la entrega del escrito no es suficiente para transferir la propiedad del crédito; luego un crédito no puede ser objeto de un donativo manual. Concluimos, con la corte de casación, que la sola retención del título no es, para el detentor, una presunción de propiedad; se necesita que el que pretende que se le han donado créditos, justifique que se le ha hecho la transmisión, ó por una escritura de donación, ó por un contrato oneroso. En vano se objta que los artículos 1,607 y 1,689 admiten la tradición para los créditos. Sin duda que el cedente debe entregar al cesionario el crédito que es objeto de la venta, y esta liberación se hace por la entrega de los títulos; pero esta liberación supone que hay una translación de propiedad que la precede; así pues, la tradición no tiene por objeto transferir la propiedad de la cosa, supuesto que la propiedad está ya transmitida; mientras que en el donativo manual la tradición implica traslado de la propiedad. Se objetan, además, los artículos 1,282 y 1,283, por cuyos términos la entrega del escrito comprueba el crédito, hecho por el acreedor al deudor; opera liberación de este último, lo que lo vuelve, á lo que se dice, propietario del crédito. No, no hay, en este caso, traslado de propiedad, porque el crédito ya no existe, se ha extinguido por la voluntad del acreedor, y esta voluntad de extinguir el crédito resulta de la entrega del título que constituye su prueba. Hay liberalidad, es cierto, si la remisión de la deuda tiene lugar á título gratuito; pero esta liberalidad nada tiene de común con el donativo

manual que, lejos de extinguir el crédito, transmite su propiedad al donatario.

La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo sobre el principio. Vamos á dar una aplicación que hará comprender su importancia. Un hombre, en el momento de morir, entrega su cartera á un amigo, diciéndole: "Aquí tienes mi cartera, te la doy como amigo." El donatario hizo su declaración al juez de paz al fijarse los sellos; y fué confirmada por el testimonio de dos criados. La fortuna del difunto se elevaba á más de 200,000 francos; el donatario de la cartera declaró en la oficina del registro, que la cartera consistía en cinco obligaciones notariadas y nueve obligaciones bajo forma privada, todo, importando junto, la cantidad de 20,145 francos. Más tarde, los herederos del difunto reclamaron contra el pretendido donatario la restitución de la cartera, ó de lo contrario una suma de 16,000 francos, presunto valor de los títulos que contenía. La corte de Lyon acogió su demanda, pero limitando la suma á 20,145 francos, salvo á los herederos el rendirla prueba de que los efectos se elevaban á una suma más considerable. A recurso interpuesto, recayó una sentencia de denegada apelación que está apenas motivada. "En atención, dice la corte, á que el código civil distingue los objetos cuya propiedad se transmite por donativo manual, de aquellos que no son transmisibles sino por la vía de cesión ó traslado." (1) El código no hace ciertamente tal distinción, supuesto que ni siquiera habla de los donatarios manuales; pero la distinción resulta de los principios. (2) Puede uno preguntarse si estos principios habrían sido admitidos alguna vez en el antiguo derecho, si la riqueza mobiliaria hubiera tenido la importancia que

1 Denegada, 24 de Julio de 1822 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,617, 2°).

2 Véase una sentencia muy motivada de la corte de Pau, 1° de Marzo de 1840 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 2,629).

después ha adquirido. Es cierto que esos valores considerables consisten sobre todo en créditos, y la jurisprudencia, de acuerdo con la doctrina, rechaza los donativos manuales de créditos; pero nosotros vamos á ver que esto es de otro modo respecto de los efectos al portador, y tales valores son los que han tomado una extensión tan grande, á causa del desarrollo prodigioso del comercio y de la industria.

280 Los usos del comercio admiten una tradición real de valores comerciales. Importa que conste el hecho bajo el punto de vista práctico. Véamos el caso que se presentó ante la corte de La Haya. El socio de una casa de comercio, deja á su salida una suma considerable á cuenta de depósito de dicha casa. Da orden de poner á nombre de tres personas una suma de 66,000 florines para cada una; esto apera una transmisión de propiedad; la casa de comercio queda liberada con el depositario, hasta la concurrencia de las sumas transferidas de una cuenta sobre la otra, y se vuelve al mismo tiempo deudora respecto de aquellos en cuyo provecho tuvo lugar la translación. Desde dicha translación, los donatarios habían percibido los intereses de las sumas puestas á su cuenta, lo que implicaba la aceptación. La translación y la aceptación equivalen á la tradición real, dice la sentencia. (1) Esto es lo que los antiguos jurisconsultos llamaban tradición *brevi manu*. Como los usos del comercio reconocen esa tradición, esto decide la cuestión de la validez de la donación: desde el instante en que hay tradición, hay donativo manual.

281. El principio de que los créditos no pueden ser objeto de un donativo manual, recibe excepción para los billetes al portador, así como para todos los títulos que no son nominativos. Por mejor decir, se vuelve á la regla

1 La Haya, 9 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 10, Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,622, 1°).

general; la propiedad de los efectos al portador se transmite por la entrega del título, de la misma manera que la propiedad de los muebles corpóreos. Esto es mas cierto para los valores que para los inmuebles. La tradición no es un modo de translación de las cosas mobiliarias, como tampoco para los inmuebles; todo lo que puede decirse, es que la posesión de buena fé implica la existencia de un acto translativo de propiedad, sea de una venta, sea de un donativo manual; tal es el fundamento de la máxima de que en materia de muebles, la posesión equivale á título. Este principio recibe su aplicación *á fortiori* á los efectos mobiliarios que se transmiten regularmente de mano á mano; para los efectos al portador propiamente dichos, hay una disposición formal en el código de comercio (art. 35), y para las acciones y obligaciones industriales y comerciales, la razón para decidir es idéntica (1). En este punto es en donde la doctrina de los donativos manuales presenta graves riesgos. Un instante de debilidad es suficiente para que un hombre despoje á sus herederos de toda su fortuna. Citaremos un caso en el cual la corte de casación mantuvo el donativo, porque las circunstancias de la causa eran favorables al donatario. El difunto dejaba dos hijos; hacía algunos años que tenía á su lado una dama de compañía, que lo asistió en el curso de su última enfermedad. Al practicarse el inventario, que se hizo al día siguiente del fallecimiento, esa señorita entregó al consejo judicial de uno de los hijos, algunas inscripciones de renta 3 p. c. al portador, de su valor, en renta de 10,000 fr.; más tarde ella reclamó su restitución porque el difunto se los había dado algunos días antes de su muerte. Los herederos pretendieron que valores de tanta consideración no

1 Duranton, t. 8º, pág. 415, núm. 392; Aubry y Rau, t. 5º, página 480, nota 20; Demolombe, t. 20, pág. 69, núm. 89, y los autores que ellos citan.

podían ser objeto de un donativo manual. La corte de París hizo válido el donativo, pero, interpretando la voluntad del donador, ella limitó la liberalidad al usufructo de los efectos donados. A recurso intentado, recayó una sentencia de denegación. Bajo el punto de vista de los principios, la cuestión no era dudosa. Tratábase de valores al portador transmisibles por la sola tradición, sin traslado ni endose; luego podían ser objeto de un donativo manual (1). ¡Pero que contradicción entre el principio de los donativos manuales y los motivos por los cuales el legislador prescribe formas tan rigurosas para las donaciones y los testamentos! Claro es que hay un vacío en la ley; nada impide que se prescriban formas para la transmisión de valores de cierta importancia, que se comprueban por escrito. Señalamos el vacío, porque presenta grandes riesgos bajo el punto de vista de la libertad del disponente y en lo que concierne á la capacidad del donatario.

282. Las letras de cambio y los billetes á la orden están regidos por otros principios; se necesita un endose para transferir su propiedad. De aquí surgen numerosas dificultades en lo concerniente á los donativos manuales; nosotros las examinaremos más tarde al tratar de las donaciones encubiertas.

283. Se ha presentado en varias ocasiones la cuestión de saber si un manuscrito puede ser objeto de un donativo manual. Ya se subentiende que puede donarse un manuscrito como objeto mobiliario. ¿Pero qué derecho conferiría ese donativo al donatario? ¿Tendría derecho á publicar el manuscrito? ¿El donativo del manuscrito implica traslado de la propiedad literaria? Creemos que la negativa resulta de los principios que acabamos de establecer y que están unánimemente reconocidos por la doctrina y por la ju-

1 Denegada, 6 de Febrero de 1844 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,636).

jurisprudencia. La propiedad literaria es un derecho, luego es una cosa esencialmente incorporea; ahora bien, el donativo manual, en opinión de todos, no puede tener por objeto más que muebles corpóreos. (1) Esto es decisivo. Sin embargo, la opinión contraria es la que se enseña con más generalidad. El manuscrito, dicen, es un objeto corpóreo que está bajo el dominio del artículo 2,279, y el derecho de publicarlo, no es más que una consecuencia de la transmisión del derecho de propiedad perfeccionado ya por la translación manual. (2) Este razonamiento es una verdadera petición de principio; se supone que la *propiedad literaria* se transmite con la entrega del manuscrito, y esa es precisamente la dificultad. Otros dicen que todo depende de la intención del que dona el manuscrito. (3) Esto es también inexacto; ¿la intención de donar es suficiente para que sea válida la donación de un crédito? No, según la opinión de todos. ¿Cómo, pues, habría de ser suficiente para la validez del donativo de la propiedad literaria? Hay que decir de este derecho lo que la corte de casación ha decidido del donativo de un crédito; no bastando la entrega de mano á mano, la donación debe hacerse constar en escritura notariada, porque desde el momento en que no se está ya en la excepción, se vuelve á la regla.

La jurisprudencia no está todavía fija sobre la cuestión que estamos debatiendo. Una sentencia de la corte de Burdeos decide que el manuscrito, como obra literaria, puede transmitirse materialmente. (4) ¿No es esto unir dos palabras que riñen entre sí? ¿Se transmite un derecho *materialmente*? ¿pasa de manos del donador á las del donatario? En otro caso se falló que la entrega del manuscrito era el ac-

1 Aubry y Rau. t. 5º, pág. 480, nota 21.

2 Troplong, t. 1º, pág. 359, núm. 1,856; Demolombe, t. 20, página 70, núm. 71 y 72.

3 Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,615.

4 Burdeos, 4 Mayo de 1843 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,615).

cesorio de un *mandato* de publicar la obra literaria; se trataba de las cartas de Benjamín Constant á madame Recamier. (1) Por último, la corte de París ha considerado el donativo de los manuscritos hechos por Clénier, moribundo, como una donación a causa de su muerte, y como tal la anuló. (2) Se diría que las cortes retroceden ante una decisión clara y franca de la dificultad; á nuestro parecer, no hay ninguna dificultad, si quedamos fieles al principio que todos aceptan.

11. *Del concurso de voluntades.*

1. *De la voluntad de donar.*

284. El donatario manual es una donación, y toda donación es un contrato; luego se necesita concurso de voluntades para el donativo manual, como para la donación que se hace ante notarios. Una sola diferencia existe entre esas dos especies de donaciones: cuando se hace por escritura, el concurso de voluntades debe expresarse en formas solemnes para que el contrato exista, mientras que, como el donativo manual no es un contrato solemne, el concurso de voluntades se hace conforme al derecho común. Síguese de aquí, que la entrega de la cosa mobiliaria de mano á mano, no basta para que haya donación, es preciso que la entrega se haya hecho con la voluntad de gratificar á aquel á quien se dona la cosa. (3) Esto es elemental; pero la aplicación del principio no carece de dificultades. El donativo manual excluye todo escrito; luego no hay prueba literal de la voluntad de donar. ¿Cómo rendiría la prueba en caso de contienda? Se contesta: Conforme al derecho común. Hay que ver cuál es este derecho común.

1 París, 10 de Diciembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 1).

2 París, 4 de Mayo de 1816 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,607).

3 Tolosa, 11 de Junio de 1852 (Daloz, 1852, 2, 225).

285. El donativo manual supone que el donatario posee, por ser la posesión el primer requisito para que haya donativo manual. Ha sucedido, no obstante, que el donatario había poseído y que hasta el momento en que el debate se abra, no esté ya en posesión. Esto no impide que haya donativo manual, si se puede probar que la cosa litigiosa fué entregada por el donador al donatario con la voluntad de gratificarlo. ¿Cómo se rendirá esta prueba? La dificultad se ha presentado ante la corte de Gante. Una sobrina hacía varios años que vivía en la casa de su tío. Inmediatamente, después de la muerte de éste, se fijaron los sellos. Se encontró entre los títulos y valores un paquete que contenía veintiocho acciones de un valor de 14,000 francos; la sobrina sostuvo que los poseía desde antes del fallecimiento de su tío, el cual se los había entregado á título de donativo manual. Los herederos negaron que ella tuviera la posesión legal de las acciones, y, por lo tanto, pusieron en duda la existencia del donativo manual. La corte de Gante decidió, en principio, que la validez de un donativo manual no está sometida á más condición que la de la entrega por el donador, á título de donativo, del objeto donado, y de la aceptación del donatario. En cuanto á la cuestión de prueba, el procurador de justicia, Donny, dice muy bien que la tradición de la cosa es un hecho complejo: hay, en primer lugar, el hecho natural de la entrega y en seguida la voluntad de donar. La voluntad de donar es un hecho jurídico, un consentimiento, el cual, para los valores de más de 150 francos, no puede probarse por medio de testigos. No sucede lo mismo con el hecho material de la entrega; este es uno de esos hechos lisos y llanos que, como todo hecho de posesión, puede probarse por medio de testigos. (1) Esto no es más que la aplicación de los prin-

1 Gante, 29 de Mayo de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 394). Compárese París, 19 de Diciembre de 1871 (*Dalloz*, 1873, 2, 131).

cipios sobre la prueba testimonial que expondremos en el título de las *Obligaciones*.

286. Este primer punto no es dudoso. ¿Pero qué va á ser la influencia de la posesión bajo el punto de vista de la prueba del hecho jurídico que se trata de establecer, el hecho de la entrega de la cosa tuvo lugar con la voluntad de donar? Se lee en la sentencia que acabamos de citar: “Estando probada la posesión, la regla de que *en punto á muebles, la posesión equivale á título* puede, en general, ser suficiente para establecer, en favor del poseedor que alega un donativo manual, la presunción de la tradición y de la aceptación á este título, hasta prueba en contrario.” Esta proposición está enunciada en términos demasiado absolutos, y ya veremos en qué sentido es ella cierta. La posesión establece en provecho del poseedor una presunción de propiedad, supuesto que el poseedor puede repeler la acción de reivindicación intentada contra él invocando su posesión como título. ¿Con que condiciones existe esta presunción y cuáles son sus efectos? Para que la posesión sea una presunción de propiedad, se necesita que el poseedor posea como propietario. Nosotros, en el título de la *Prescripción*, diremos cuáles son las explicaciones que se han dado del principio formulado por el artículo 2,279; todas implican que el poseedor tiene una posesión á título de propietario no equívoca, pública; en una palabra, una posesión tal como el artículo 2,229 la exige para poder prescribir; solo que no se necesita una posesión que haya durado durante cierto tiempo; la prescripción, si es que se admite el sistema de la prescripción, se cumple instantáneamente.

Síguese de aquí que la regla del artículo 2,279 no puede invocarla aquel cuya posesión no es una posesión á título de propietario. Es, por ejemplo, una mujer viuda que pretende que una cosa mobiliaria le ha sido donada por

su marido; ella tiene la retención; pero, ¿puede decirse que esto sea una posesión á título de propietario? Esto es dudoso; ella puede poseer á título de comunista, si es que ha habido comunidad; ella puede poseer como tutora legal, si hay hijos menores. Su posesión es, pues, incierta, equívoca; no es una posesión á título de propietario que excluye otro derecho cualquiera. Luego la viuda no puede oponer la presunción del artículo 2,279. Esto se funda también en la razón. Los donativos manuales presentan tantos riesgos, que con la mayor reserva tienen que mantenerse los principios del derecho común que pueden preservar á las familias contra la espoliación (1).

Hay otra situación que ofrece todavía mayor riesgo. Una criada pretende, después de la muerte de su amo, que este le entregó títulos de renta al portador; ella los retiene. ¿Puede ella oponer la posesión á los herederos que piden la restitución de esos valores? La criada tenía la libre disposición de las llaves, hasta las del secreter en donde estaban los títulos. ¿Quién, en estas circunstancias, debe ser considerado como el verdadero poseedor? La corte de Besancon falló que el difunto tenía la posesión de los títulos litigiosos, lo mismo que la de todos los valores y de todos los objetos mobiliarios que se hallaban en la casa: que la retención invocada por la criada no era una posesión que permitiera prevalerse de la máxima: *En materia de muebles, la posesión equivale á título*. No era probable, dice la sentencia, que el difunto hubiese recompensado con una suma de 10,000 francos, servicios que sólo se remontaban á veintiseis meses; menos probable era todavía, que no hubiese manifestado por algún escrito, ni siquiera por una simple nota, la entrega de dichos valores, cuando debía esperar una reclamación de sus herederos. Es importante

1. Fallo del tribunal de Florac, de 29 de Junio de 1849 (Dalloz, 1849, 5, 120 y siguientes).

para la seguridad de las familias, añade la corte, que la justicia se manifieste severa en la apreciación de las donaciones secretas, alegadas por las personas que rodean á los moribundos, siendo que éstos tienen un medio legal y fácil de manifestar su voluntad, haciendo un testamento. A recurso de casación, la corte decidió que resultaba de los hechos, tales como estaban soberanamente comprobados, que la pretendida donación no tenía la posesión de los valores que ella sostenía habersele donado, que, por consiguiente, no había donativo manual.

287. La máxima: *En materia de muebles, la posesión equivale á título*, no es tan absoluta como aparente. Es una excepción que el poseedor puede oponer al propietario que reivindica su cosa, con la condición de que el poseedor tenga una posesión á título de propietario; lo que además implica la buena fe. El artículo 2,279 no puede ser invocado por el que tiene la cosa en virtud de un contrato, de un delito ó de un cuasi-delito. Luego si el actor prueba que el detentor de la cosa la posee en virtud de un hecho jurídico que lo obliga á restituirla, el detentor no puede decir: Yo poseo, luego soy propietario; porque el título mismo en cuya virtud retiene la cosa, prueba que él no es propietario y que debe restituir la cosa. La dificultad está en saber cómo probará el actor que el demandado posee á título precario. Hay que distinguir. Si el actor sostiene que el detentor posee como mandatario ó como depositario, invoca un contrato; por lo mismo la prueba testimonial no es admisible más allá de 150 francos (art. 1,341). Si él pretende que el demandado posee en virtud de un delito ó de un cuasi-delito, la prueba testimonial es indefinidamente admisible, y, en consecuencia, las simples presunciones, que la ley abandona á las luces y á la prudencia del magistrado. Véamos pues, cuál será la presunción de las partes. Los herederos reclaman la restitución de objetos mo-

biliarios pertenecientes á la herencia. El demandado les opone la máxima: *En materia de muebles, la posesión equivale á título*. Estamos suponiendo que la posesión es á título de propietario, es decir, que nada indica que el poseedor retenga á título precario; él sostiene por ejemplo, que posee en virtud de un donativo manual que el difunto le ha hecho. ¿Debe él probar la existencia del donativo, constando la posesión? No; el poseedor se prevale de la presunción de propiedad inherente á su posesión. Es verdad que la acción formulada contra él no es una acción de reivindicación, sino que se funda en un vínculo de obligación; pero no es al poseedor á quien incumbe probar que no está obligado, sino al que pretende que existe una obligación cuya prueba tiene que rendirse. Luego es preciso que el actor establezca que el detentor posee en virtud de un título que lo obliga á restituir la cosa. La prueba se hará conforme á los principios de derecho común que acabamos de recordar. (1)

288. Estos principios son incontestables, porque están escritos en la ley. Sin embargo, se presenta una dificultad en la aplicación. El donativo manual es por lo común secreto, y la posesión de las cosas mobiliarias no tiene la publicidad que caracteriza la posesión de los muebles. Sucede, pues, que los herederos sospechan que un tercero retiene valores que han pertenecido al difunto, pero que no tienen la prueba de ello. El demandado, interrogado sobre hechos y artículos, confiesa que él posee los valores litigiosos, pero sostiene que los ha recibido del difunto á título de donativo manual. Nace entonces la cuestión de saber si dicha confesión es indivisible; ó, ¿los actores serán admitidos á probar que no ha habido donativo manual? Se-

1 Aubry y Rau, t. 5°, pág. 478 y notas 18 y 4. Demolombe t. 20, pág. 77, núms. 79 y 80. Denegada 27 praderial, año X (Dalloz, "Disposiciones," núm. 264, 1°); Grenoble, 20 de Enero 1826 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 2,590).

gún los términos del artículo 1,336, la confesión no puede dividirse. Es pues, preciso que los herederos tomen la declaración tal como se ha hecho; no serían admitidos á probar que no hay donativo manual; ni siquiera se les admitirá á que prueben que el demandado ha distraído ú ocultado las cosas que posee; porque se supone que ellos no conocen el hecho de la retención sino por su confesión; ahora bien, ésta es complexa, y es preciso que la tomen por completo; el demandado no ha confesado lisa y llanamente que poseía los valores litigiosos, sino que los poseía como donatario; luego por su confesión está probado que él es donatario.

La corte de París ha hecho la aplicación de estos principios en circunstancias muy desfavorables para el pretendido donatario. El retenía una suma de 10,000 francos que pretendía que el difunto se la había donado. El tribunal del Sena, sin hablar de la confesión del demandado, se propuso demostrar que la causa de posesión que él invocaba era engañosa. Esto era más que probable. El difunto tenía por toda fortuna inscripciones de renta 5 p⁸; él las vendió y percibió el precio cuando estaba en plena salud; murió de un ataque de apoplejía, y en su casa no hallaron más que una suma de 272 francos 40 céntimos. ¿Podía él tener la intención de despojarse en su vida del módico activo cuya renta era apenas suficiente para sus necesidades? Las circunstancias de la causa probaban la mala fe del pretendido donatario; el tribunal lo consideró como depositario y lo condenó á que restituyera el depósito á los herederos. Este fallo se reformó en apelación por motivos que nos parecen irresistibles. El demandado había confesado judicialmente que él era poseedor de la suma litigiosa, pero añadiendo que la había recibido del difunto á título de donativo manual: el actor no podía rescindir la confesión; aceptan la parte que comprobaba la entrega de la

suma de 10,000 francos y rechazan la parte que daba á esta entrega el carácter de donativo manual. ¿Se podía, á pesar de la indivisibilidad de la confesión, admitir la prueba matrimonial ó presunciones para establecer la existencia de un depósito? El texto del código resistía á esta pretensión; en efecto, el artículo 1924, decía: "Cuando el depósito, superior á 150 francos, no está probado por escrito, el que es atacado como depositario es creído por su declaración, sea por el hecho mismo del depósito, sea por la cosa que formaba su objeto, sea por el hecho de su restitución. Siendo la prueba del depósito imposible y la confesión indivisible, era preciso mantener el donativo manual (1).

La indivisibilidad de la confesión es con mucha frecuencia una arma de mala fe. Por esto es que la jurisprudencia ha admitido una derogación del rigor de los principios, decidiendo que la confesión no es indivisible, cuando la inverosimilitud y el carácter contradictorio de las declaraciones que ella encierra, demuestran la falsedad de lo que el autor de la confesión ha hecho en su favor. Volveremos á insistir sobre esta doctrina en el título de las *Obligaciones*; habrían podido prevalerse de ella en el caso juzgado por la corte de París. Las cortes se sienten inclinadas á hacer á un lado la confesión y su indivisibilidad, cuando las circunstancias de la causa son desfavorables al pretendido donatario. Unos hijos dan el triste espectáculo de un pleito en el cual se acusan recíprocamente de desviaciones de fondos, de ocultación. Unos confiesan que han recibido valores mobiliarios en depósito, pero añaden que las cosas depositadas se les han dado á título de donativo manual, y sostienen que siendo indivisible su confesión, no se puede prevalerse de ella contra ellos, para obligarlos á

1 París, 20 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 224). Compárese París, 23 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 206).

restituir la cosa depositada. La corte de Dijon no admitió esa defensa, según ella, la confesión no es indivisible sino cuando estriba en hechos esencialmente correlativos; y, en el caso de que se trata, el donativo manual nada tenía de común con el depósito, eran dos contratos diferentes, formados en épocas diversas; luego podían dividirse las dos declaraciones, obligando á los demandados á que probaran que se les habían donado las cosas depositadas. Esto es más sutil que verdadero; los herederos demandados se hallaban en posesión, el depósito no estaba probado y no podía estarlo por testigos ni por presunciones. Quedaba la confesión, y, ¿se podía rescindirla? Esto es muy dudoso. La corte de casación á la vez que rechazando el recurso, no decidió la cuestión de la indivisibilidad de la confesión; como se trataba de hechos de desviación y de ocultación, el juez del hecho, dice la corte, habría podido fundarse sobre las circunstancias de la causa. Esta decisión casi no es más jurídica que la de la corte de apelación, porque el hecho de posesión no estaba establecido más que por la confesión; pero la indivisibilidad de la confesión daba á la posesión el carácter de donativo manual; luego no se podía rescindirle probando que la posesión no era una retención á título de donatario. (1)

289. Un negocio que se presentó ante la corte de Nancy reúne todas las dificultades que acabamos de examinar, y la sentencia consagra los principios que hemos establecido. Unos herederos reivindicaban contra sus coherederos veintiuna obligaciones del Crédito predial por haberse las distraído y ocultado. Los demandados invocaban la máxima de que en materia de muebles, la posesión equivale á título, y á la indivisibilidad de su confesión; ellos ha-

1 Denegada de la sala de lo civil 17 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 1; 338).

bían declarado judicialmente que los valores litigiosos les habían sido entregados por la difunta con dispensa expresa de reintegro. La corte apartó el artículo 2,279; esta regla, dijo ella, no está destinada á proteger toda especie de posesión; no se la puede oponer al que sostiene que el detentor está obligado á restituírle una cosa de la que él lo ha despojado por un delito ó un cuasi delito. Además, el artículo 2,279 supone una posesión civil á título de propietario, y no una posesión equívoca ó sospechosa cuyo carácter precario resulta de hechos comprobados; en efecto, estaba probado que el difunto era propietario de las obligaciones, y que en el momento de fallecer estaban en manos de un mandatario ó depositario que las poseía por el difunto. No teniendo la posesión el carácter requerido por el artículo 2,279, y siendo incierta la propiedad del difunto, á los demandados correspondía probar que habían adquirido su propiedad por uno de los modos legales que la ley consagra. En cuanto á la indivisibilidad de la confesión hecha por los demandados, no podía invocarse, porque el hecho de posesión estaba establecido independientemente de su confesión; los actores ofrecían la prueba, sin fundarse en la confesión, que de difunto hubiese seguido siendo propietario y poseedor de las obligaciones hasta su fallecimiento, y que los demandados las hubiesen substraído y ocultado. Se trataba, pues, en definitiva, de la prueba de un delito, lo que hacía aplicables los artículos 1,348 y 1,353 concernientes á la prueba testimonial y á las presunciones del hombre. (1)

2. De la aceptación del donatario.

290. Se lee en una sentencia de la corte de casación de Bélgica, que el artículo 932 es aplicable al donativo ma-

1 Nancy, 20 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 142).

nual, en el sentido de que el donatario debe aceptarlo, pero que la aceptación resulta del hecho mismo que él recibe la cosa que se le ha donado. (1) Sería más exacto decir que el donatario debe consentir conforme al derecho común, y que por lo general este consentimiento se manifiesta recibiendo la cosa donada. La palabra *aceptación* tiene, en el artículo 932, un sentido especial que implica una solemnidad, mientras que el donativo manual está libre de toda solemnidad, quedando sometido á los principios generales que rigen los contratos. Ahora bien, no hay contrato sin el consentimiento de las partes contrayentes. Este consentimiento es suficiente, sea cual fuere el modo como se exprese. (2) Y esto es así aun cuando el donativo manual esté hecho con gravamen. Esto se puso en duda en el negocio juzgado por la corte de casación de Bélgica, argumentando con la dificultad de rendir la prueba de una condición añadida á un donativo manual; la corte contesta muy bien que la dificultad de probar una obligación no vuelve nula á ésta; la prueba se hará conforme al derecho común, y si el actor no logra establecer la existencia de la carga, no podrá prevalerse de ella. (3)

291. El consentimiento del donatario da lugar á dificultades cuando la cosa donada no se le entrega directamente; lo que debe suceder á menudo, si se juzga por las numerosas sentencias que se han pronunciado en esta materia. La cosa donada se entrega á un tercero, el cual está encargado de entregarla al donatario. ¿Es esto suficiente para la perfección del donativo manual? Así lo han pretendido. Reina acerca de este punto una confusión extrema

1 Denegada de la corte de casación de Bélgica. 6 de Febrero de 1863 *Pasicrisia*, 1863, 1, 433).

2 Coin-Delisle, pág. 193, núm. 19 del artículo 932. Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,604).

3 Tal es la opinión general (Demolombe, t. 20, pág. 76, núm. 78 y los autores que él cita.

en la jurisprudencia; se ha querido poner la equidad en lugar del derecho, siendo que era preciso ceñirse á los principios generales que rigen los contratos. Esto es lo que dice el artículo 1107: "Los contratos, sea que tengan una denominación propia, sea que no tengan ninguna, están sometidos á reglas generales que son el objeto del presente título." Luego no es permitido recurrir á la equidad, ó á un pretendido derecho de gentes; sólo en el silencio de la ley es cuando el juez se torna en un ministro de equidad (art. 4). En el caso de que se trata, la ley no está muda. El donativo manual es una donación que no difiere de las donaciones ordinarias sino en lo concerniente á la solemnidad; en este concepto, vuelve á entrar al derecho común. Así es que este derecho es el que debe aplicarse á nuestra cuestión.

Hay que ver en qué calidad interviene el tercero encargado de entregar la cosa al donatario. Si tiene mandato del donatario para recibir la cosa, el donativo manual se perfecciona por la entrega de la cosa en sus manos. En efecto, hay concurso de voluntades comprobado por el mandato que da el donatario; el consentimiento del donatario es conocido del donador, supuesto que para ejecutar la voluntad del donatario es por lo que el donador entrega la cosa al mandatario. Hay tradición, porque la cosa es entregada al donatario por intermedio de su apoderado. Luego todos los requisitos para la validez del donativo manual se han cumplido. (1)

Si el tercero, como por lo común sucede, tiene mandato del donador para entregar la cosa al donatario, el donativo manual no se perfecciona sino por la entrega que el donador hace á un mandatario. Esta tradición no se hace al donatario, porque no adquiere con esto la posesión de la

1 Coin-Delisle, pág. 194, núm. 22 del artículo 952, Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,643.

cosa donada, puede ignorar y las más de las veces ignora que debe entregársele la cosa, luego no hay ningún concurso de voluntades por su parte; el donador conserva la posesión, supuesto que el mandatario posee en su nombre. No hay todavía más que uno de los requisitos para la validez del donativo manual, la voluntad de donar. Es decir, que hay una oferta, y para que ésta se convierta en un contrato, se necesita el concurso de consentimiento del donatario que la acepte. La aceptación no es suficiente, porque el donativo manual no se perfecciona sino por la tradición; ahora bien, el mandatario del donador posee por éste y no por el donatario; no habrá tradición sino cuando el mandatario haya hecho la entrega de la cosa al donatario; entonces, y solo entonces, existirá el donativo manual.

292. Tales son los principios elementales de derecho que deciden nuestra cuestión. Queda por saber en qué momento y con qué condiciones existirá el concurso de voluntades del donatario y del donador. No siendo mas que una oferta la entrega hecha por el donatario al tercer mandatario, hay que aplicar los principios que rigen la oferta y la aceptación. En tanto que el donatario no ha aceptado la oferta, el donador puede revocarla; la entrega que el donador ha hecho á un mandatario no lo liga, puede de un instante á otro revocar el mandato. La corte de casación así lo ha fallado en un caso muy favorable á los donatarios. Eran unos menores en cuyo provecho el donador había depositado diversos títulos al portador en manos de un notario. Recayó sobre el donador la interdicción; el tutor del incapacitado reclamó la restitución de los valores contra el notario. El padre de los menores intervino en la instancia, y sostuvo que el donativo manual se había cumplido, porque el donador se había despojado irrevocablemente de los valores litigiosos. La corte de Tolosa decidió, en principio, que el donativo manual hecho por interme-

dio de un tercero, exige el despojamiento del donador y la tradición al donatario que la acepta, ó por el cual es aceptado, si el donatario es incapaz. Ahora bien, en el caso de que se trata no había ninguna aceptación; no habiendo aceptado el poder de los donatarios menores por éstos, en vano se decía que el notario al recibir el depósito de los títulos, había aceptado por los hijos menores á los que había encargado que entregaran los valores á la mayor edad de aquél; la corte contesta, y la respuesta es perentoria, que el notario era mandatario del donador, y nó del donatario. Quedaba, pues, un simple mandato que el mandante podía revocar, y por lo tanto, el tutor del mandante á nombre de éste. A recurso intentado, recayó una sentencia de denegada apelación, (1)

293. Si el donador no revoca la oferta, la aceptación puede tener lugar, pero fuerza es que se haga en vida del donador y en momento en que éste es capaz de consentir. Si el donador muere antes de que el donatario haya aceptado, no puede haber ya aceptación porque es imposible el concurso de voluntades; lo mismo sería si el donador fuese incapacitado. Esto no es más que el derecho común. La cuestión ha sido fallada en ese sentido por la corte de París. Una señora deposita, poco tiempo antes de su muerte, una suma de 8,000 francos en manos de un abate, encargado de entregar la mitad al hijo de la donadora y la otra mitad á su nieta. Como el dinero fué entregado á la nieta tres años después del fallecimiento de su abuela, los herederos reclamaron la restitución de los 4,000 francos. Se les objetó que el donativo manual había recibido su perfección por el despojamiento del donador. La corte de París restableció los verdaderos principios, que el tribunal de primera instancia había echado en olvido. Nada se opone, dice la sentencia, á que el donatario esté representado

1 Denegada, 22 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 401).

por un tercero, y cuando éste recibe la cosa á nombre de su mandante, el contrato se perfecciona. Pero, en el caso de que se trata, la cuestión no era de su mandato, supuesto que la nieta de la donadora había ignorado, hasta su matrimonio, la liberalidad que ella debía al cariño de su abuela; y el abate, por propia confesión, no había procedido sino como mandatario de la abuela. Por lo mismo, faltaban dos condiciones para la perfección del donativo manual; la aceptación del donatario, que no podía ya intervenir después de la muerte del donador, y la tradición real. Era pues, preciso, aplicar los principios que rigen el mandato y el depósito; el fallecimiento del depositario pone fin al mandato que ha recibido para entregar la cosa á un tercero; por consiguiente, la cosa donada no ha cesado de pertenecer al donador, y forma parte de su patrimonio, luego sus herederos están investidos de pleno derecho; es á ellos á quienes se debe hacer la restitución (arts. 2,003 y 1,937 (1).

294. Hasta aquí no vemos el menor motivo para dudar; esto no es más que la aplicación del derecho común, que el código no ha derogado ciertamente, en lo concerniente á los donativos manuales, supuesto que no habla de ellos. Habría alguna dificultad si el donatario, advertido de la oferta del donador, la aceptara, pero esto cuando la entrega que el mandatario del donador está encargado de hacerle, no tuviere lugar sino después del fallecimiento del donador. ¿No podría decirse que hay, en este caso, concurso de voluntades, y además, despojamiento del donador y hasta posesión del donatario, supuesto que el mandatario está encargado de entregarle la cosa? Nosotros creemos, no obstante, que la cuestión debiera decidirse en sentido contrario. El concurso de voluntades existe, es verdad, pero este concurso no es suficiente para que haya dona-

1 París, 14 de Mayo de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 256).

ción; se necesita, ó una escritura, ó una entrega hecha de mano en mano; y en el caso de que se trata, no hay entrega; el mandatario, en tanto que no ha recibido del donatario la orden de entregarle la cosa, sigue siendo el apoderado del donador y retiene la cosa en su nombre, y, en tanto que el donador posee, no hay donativo manual. Esto es riguroso, pero es la aplicación de los principios que rigen las liberalidades (1).

295. Hay sentencias en sentido contrario. La corte de Lyon ha decidido que el donativo manual se consuma por el despojamiento actual del donador, el cual se opera por la tradición del objeto donado á un tercero encargado de entregarlo al donatario; esta tradición, dice la corte, debe aprovechar al donatario, aun cuando el donador llegara á morir antes de que hubiese tenido lugar la entrega de la cosa. Estas son afirmaciones, pero, ¿en qué se fundan? La sentencia invoca: "las reglas de *justicia* y de *equidad* consagradas, sobre la materia de los donativos manuales, por los movimientos de la jurisprudencia (2)." Nosotros hemos contestado de antemano á estas razones malas. La *justicia* consiste en aplicar la ley y los principios que de ella emanan; la *equidad* nunca predomina sobre el derecho; en cuanto á la jurisprudencia, no tiene fuerza de ley; es, sin duda, una autoridad, y muy grande cuando se funda en los verdaderos principios; pero sentencias tales como las de la corte de Lyon jamás harán jurisprudencia en el sentido jurídico de la palabra, porque en lugar de aplicar los principios, los violan.

A las pésimas razones dadas por la jurisprudencia, los autores han aducido otras que casi no son mejores. El tercero, dicen, debe considerarse como el gerente de nego-

1 Duranton, t. 8º, pág. 420, núm. 393.

2 Lyon, 25 de Febrero de 1835 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,648). Compárese Caen, 12 de Enero de 1822 (Dalloz, *ibid*, número 1,645).

cios del donatario, á quien está encargado de entregar la cosa donada. Hay muchas respuestas que dar á esta doctrina. Para que haya gestión de negocios, se necesita antes que todo que haya un negocio por gestionar; y, en tanto que el donatario no ha aceptado, no tiene ningún derecho, ni siquiera eventual; él no tiene, pues, por el capítulo de esta liberalidad, ningún interés, ningún negocio, para servirnos del término legal. La corte de casación da otra respuesta, igualmente decisiva. "Admitiendo, dice ella, que una donación hecha á menores pueda regularmente aceptarse, con pretexto de gestión de negocios, por un tercero que no ha recibido ningún mandato, sería al menos necesario, en materia de donativos manuales, que aquél á quien se han entregado los valores que se pretende han sido donados, los hubiese recibido con la mente de aceptar por los gratificados, y de despojar actual é irrevocablemente al donador." (1) En todos los litigios que se han presentado ante los tribunales, el tercero era únicamente el mandatario del donador, y no pensaba en gestionar el negocio del donatario. ¿Y para que haya gestión de negocios, no es preciso antes que todo, que el pretendido gerente tenga la intención de gestionar el negocio del dueño? ¿puede ser gerente sin saberlo? Debe añadirse que esta intención del mandatario no será suficiente; él no ha recibido más que un mandato revocable, y ¿puede transformar en donativo irrevocable una donación que todavía no es más que una simple oferta, y que puede, por consiguiente, revocarse de un momento á otro? Luego habría que probar que el donador quiere despojarse irrevocablemente entregando la cosa al tercero; pero esta prueba es imposible, porque implica contradicción. El donativo manual es un contrato, y no incumbe al donador el constituir el contrato

1 Denegada, 22 de Mayo de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 401).

por su sola voluntad, sin que se necesite el concurso del donatario, y este concurso está sujeto á principios que el donador no puede modificar.

A decir verdad, la gestión de negocios que se invoca, sería una aceptación hecha, sin mandato, á nombre del donatario; es decir, una estipulación por un tercero y á su nombre. El artículo 1,119 prohíbe las estipulaciones por un tercero cuando se hacen á nombre del estipulante, lo que implica que son válidas cuando se hacen á nombre del tercero, al cual debe aprovechar la estipulación. Pero, en este caso, se necesita una ratificación que equivale á un mandato. Si el donatario ratifica la aceptación hecha en su nombre, habría concurso de voluntades, y, en consecuencia, donativo manual, suponiendo que se haya hecho la tradición. Queda por saber si la ratificación puede tener lugar todavía cuando el donador no puede ya consentir. Si el donador hubiese muerto al practicarse la ratificación, ó si fuese incapaz de consentir, la ratificación sería inoperante. La corte de Burdeos lo falló así, y su decisión nos parece irreproachable. (1) En el momento de la muerte del donador, no hay todavía liberalidad, supuesto que no hay aceptación; luego la cosa donada ha quedado en el patrimonio del difunto, y forma parte de su herencia. ¿Los herederos pueden ser desposeídos por la ratificación dada después del fallecimiento del donador? No, porque ya no hay oferta. En vano se diría que la ratificación tiene efecto retroactivo y que se asimila á un mandato, esto es verdad cuando hay todavía algo que ratificar; es así, que el fallecimiento del donador pone término á la oferta, luego la ratificación se hace imposible. (2)

1 Burdeos, 5 de Febrero de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," número 546, 3°).

2 Merlín, *Cuestiones de derecho* en la palabra *Donaciones*, pfo. 6°, núm. 3 (t. 6°, pág. 57).

A falta de argumentos jurídicos, se ha apelado á la equidad, al derecho de gentes. Se va á ver á qué averraciones conduce la ciencia del derecho cuando se saca así de sus vías. El donativo manual, dicen, cuando se ejecuta después de la muerte del donador, participa de la naturaleza de la donación entre vivos y de la del testamento; no es, á decir verdad, ni una ni otra. Es un acto *sui generis* que no depende más que de las leyes de la moral, de la utilidad y de la razón; bases fundamentales del derecho de gentes. (1) No proseguimos en la exposición de esta extraña teoría que, si es conforme al derecho de gentes, invierte las bases mismas del derecho. Lo primero que se enseña en la escuela es que el dominio del derecho no es el de la moral; así es que ¿á qué vienen á hablarnos de moral cuando se trata de derecho? ¿Puede la moral hacer que haya un contrato sin concurso de voluntades? En cuanto á la utilidad y á la razón, nosotros las invocamos en apoyo del derecho; ellos justifican nuestros principios y nuestras decisiones, pero no constituyen el derecho. Y la razón y la utilidad están ciertamente á favor de la doctrina que la jurisprudencia, á pesar de algunas vacilaciones, ha acabado por consagrar. Ya de por sí es una excepción muy peligrosa del derecho común el donativo manual que se hace sin ninguna garantía. Cuidémonos de extender esta derogación, permitiendo que se haga una liberalidad cuando el pretendido donador ha fallecido ó es incapaz de consentir. (2)

296. ¿Sería válida la liberalidad si el donador hubiese ordenado que la entrega no se hiciese sino después de su muerte? La negativa es evidente según los principios que acabamos de establecer. Esta pretendida liberalidad no se-

1 Vazeille, t. 2º, pág. 220, artículo 931, núm. 2.

2 Compárese Coin-Deliste, pág. 194, núm. 21 del artículo 932. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 479 nota 17 del pfo. 659. Demolombe, tomo 20, pág. 61, núm. 65.

ría ni una donación ni un legado. No sería una donación, supuesto que no habría un recurso de voluntades; sería una simple oferta; y ¿depende del donador transformar una oferta en contrato por una sola voluntad? Esto es una herejía de las más patentes. No debiendo la liberalidad tener su efecto sino á la muerte, podía decirse que hay legado; pero los legados exigen ciertas personas sin las cuales no hay disposición de última voluntad. En definitiva, esta pretendida liberalidad sería una monstruosidad jurídica que debe relegarse al pretendido derecho de gentes, cuya crítica acabamos de hacer. Hay, no obstante, alguna vacilación sobre este punto en la jurisprudencia, lo que prueba cuán raro es el conocimiento de los principios elementales de derecho. La corte de Limoges ha fallado que la remisión de la deuda á título gratuito podía hacerse por la entrega que un tercero está encargado de hacer al deudor, después de la muerte del acreedor, del finiquito que éste le ha dado; y la corte de casación ha confirmado esta singular decisión, fallando que la remisión de la deuda no está sujeta á ninguna formalidad. (1) ¿Acaso la remisión de una deuda á título gratuito no es una donación? ¿Y acaso toda donación no es un contrato? ¿Y puede haber un contrato sin concurso de voluntades? ¿Y puede haber concurso de voluntades después de la muerte del donador? La corte de casación ha corregido esta jurisprudencia. Era el caso que el mandatario había entregado la cosa después de la muerte del mandante, invocando el artículo 1,937, por cuyos términos el depósito debe entregarse al que esté indicado para recibirlo. La corte decidió que este artículo cesaba de ser aplicable cuando el depositario llegaba á

1 Denegada, 2 de Abril de 1823 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,649, 1°). Véase la crítica de esta sentencia en Duranton, t. 8°; pág. 426, núm. 395. Compárese, Demolombe, t. 20, pág. 63, número 66.

morir, que en este caso era preciso aplicar el artículo que dice formalmente que en caso de muerte del depositario, "la cosa depositada no puede devolverse más que á su heredero." En principio, esto no es dudoso, supuesto que la cosa donada no ha cesado de pertenecer al donador, y no habiendo adquirido su propiedad el donatario, debe ser restituida á los herederos del que ha hecho el depósito. (1)

Lo mismo se ha fallado para una donación caritativa. Una suma de dinero encerrada en un saco, es entregada á un clérigo para que sea distribuida, después de la muerte del donador, en obras de caridad. Aquí la voluntad del donador es clara, pero se halla en oposición con la ley. No hay donación en tanto que la cosa no se ha entregado al donatario. Hasta ese momento no hay más que un depósito acompañado de un mandato que el mandante puede á toda hora revocar. Sus herederos tienen el mismo derecho. Se les objetaba que el depositario debía ser considerado como el gerente de negocios de los pobres; la corte de Dijon contesta que los pobres tienen su representante legal, la junta de beneficencia, y que el depositario no tenía ninguna calidad para aceptar á nombre de los pobres. (2)

III. De la irrevocabilidad.

297. El donativo manual es una donación; luego hay que aplicarle el artículo 894, según el cual el donador debe despojarse actual é irrevocablemente de la cosa donada. El se despoja actualmente entregando la cosa al donatario; y esta entrega asegura también la irrevocabilidad del donativo. Si la entrega se hiciese cuando el donador está en peligro de muerte, y con la condición de que el donatario debe devolverla al donador, si éste recobra la

1 Casación, 29 de Abril de 1846 (Dalloz, 1846, 1, 244).

2 Donai, 31 de Diciembre de 1834 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,646, 5°).

salud, ó escapa al riesgo que lo amenaza, no habría donativo manual, esta sería una donación á causa de muerte, y ya dijimos en otro lugar (t. 11, núms. 96 y 98) que el código ya no reconoce esas donaciones.

298. Hay donaciones entre vivos que son por su esencia revocables; y estas son las liberalidades que los cónyuges se hacen entre sí durante el matrimonio (art. 1,096). Este principio se aplica igualmente á los donativos manuales. Se ha pretendido que el donativo manual no podía hacerse entre cónyuges, porque permite que tan fácilmente se eluda la regla fundamental de la revocabilidad. Para esto se necesitaría un texto; como la ley no prohíbe los donativos manuales entre cónyuges, están por lo mismo permitidos. La dificultad de prueba será mayor, pero la dificultad no es una imposibilidad; y desde el momento en que se pruebe el donativo, la consecuencia será que podrá ser revocado; este no es más que el derecho común. (1)

299. La corte de París, falló que la entrega de manuscritos hecha por un autor moribundo debía reputarse hecha á causa de muerte; ella ha concluido de aquí que esta liberalidad está sometida á las formalidades de los testamentos. (2) ¿Debe generalizarse esta decisión y asentar como principio que todo donativo manual hecho por un moribundo es una donación á causa de muerte? Ciertamente que no. Aun en el caso fallado por la corte de París, la decisión es muy dudosa. Es incontestable que un moribundo puede hacer una donación entre vivos por instrumento público. Esto decide la cuestión en cuanto al donativo manual, que está sometido á las mismas reglas que las donaciones ordinarias, salvo en lo que concierne á las solemnidades. Si yo puedo donar objetos mobiliarios por

1 Burdeos, 4 de Marzo de 1816 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,002, 1°).

2 París, 4 de Mayo de 1816 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,007).

escritura, ¿por qué no había de poder donarlos de mano á mano? (1)

IV. *De la capacidad.*

300. Dejase entender que se aplican á los donativos manuales las reglas que rigen la capacidad de disponer y de recibir á título gratuito. Si el donativo manual estoviesse hecho por un incapaz ó á un incapaz, estaría gravado de nulidad. (2) La corte de casación ha aplicado este principio al donativo hecho por una madre á su hija natural: ella le había donado una suma de 20,000 francos que constituían todo su haber, con el fin evidente de despojar á sus hijos legítimos. No se ponía en duda, en este caso, el punto de derecho; pero se pretendía que la corte de apelación había violado la ley admitiendo la prueba del donativo manual por testigos y por presunción. El recurso estaba en oposición con los principios elementales que rigen la prueba; desde el momento en que hay fraude á la ley, toda prueba es admisible (arts. 1,348 y 1,353). Este se funda también en la razón; como lo dice muy bien la corte de casación, rechazar la prueba testimonial en semejante caso, sería facilitar y consagrar la espoliación de la familia legítima en provecho del hijo natural. (3)

Hay una incapacidad especial que da lugar á una dificultad: ¿puede hacerse un donativo manual sin autorización, á un establecimiento de utilidad pública tal como una fábrica de iglesia, un seminario, una congregación reconocida? Nosotros hemos examinado la cuestión en otro lugar de la obra (t. XI, núms. 300-305).

301. Aplicándose también á los donativos manuales, los principios del reintegro y de la reducción. Se ha fallado

1 Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,607; Demolombe, t. 20, pág. 58, núm. 62. Burdeos, 7 de Abril de 1851 (Dalloz, 1852, 2, 128).

2 Grenier, t. 2º, pág. 191, núm. 176.

3 Denegada, 19 de Marzo de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 309).

que un donativo manual hecho por un tío á su sobrino, como testimonio de cariño y de gratitud, estaba evidentemente, en la mente del donador, dispensado del reintegro. Remitimos á lo que ya dijimos en el tomo X, números 596 y 597.

§ II—DE LAS DONACIONES ENCUBIERTAS.

Núm. 1. Principio.

302. Hay donaciones por contrato oneroso cuya validez no es dudosa. Cuando el vendedor, dice Pothier, quiere gratificar al comprador, estipulando un precio que es inferior al valor, esto no impide que el contrato sea una venta. Es así, que la venta no es un contrato solemne; luego la liberalidad será válida aunque esté hecha sin solemnidad. ¿Cuál es la razón? Si yo vendo en 50,000 francos un dominio que vale 100,000, hago una liberalidad de 50,000 francos; y ¿por qué esta liberalidad está dispensada de las formas que la ley prescribe como condición de existencia de las donaciones? Pothier confiesa que el contrato que contiene una ventaja para el comprador, con el fin de gratificarlo, no es pura y enteramente una venta, es un contrato de una naturaleza mixta, que tiene algo de la donación: si se le considera como una venta, es porque la intención principal de las partes contrayentes fué hacer una venta más bien que una donación. (1) Esto mismo es dudoso; en el ejemplo que acabamos de dar, las partes han querido hacer una venta por una mitad y una donación por la otra; no se estaría con derecho para decirlo. Si quieren dar, cumplan con las condiciones que la ley establece para la existencia de las donaciones. ¿No es muy ilógico multiplicar las formas que coartan las donaciones, ó si se quiere, que protejan la libertad del donador, y permitir

1 Pothier, *Tratado del contrato de venta*, núm. 21.

á las parte que se liberten de dichas formas haciendo un contrato oneroso que encierra una liberalidad? Dirigimos la objeción al legislador; respecto al intérprete no hay duda alguna, supuesto que consta la tradición. Y el código la confirma; según los términos del artículo 1,595, la venta entre cónyuges se permite en tres casos; si á la vez constituye una venta autorizada, el cónyuge vendedor gratifica al comprador, cediéndole por 50,000 francos un inmueble que vale 100,000, el contrato no cesará de ser una venta, salvo, dice la ley, el derecho de los herederos, es decir, de los reservatarios que podrán pedir la reducción de esa ventaja indirecta. He aquí una liberalidad á la vez que una venta; y el acto se mantiene como venta.

303. ¿Sería lo mismo si la liberalidad fuese encubierta? La escritura dice que la venta se ha hecho por 100,000 francos, y que el precio se pagó al vendedor, siendo que, en realidad, no recibió mas que 50,000 francos. Hay en este caso, encubrimiento, simulación, pero ésta por sí sola, no es una causa de nulidad; se necesita, para que haga nula la escritura, que defraude la ley. Ahora bien, estamos suponiendo que el vendedor es capaz de donar y que el comprador lo es de recibir á título gratuito. Así, pues, no hay fraude en las reglas que rigen la capacidad. ¿Hay fraude en lo concerniente á la forma? Tampoco. Verdad es que el artículo 893 parece exigir que toda liberalidad entre vivos se haga en las formas solemnes; pero en este caso, no se trata de una donación, la escritura es una venta, y esta venta es válida, aunque hecha á un precio inferior. ¿Se dirá que hay fraude á las reglas concernientes al reintegro y á la reducción? Más adelante examinaremos la cuestión de saber si el contrato oneroso es nulo cuando las partes han tenido el designio de substraer la liberalidad al reintegro ó á la reducción. En la opinión generalmente ad-

mitida, la escritura no es nula, los herederos son admitidos á probar que hay liberalidad encubierta, y si la prueba se ha rendido, la ventaja estará sujeta á reintegro y á reducción. Todo lo que resulta del encubrimiento, es que será más difícil establecer la existencia de la liberalidad. En este sentido, se podría decir que toda liberalidad encubierta es fraudulenta, y el legislador habría podido imponerle la nulidad. A nuestro juicio, habría debido hacerlo. No debe ser que el legislador autorice y estimule en cierto modo á las partes interesadas para que eludan la ley. El quiere que toda liberalidad esté sujeta á reintegro y á reducción. Y he aquí que el donador y el donatario coartan su voluntad con una intención más ó menos fraudulenta. Si no se descubre la simulación, la ley es eludida: resultado funesto, porque arruina el respeto que los ciudadanos deben á la ley. Y si se descubre la simulación, los que han tratado de eludir la ley nada tienen que arriesgar, la liberalidad se mantendrá dentro de los límites del disponible; se llega hasta dispensarlo del reintegro. Hay que enseñar á los hombres á que hagan ostensiblemente lo que quieren hacer y dejar los encubrimientos para los jesuitas. (1)

304. Vamos á llegar á las donaciones encubiertas propiamente dichas. Se hace una venta por un precio de..... 100,000 francos; pero todo es simulado en ella, no hay ni vendedor, ni comprador, ni precio; es una donación en la forma de contrato oneroso. ¿Es válida esta donación? Se supone que las partes son capaces de donar y de recibir á título gratuito; la cuestión sólo es referente á las formas. La jurisprudencia admite la validez de las donaciones encubiertas en el foro, ni siquiera se discute la cuestión. En Francia, se ensayó, después de la ley de 1843 sobre las escrituras de donación, al renovar el debate; el cual se llevó

1 Demante, t. 4°, pág. 5, núm. 3 bis 5°

ante la corte de casación; pero el consejero relator, Haridoin, creyó inútil entrar en esta discusión y aun creyó inútil enumerar las sentencias que han consagrado la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de venta ó de otro cualquier contrato oneroso. La corte se limitó á decidir, como si fuera axioma," que puede hacerse por vía indirecta lo que se permite hacer directamente cuando la ley no contiene una prohibición expresa; acerca de este principio, las donaciones encubiertas bajo la forma de contrato oneroso, siempre se han considerado como válidas, cuando las hacen personas capaces, sin fraude y sin perjuicio del derecho de terceros. (1) Cuando la cuestión se presentó por primera vez ante la corte de casación de Bélgica, en 1858, el procurador de justicia, Decuyper uno de nuestros más distinguidos magistrados, creyó discutir la cuestión; vamos al encuentro de esos argumentos. El comienza por declarar que en el día se admite generalmente que una donación encubierta bajo las apariencias de un contrato oneroso, no es nula si las partes tuvieran capacidad para disponer y para recibir; esta doctrina, dice él, se apoya en una jurisprudencia consagrada por muy numerosas sentencias, para que se la pueda atacar con cierta esperanza de éxito. (2) La mayor parte de los autores se han colocado del lado de este parecer, pero no siempre por convicción; uno de ellos combate la jurisprudencia con razones que creemos irrefutables, y acaba por decir, que es preciso toda la autoridad de una jurisprudencia tan sólidamente establecida para adoptar una interpretación de la ley, que parece contraria á todos los principios. Demolombe dice que no tiene pretensión de atacar una doctrina admitida por una jurisprudencia constante y por

1 Denegada, 6 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 169).

2 Denegada, 19 de Noviembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 1, 390, y la requisitoria, pág. 393. Compárese sentencia de 31 de Enero de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 159).

la mayor parte de los autores, lo que no impide que él la combata. (1) Vamos á proceder como él. Los principios antes que todo. Esa es la única autoridad que nosotros reconocemos.

305. La corte de casación de Francia invoca la tradición; ella dice, en todas las sentencias, que las donaciones encubiertas han sido siempre consideradas como válidas. ¡Cuántas veces la tradición ha extraviado á los intérpretes del código! En la cuestión que vamos á discutir nosotros la hacemos á un lado, porque es dudosa. Furgole, en verdad, admite lo que él llama las donaciones tácitas; con esto entiende liberalidades que no se hacen por medio de instrumentos públicos, sin explicarse de una manera precisa sobre las donaciones encubiertas con la apariencia de un contrato oneroso (2). En cambio, Pothier se pronuncia, en los términos más positivos y aun sin manifestar la menor duda, por la opinión contraria. El dice que no hay venta cuando no hay precio serio. "Semejante contrato no es una venta, sino una donación falsamente calificada de venta, *la cual debe estar sujeta á todas las formalidades de las donaciones*" (3). ¿Y cuál es esta grande autoridad que han seguido los autores del código casi sin apartarse nunca de su doctrina? ¿acaso no es Pothier?

La corte de casación de Bélgica no habla de tradición. Ella comienza por asentar como principio, que las donaciones encubiertas son válidas y que la simulación no puede dar lugar á nulidad sino cuando se practica para dar calor á una disposición prohibida, para eludir fraudulentamente la ley, y para atentar contra los derechos de ter-

1 Duranton, t. 8º, pág. 433, núm. 401. Demolombe, t. 20, pág. 99, núm. 99.

2 Furgole, *Comentarios sobre la orden de 1731*, artículo 1 (t. 5º, páginas 17 y siguientes).

3 Pothier, *Venta*, núm. 19. Compárese Demolombe, t. 20, página 102, núm. 101.

ceros. Si, las donaciones encubiertas son válidas cuando se hallan en un contrato válido, porque, en este caso, hay un acto real, válido como contrato oneroso, dispensado como tal de toda solemnidad. Pero cuando el contrato oneroso no es serio, como contrato oneroso, no queda más que una donación; es así que todas las donaciones son contratos solemnes, luego una venta aparente no es una venta, porque no hay ni precio ni consentimiento: una de las partes no quiere ya vender y la otra no quiere comprar, y no hay donación, supuesto que no se han observado las formas solemnes sin las cuales no existe la donación: ¿Qué es lo que queda? La nada. En este punto la corte sale á nuestro encuentro; según ella, las formalidades prescritas por los artículos 931, 932 y 948, no son aplicables más que á las *escrituras* que propiamente hablando establecen donación de bienes entre vivos; tal es, en efecto, el texto de los artículos 931 y 948. ¿Quiere decir esto que tales artículos hayan dejado plena libertad á las partes para que hagan una donación sin solemnidad ninguna, dándole el nombre de venta ó de no importa qué otro contrato? Si tal fuera el sentido de la ley, habría demolido con una mano lo que tan laboriosamente había edificado con la otra; en efecto, la interpretación que se da al artículo 931 viene á dar por resultado suprimir la donación como contrato solemne: ¡cómo! ¿El legislador se habría tomado el trabajo de exigir las más severas formalidades para la existencia misma de las donaciones, sea á fin de coartarlas, sea á fin de proteger la libertad del donador, y después de todo eso, diría: "No hay que tomar á lo serio este rigor y no está sometido á él sino el que espontaneamente quiera estarlo. Yo ofrezco un medio muy sencillo de eludirlo. Nótese bien que yo no prescribo solemnidades sino para las donaciones que se quieran hacer por medio de escritura. Hay libertad para disponer á título gratuito sin que se califique

el contrato de donación; nómbrese la venta, transacción, ó como se quiera, y con ello se quedará libre de toda suerte de formas. Se tendrá, además, la ventaja de substraer las más de las veces las liberalidades al reintegro y á la reducción." ¿Se puede suponer en el legislador un sistema tan absurdo? No, no es ese el sentido del artículo 931. No debe dudarse del artículo 893, por cuyos términos no se puede disponer á título gratuito sino dentro de ciertas formas. Toda donación es, pues, en principio, un acto solemne. Si el artículo 931 sólo habla de *escrituras*, es para marcar que hay liberalidades que pueden hacerse sin escrituras, por derogación á la regla establecida por el artículo 893: tales son los donativos manuales para los cuales D'Aguesseau admitía una excepción muy limitada; tales son las liberalidades hechas en virtud del artículo 1,121; tal es, además, la remisión de la deuda que el acreedor hace á su deudor, entregándole voluntariamente el escrito que comprueba su crédito. Así, pues, las liberalidades no solemnes son meras excepciones, y es un principio que la excepción confirma la regla y no la destruye. Mientras que, en la doctrina de la jurisprudencia, la excepción viene á ser la regla; ¿quién, pues, ha de querer hacer una donación por instrumento público; sometiendo voluntariamente á todas las trabas creadas por el legislador, á todas las eventualidades de nulidad y de inexistencia del contrato, cuando le es tan fácil disponer de sus bienes por un remedo de contrato oneroso, sin forma alguna, ni siquiera un documento privado? La corte de casación de Francia repite en todas sus sentencias que la forma de un contrato oneroso empleada por las partes no tiene por objeto eludir una prohibición de la ley. ¿Y qué cosa es, pues, el artículo 893? ¿caso no está concebido en términos prohibitivos? "*No se puede disponer sino en las formas preestablecidas.*" En vano se dice que la ley tiene únicamente por objeto esta-

blecer las donaciones á causa de muerte; ya contestamos que si tal hubiese sido el objeto único del artículo 893, era inútil hablar en él de formas. Así, pues, el artículo 893 es complejo: él acaba con las donaciones por causa de muerte, y establece el principio de que las disposiciones á título gratuito son actos solemnes. ¿Hay que repetir los motivos por los cuales el legislador ha prescrito dichas solemnidades, no sólo para la validez, sino para la existencia misma de las donaciones entre vivos? Luego es lo cierto decir que la ley prohíbe que se hagan liberalidades sin observar ciertas solemnidades legales y que las partes violan esa prohibición.

La corte de casación niega que haya violación de la ley, y cita todos los artículos del código que suponen liberalidades encubiertas, y estos artículos, dice ella, no son más que la aplicación de un principio proclamado por los primeros jurisconsultos. ¿No es permitido hacer indirectamente lo que puede hacerse directamente? ¿Si el donador puede donar al donatario por escritura, por qué no había de poder hacerlo por contrato oneroso? Nosotros contestamos: Porque la ley lo prohíbe, porque esto equivale á defraudar el art 893. (1) En cuanto á los artículos del código que suponen liberalidades encubiertas en la forma de contratos onerosos, la corte olvida un viejo adagio: suponer no es disponer. Veamos el singular razonamiento que se hace: "Por los términos del artículo 911, las disposiciones entre vivos ó por testamento, son nulas cuando han tenido lugar en provecho de un incapaz, sea que se encubran bajo la forma de un contrato oneroso, sea que se hagan bajo el nombre de interpósitas personas; de aquí resulta que ellas son válidas cuando se han hecho en provecho de una persona capaz, aun encubiertas bajo la forma de contratos onero-

1 Demante, t. 5º, pág. 6, núm. 3 bis 6º

sos." (1) He aquí uno de esos argumentos *á contrario*, basados en el silencio de la ley, de los cuales la doctrina y la jurisprudencia dicen que debe uno desconfiar. Ante todo debe uno preguntarse cuál es el objeto del legislador. ¿Acaso en el artículo 911 se pretende decidir la cuestión de saber en qué forma se puede disponer? Ciertamente que no; luego no hay que buscar la decisión de la cuestión en ese artículo. En este concepto, hay razón para decir que suponer no es disponer. En cuanto á los principios que la corte invoca, abusa de ellos de extraña manera. La simulación no anula el acto, cuando éste es válido por sí mismo. ¿Quiere decir esto que la simulación da validez á un acto que fuese nulo por sí mismo? Las partes hacen una escritura de venta, en la que todo es simulado, no hay un precio, ni consentimiento de vender y de comprar. Como venta, la escritura es nula. ¿Basta con una simulación para volverla válida? Nadie ha enunciado jamás semejante principio. (2)

Pregúntase cómo es que la corte de casación, después de haber estado por tanto tiempo dividida sobre esta cuestión, ha podido consagrar una doctrina que los textos, los principios y el espíritu de la ley condenan. Nosotros ya lo dijimos, esto es una especie de reacción contra una legislación que multiplica las formas y las trabas para impedir que el propietario disponga de sus bienes á título gratuito, siendo que, no obstante, les concede dicha facultad. Esto es un absurdo; esto se comprendía en el antiguo derecho que reservaba los propios á la familia de donde provenían; pero ya no se comprende en nuestro derecho moderno que declara todo disponible cuando no hay descendientes ni ascendientes. Las formas solemnes repugnan á nuestros hábitos; he aquí por qué se hacen liberalidades bajo mil formas,

1 Denegada, 16 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1854, 1, 390).

2 Demolombe, t. 20, pág. 101, núm. 101. Véase en sentido contrario, las autoridades que él cita en el núm. 190.

libertándose de las trabas legales que con mucha frecuencia no tienen razón de ser; los tribunales sufren la influencia irresistible del espíritu que domina en la sociedad, y, en consecuencia, han dado la sanción de su autoridad á una práctica que elude la ley, y, en consecuencia, la viola. Habríamos preferido que la corte de casación hubiese permanecido como órgano severo de la ley.

306. Se ha tratado de ir más lejos, haciendo liberalidades sin observar las formas legales y sin que hubiese una apariencia de contrato oneroso. Esto era lógico; pero ¿acaso la consecuencia no habla en contra del principio de donde ella emana? La corte de casación no se ha atrevido á ir hasta ese punto: esto habría equivalido á abrogar formalmente el título de las *Donaciones*; pero ¿acaso no se le abroga implícitamente? y ¿qué importa un remedo de forma? Yo no puedo donar un inmueble por escritura privada, pero muy bien puedo donarlo si califico dicha escritura de venta. ¿Es esto serio? ¿No es la jurisprudencia tan irracional como la ley de la que se ha apartado? La ley, al menos, era consecuente. Hagamos constar las inconsecuencias de la corte de casación.

Una persona subscribe, en presencia de dos testigos, en provecho de un menor, una escritura privada, por la cual declara que aquél niño tendrá el derecho de tomar de su sucesión una suma de 800 francos. Después de la muerte del signatario, el tutor del donatario pide el pago de la suma; el tribunal declara nula la escritura; á recurso interpuesto, recae una sentencia de denegada apelación. Verdad es, dice la corte, en derecho y en jurisprudencia, que es válida una donación hecha en la forma de un contrato á título oneroso, y entonces basta que se haga conforme á las reglas exigidas para el contrato bajo el cual está encubierta. Pero esto supone que hay un contrato oneroso,

al menos aparente. Ahora bien, en el caso de que se trata; la escritura no ha tomado la forma de un contrato á título oneroso: en su forma tanto como en su fondo, la escritura es una pura liberalidad, luego no podía ser válida en el cumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley para las donaciones entre vivos. En vano se decía que la liberalidad era una donación remuneratoria, la cual está libre de las formas solemnes; la corte contesta que esta excepción no se aplica más que á los donativos remuneratorios que presentan el carácter de una donación en pago; ahora bien, el fallo comprobaba que no había, en el caso de que se trataba, servicios apreciables que la escritura habría tenido por objeto saldar. (1) Así es que la escritura era nula porque al signatario no le había parecido bien simular; si él hubiera dicho que era deudor, no importa por qué falsa causa, la donación habría sido válida. ¡Confesemos que esa es una singular lección de moralidad legal!

En la víspera del matrimonio de una de sus hijas, la madre, tutora legal, hace que los futuros cónyuges le subscriban un documento privado que le constituye una renta vitalicia de 12,000 francos, como testimonio de gratitud por las atenciones que ella habría prodigado á su hijo. La escritura fué declarada nula por la corte de París por falta de formas. No había deuda, ni la apariencia de un contrato oneroso; ni siquiera había obligación natural, ni deber moral que pudiera servir de causa ó de pretexto á dicha liberalidad; la madre era rica, poseía un palacio en París que la procuraba una renta de 1,000 francos, ella tenía una casa de campo; su marido le había legado una renta de 6,000 francos; en cuanto á las caridades que ella había podido dar en la administración de los bienes de su hija, había sido ampliamente recompensada de ellas por el usufructo legal de que ella había disfrutado. Así pues, la es:

1 Denegada, 7 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 188).

critura era una pura liberalidad y debía redactarse según las formas que la ley requiere. A recurso intentado, la corte de casación pronunció una sentencia de denegada apelación. (1) Si las partes hubieran calificado esta liberalidad injustificable, de venta ó de transacción, habría estado al abrigo de la anulación. Nosotros por segunda vez, preguntamos si esto es racional: ¡la escritura será nula si los contrayentes dicen la verdad, y válida si la encubren con una mentira cualquiera!

Núm. 2. Condiciones.

I. En cuanto á la forma.

307. La donación encubierta no está sometida á las formas solemnes prescritas por la ley; esto no era necesario decirlo. Luego no se necesita ni escritura auténtica ni aceptación expresa. Esto último se ha puesto malamente en duda, porque la aceptación expresa es una de las solemnidades que la ley establece para las donaciones, y la que tiene menos razón de ser (2). El artículo 948 no es tan aplicable como á las donaciones solemnes; luego no se necesita estado estimativo de los objetos mobiliarios comprendidos en la liberalidad disfrazada. Esto es muy grave y prueba cuán poco jurídica es la jurisprudencia. Por asegurar la irrevocabilidad de las donaciones mobiliarias es por lo que la ley exige una escritura auténtica y un estado estimativo. Ahora bien, la irrevocabilidad es una regla fundamental de las donaciones, regla de que no están libres las donaciones encubiertas; sin embargo, la jurisprudencia las liberta virtualmente, supuesto que las dispensa del estado estimativo. Respecto á los donativos manuales, la entrega asegura su irrevocabilidad; ¿y en dónde estará

1 Denegada 23 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 327).

2 Denegada, 6 de Mayo de 1853 de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1853, 1, 336).

la garantía si se puede donar en forma de venta sin tradición y sin estado? Se ve que la jurisprudencia hace una ley nueva; ley, en ciertos conceptos, más racional, pero, en otros, muy ilógica; ley, en todo caso, que no incumbía hacer á los tribunales.

308. ¿Las donaciones encubiertas están sometidas á condiciones de forma? Que deban cumplirse los requisitos para la existencia ó para la validez del acto jurídico que las partes hacen aparentemente, no tiene la menor duda. La donación disfrazada es una venta aparente; luego se necesitará un objeto, un precio y el consentimiento del vendedor y del comprador. Pero, ¿se necesita también que las partes observen, bajo pena de nulidad, las formas establecidas para los escritos que comprueban la venta? Así lo enseñan; la donación disfrazada bajo la forma de una escritura de venta, bajo firma privada, sería nula si la escritura no hubiese sido doble, como lo exige el artículo 1,325 (1). Esto no es exacto. La donación encubierta es un contrato no solemne; ahora bien, en estos contratos, no se exige el escrito ni para la existencia ni para la validez del convenio, sirve únicamente de prueba. Luego si el escrito hecho para comprobar la venta no es conforme al artículo 1,325, todo lo que de ello resultará, es que dicho escrito no podrá invocarse como prueba de la donación encubierta bajo forma de venta, salvó el probar el contrato por una de las pruebas que admite el código civil. Decir que la validez del escrito es necesaria para la validez del contrato, es mantener la doctrina del contrato solemne, cuando las partes han querido libertarse de la solemnidad; es contradictorio aplicar á los contratos que no son solemnes, principios que rigen exclusivamente los contratos solemnes.

1 Demolombe, t. 20, pág. 112, núm. 104.

La corte de Bruselas ha aplicado los verdaderos principios en una serie de sentencias expedidas en el mismo asunto. Una primera sentencia decidió que dos escrituras de venta no podían valer como tales, á falta de precio y de intención de vender y de comprar. Pero de que esto no sea una escritura de venta, dice la corte, no se sigue necesariamente que sea una donación encubierta; para que haya una liberalidad, como lo pretendía el comprador, se necesita voluntad para donar y para recibir. Quedaba por decidir á quién incumbía la prueba, sea que hubiese una donación ó que no la hubiese. Una segunda sentencia falló que al pretendido comprador correspondía probar que había donación; en efecto, estaba soberanamente decidido que no había venta; al que pretende que el contrato está disfrazado y contiene una liberalidad, es al que corresponde probar por aplicación del principio elemental, en virtud del cual el actor debe establecer el fundamento de su demanda. ¿Cómo debía rendirse esa prueba? ¿El pretendido comprador podrá prevalerse de las escrituras de venta? No como prueba completa, supuesto que el vendedor negaba que hubiese habido la voluntad de donar, pero al menos formaban una probabilidad en favor del comprador. En efecto, el vendedor se había obligado á transferir la propiedad de la cosa al comprador; si esto no fuera á título de venta, ¿cuál era, pues, la verdadera causa del compromiso que había contraído? La corte concluyó que resultaba de las escrituras de venta un principio de prueba por escrito; ella admite, en consecuencia, al comprador á completar la prueba por la prueba testimonial (1).

309. Hay contratos onerosos que están sometidos á formas especiales para la validez del hecho jurídico; las le-

1 Bruselas, 14 de Diciembre de 1831, 22 de Febrero de 1832 y 16 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*; 1832, pág. 105).

tras de cambio y los billetes á la orden se transmiten por vía de endose. Esta forma es especial á los compromisos comerciales contraídos por vía de billete á la orden, ó de letra de cambio. Los créditos ordinarios no se transmiten de esa manera; se necesita una escritura de venta para ceder su propiedad. Luego si las partes se han servido de la forma del endose para hacer una donación encubierta, la liberalidad será nula, porque las formas prescritas para la validez de la escritura no han sido satisfechas. La cuestión se ha decidido en este sentido por la corte de casación. Un reconocimiento es subscripto por una casa de banco en provecho de un particular. Al fallecimiento de éste, el billete se halló en posesión de un tercero con esta mención: "Páguese á la orden de M." ¿Había donación válida? La corte de Bourges decidió la cuestión negativamente. Una donación, dice la sentencia, puede, en verdad, hacerse bajo la forma de un contrato oneroso, pero con una condición, y es que el contrato exigido para cubrirla sea válido en la forma. En el caso de que se trata, el propietario del crédito lo había transmitido por la vía de endose; ahora bien, este modo de transmisión es un favor concedido á las letras de cambio y á los billetes á la orden, no se puede aplicarlo á los créditos ordinarios. En vano se pretendía que ésta era una cesión de crédito; la cesión es una venta, y no hay venta sin precio; ahora bien, en la cesión que se quería inferir del endose irregular, no se estipulaba ningún precio. La escritura, nula como endose, nula como venta, no puede valer como donación; porque había voluntad de donar; la voluntad de donar y de recibir no es suficiente para que haya donación; se necesita ó un instrumento público, ó un contrato oneroso válido en la forma, ó un donativo manual; la liberalidad no podía valer como donativo manual, supuesto que el donativo manual no se aplica á los créditos (núm. 279). A re-

curso intentado, la corte de casación pronunció una sentencia de denegación (1).

310. Los billetes á la orden y las letras de cambio han dado lugar á numerosas dificultades. Un primer punto si es cierto, y es que dichos valores no pueden donarse de mano á mano. Los créditos nose donan de mano á mano, á menos que sean efectos al portador; ahora bien, los billetes á la orden y las letras de cambio llevan el nombre del acreedor, él solo puede percibir el monto, la posesión del billete no da ningún derecho al que la retiene, lo que excluye toda donación, supuesto que la donación es eventualmente translativa de propiedad. ¿Cómo se opera la transmisión de la propiedad de una letra de cambio? El código de comercio lo dice: por la vía del endose (artículo 136). Una entrega manual es del todo ineficaz. (2)

Luego se necesita un endose; pero toda especie de endose es suficiente. El artículo 136 del código de comercio contesta á la pregunta; exige la expresión del *valor ministrado*. Cuando el endose no está hecho en las formas requeridas, no equivale á procuración (art. 138). Estas disposiciones claras y formales dan la solución de todas las dificultades que se han suscitado. Se supone que el endose dice *por donativo*. ¿Es esto un endose regular? No; luego no hay traslado de propiedad; el tomador de orden no es más que un mandatario que debe entregar al mandante los valores que él percibe. Esto excluye toda idea de donación. ¿Un mandatario es donatario? Se objeta que las palabras *por donativo* implican servicios recibidos ó el efecto, que no carece de *valor*. Nosotros contestamos que un rasgo de ingenio carece de todo *valor* de derecho, á menos que se dé un giro espiritual á un argumento jurídico. En vano

1 Bourges, 10 de Febrero de 1841 y denegada, 10 de Febrero de 1842 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,619).

2 Pan, 10 de Marzo de 1840 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,627, y las demás sentencias que allí se citan.

se dice que hay voluntad de donar, nosotros repetimos que esta voluntad no es suficiente; se necesita que se manifieste de una forma legal; ahora bien, la forma empleada en el caso de que se trata es la de una procuración; ¿acaso una procuración puede equivaler á acto translativo de propiedad? Esto es decisivo. Habría que resolverlo así aun cuando la voluntad de donar fuese probada por una letra ó cualquiera otro escrito. ¿Qué importa que tenga él intención de donar? Se necesita, además, ó un instrumento notariado, ó un contrato oneroso, ó una entrega de mano á mano; ahora bien, cuando el endose es irregular, no hay acto oneroso, no hay instrumento público, y el donativo manual es imposible. Esto es decisivo. (1)

Sucede lo mismo con un endose en blanco. Acerca de este punto, la controversia es todavía más viva y la jurisprudencia es indecisa. Una sentencia de la corte de Donai decide la cuestión conforme á los verdaderos principios.

La corte recuerda desde luego la regla del artículo 933; no se puede disponer á título gratuito sino dentro de las formas establecidas por la ley. Si la doctrina y la jurisprudencia hacen válidos los donativos y las donaciones encubiertas, es, á título, excepciones á la regla. Estas excepciones deben quedar exactamente incluidas en los casos para los cuales se han establecido. El donativo manual no se aplica á los créditos. Queda el acto oneroso, el billete con un endose en blanco; este acto es irregular en la forma; ahora bien, en esta materia, á diferencia de los actos de venta, hay formas, el código de comercio las establece, y decide que el endose irregular no equivale más

1 Coin-Delisle, pág. 217, núms. 26-29 del artículo 938; Merlin, *Cuestiones de derecho* en la palabra *Donaciones*, pfo. 6º, núm. 3 (t. 6º, pág. 52); Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,624.

que á procuración; supuesto que no hay translación de propiedad, no puede tratarse de donación. (1)

¿Quiere decir esto que los billetes á la orden y las letra de cambio, no puedan transmitirse por medio de una donación disfrazada? Nó, la vía es sencillísima, es la de la simulación autorizada por la jurisprudencia. Basta hacer un endoso regular por *valor ministrado*; la escritura será regular en la forma, y por lo mismo, la donación es válida (2); bajo el punto de vista del derecho y de la moral legal nada es más irregular y más funesto. Cuando las partes dicen la verdad, la liberalidad será nula, cuando mienten, la liberalidad será válida. A nuestro juicio, no debe ponerse nunca en oposición con la moral.

II Consentimiento.

311. El consentimiento que las partes han dado al contrato oneroso no es mas que aparente; cuando ellas hacen una donación en forma de venta, no consienten ni en vender ni en comprar; la voluntad de las partes es lo que da la ley; ellas han pretendido hacer una donación, luego es preciso que haya consentimiento para disponer y para recibir á título gratuito. No debe creerse que el consentimiento aparente que han dado al contrato oneroso equivaiga al concurso de consentimiento que es necesario para que haya donación; de que no haya venta no se puede concluir que hay donación. Así es como se ha fallado que un acto aparente de venta no era una donación, porque la

1 Donai, 3 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1847, 2, 182). Rouen, 29 de Diciembre de 1840 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,629); Coin-Delisle, pág. 219, núm. 34 del artículo 938. Véase en sentido contrario, las sentencias citadas por Dalloz, "Disposiciones," número 1,619).

2 Compárese Coin-Delisle, pág. 217, núm. 8 del artículo 138; Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,626.

intención de las partes no había sido ni donar, ni recibir; el vendedor quería, por medio de una venta aparente, sustraer momentáneamente sus inmuebles á la acción de sus acreedores; y el pretendido comprador era cómplice de aquel fraude. (1) Puede todavía suceder que el acto no sea serio; en este caso las partes no habrán hecho nada; el contrato aparente se declarará inexistente á falta de consentimiento. (2) En el caso de venta, se presenta una dificultad especial; el precio debe ser serio; si no lo es, no hay precio, y, por lo tanto, no hay venta; habrá que examinar entonces si hay intención de donar y recibir, por que de que el precio no es serio no puede siempre concluirse que el vendedor ha querido gratificar al comprador. (3)

312. ¿Cuándo hay voluntad de donar y de recibir? Esta es una cuestión de hecho, por lo que su solución depende de la naturaleza del contrato y de las circunstancias de la causa. Hay convenios que casi no dejan duda. Los futuros cónyuges estipulan una comunidad inmorale; la aportación de la mujer consiste en bienes de un valor de 168,363 francos; lo que aporta el marido consiste en la porción hereditaria que le toca en la sucesión de su padre, y se descubre que esta sucesión no ofrece activo real ninguno; se ha fallado que tal convenio era una donación encubierta. (4)

Una tía suscribe en favor de su sobrino una obligación de 15,000 francos, causada por préstamos de suma análoga; ahora bien, la sobrina se hallaba en la imposibilidad de realizar ese pretendido préstamo, lo que probaba á la

1 Denegada, 9 de Enero de 1832 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,678, 1°).

2 Bastia, 23 de Diciembre de 1836 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,678, 2°).

3 Denegada, 28 de Diciembre de 1816 (Dalloz, *Renta vitalicia*, número 72, 2°).

4 Denegada, 3 de Abril de 1843 (Dalloz, "Disposiciones," número 799).

vez que no había préstamo y que el tío quería procurar ventajas á su sobrina. La escritura decía, además, que la suma prestada sería exigible únicamente hasta la muerte del que podía prestarla, y que no causaría interés; esta cláusula completaba la prueba de que la intención de las partes era hacer una donación. (1)

Se dice en un contrato de matrimonio que entre las aposiciones de la mujer, figura una suma debida á ella por un tío que la reconoce, reservándose el derecho de librarse inmediatamente después de la celebración del matrimonio; ahora bien, la futura era menor, no tenía industria alguna y no había formulado ninguna herencia; así es que ¿de dónde le habría venido la suma de 100,000 francos que ella había colocado en manos de su tío conforme á los términos del contrato? Se ha fallado que ésta era una donación encubierta bajo un reconocimiento de deuda. (2)

La venta es el contrato que más comunmente sirve para encubrir las donaciones. Se presta á ello de muchas maneras. La escritura dice que el precio se ha pagado al contado, y está probado que el precio no ha sido pagado. Esta declaración inexacta puede encubrir una liberalidad, pero puede ser también que no haya donación. Se ha fallado en un caso que se ha presentado ante la corte de Donai, que el precio debería entregarse á la vendedora á medida que lo fuese necesitando; lo que excluía todo pensamiento de liberalidad. (3) Pero si la venta se ha hecho con reserva de usufructo en provecho del vendedor, que es persona enferma y de mucha edad, y si los adquirentes se hallan en un estado próximo á la indigencia, estas circunstancias prueban que el contrato es una donación encubierta. Lo vil del precio es la común indicación de un

1 Tolosa, 11 de Enero de 1858 (Dalloz, "Disposiciones," número 928).

2 Denegada, 20 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 130).

3 Donai, 5 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 202):

contrato simulado, pero este sólo hecho no es decisivo; lo vil del precio puede también dar lugar á una acción de rescisión por causa de lesión. Luego hay que ver si el vendedor ha sido lesionado ó no ha querido donar. La venta está consentida por una renta vitalicia inferior en más de la mitad á la renta de los bienes, y la renta está estipulada en provecho de un octogenario; este precio no es serio, y resultará de esto que la pretendida venta es una donación? Se ha fallado la afirmativa en un caso en que la venta era consentida por su tío en provecho de su sobrino, y el tío acababa de hacer un testamento en favor de ese mismo sobrino, de suerte que casi no era dudosa la voluntad de gratificarlo (1)

El juez del hecho tiene un poder soberano para apreciar la intención de las partes. Se ha fallado que un acto calificado de venta constituía una donación encubierta que abarcaba todos los bienes presentes del donador. Surgen entonces la cuestión de saber si esta donación obligaba al donatario á pagar las deudas presentes, y si el donatario conocía la importancia de esas deudas. Estas cuestiones han sido decididas contra el donatario por la corte de Limoges, y la corte de casación ha confirmado la decisión por una sentencia de denegada apelación. (2)

313. La donación es un contrato, sea directo ó encubierto. Luego se necesita el consentimiento del donatario; se le puede llamar aceptación, pero sin atribuir á la palabra la idea especial que expresa cuando se trata de una donación solemne (art. 932): es una simple manifestación de voluntad, regida por los principios generales que rigen el consentimiento. La prueba del consentimiento, cuando hay

1 Donai, 14 de Junio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 89). Compárese Lieja, 14 de Junio de 1852 (*Pasjerisja*, 1853, 2, 364).

2 Limoges, 8 de Marzo de 1851 y Denegada, 21 de Julio de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 110).

un escrito, resultará de la firma del donatario, y esto no es más que el derecho común. (1) Si no hay escritura, la ejecución del convenio comprobará su existencia y, por lo tanto, el concurso de consentimiento. (2) Si el donatario no está presente en la celebración de la escritura, la donación no será más que una oferta; se necesitará la aceptación del donatario conforme al derecho común, es decir, que el donatario deberá aceptar antes que el donador se haya retractado de su oferta, cosa que tiene derecho á hacer hasta que la aceptación se ponga en su conocimiento; se necesita también que el donatario consienta en vida del donador y en el momento en que éste era todavía capaz de consentir. Esto no es más que la aplicación de los principios elementales que nosotros expondremos en el título de las *Obligaciones*. Asombra ver á las cortes decidir que el donatario puede todavía aceptar después de la muerte del donador; (3) ¿es preciso recordarles lo que hacía Pothier, que después de la muerte no se puede ya consentir? ¿Y cómo se había de formar un contrato sin concurso de consentimiento?

314. Estos principios, á nuestro juicio, se han echado por la jurisprudencia en la cuestión de la translación de las rentas sobre el Estado. Las rentas nominativas sobre el Estado no pueden ser objeto de un donativo manual, supuesto que no son títulos al portador; se pueden ceder á título oneroso, por medio de una simple translación en las formas prescriptas por la ley de 28 floreal, año VII. Como una liberalidad puede hacerse en la forma de toda especie de contrato á título oneroso, la translación podrá encubrir una donación. Esto no es dudoso, si se admite el principio de

1 Rouen, 27 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 26).

2 Rennes, 2 de Agosto de 1838 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,683, 5°).

3 Véase la sentencia precitada de Rennes (nota 4) y Amiens, 16 de Noviembre de 1852 (Dalloz, 1854, 2, 255).

las donaciones encubiertas. ¿Pero la translación por sí sola es suficiente para establecer la aceptación del donatario? Si el donatario ha subscripto la translación, no hay duda alguna; tampoco la hay si la inscripción ha sido entregada al donatario, esto no es más que la entrega de la cosa donada, es decir, la ejecución de la donación, y ésta implica aceptación. ¿Pero qué debe decidirse si no hay ni firma, ni ejecución, ni otro hecho ninguno de donde puede inferirse la aceptación del donatario? En este caso, á nuestro juicio, no hay consentimiento, y, por consiguiente, no hay donación.

La corte de casación ha fallado que la translación sólo implica aceptación, probando el concurso de consentimiento. Ella parte del principio de que la aceptación de una liberalidad encubierta bajo la forma de un contrato á título oneroso, no está sujeta á ninguna protección particular, en el sentido de que resulta naturalmente del contrato que encierra la donación. Esto es evidente, cuando el contrato se perfecciona por el concurso del consentimiento de ambas partes. La sentencia, aplicando este principio á la translación de las rentas al gran libro de la deuda pública, agrega el que el pago y la aceptación de la translación, resultan por el titular de la inscripción misma. (1) Cuando hay cesión á título oneroso, sí; porque ésta se transmite por ministerio de los agentes de cambio que son mandatarios de las partes; desde el momento en se hace la inscripción, hay prueba escrita de la cesión. ¿Sucede lo mismo si la cesión encubre una liberalidad y si el mandatario no ha dado ningún mandato, si ignora la translación? Nos parece que en este caso hay oferta de donación; pero la oferta no se vuelve un contrato sino por la aceptación

1 Casación, 24 de Julio de 1844 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,681, 1º). Compárese Dalloz, *ibid* y Troplong, t. 1º, pág. 361, número 1,060).

del donatario. En vano se dice que hay una escritura que hace prueba de la cesión, y, por lo tanto, de la aceptación; no comprendemos nosotros que haya un contrato, es decir, un concurso de consentimiento sin que una de las partes haya consentido, y sin que siquiera conozca la esencia de dicho pretendido contrato. Existe una escritura, es cierto, la translación, que es la prueba de la cesión; pero para que un acto escrito pruebe la existencia de un contrato, se necesita antes que todo, que se hayan cumplido los requisitos para la existencia del contrato. La translación supone el concurso de voluntades; si en realidad, no ha tenido lugar tendrá la translación la virtud mágica de crear un contrato que nunca ha existido? Esto es imposible. Una cesión simulada, cuando el cesionario no ha consentido, no es más que una oferta, y una oferta no es un contrato.

La corte de Orleans á la cual se remitió el escrito, falló en el mismo sentido. Hay título auténtico, dice la corte, en provecho del acreedor nuevamente inscrito, el cual se encuentra de pleno derecho y sin el auxilio de ninguna otra formalidad, investido de la propiedad de renta. Preguntaremos nosotros si la translación tiene mayor fuerza que una escritura auténtica por la cual el acreedor diese su renta. Sin embargo el donatario en este caso, no se vuelve propietario, y no lo será sino por su aceptación. Si la translación fuese seria, sin duda que el nuevo acreedor sería el propietario, pero la translación no es más que aparente, no hay ni cedente ni cesionario, hay donador y no hay un donatario. La corte de Orleans insiste, y dice que la translación será un acto oneroso, translativo de propiedad por todo el tiempo que no se pruebe que encubre una donación. (1) Esto es evidente; preciso es que el actor que pretende que la translación es nula como donación, pruebe, en primer lugar, que hay donación; pasa lo mismo en

1 Orleans, 9 de Julio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 31).

todos los casos de donación encubierta; así pues el que sostiene que la translación es nula como donación, deberá probar en primer lugar la simulación, y en seguida que el donatario no ha consentido y que, por lo tanto, la donación es nula por falta de aceptación. ¿Cómo se rendirá la prueba de simulación? Esto será lo que digamos más adelante.

No es necesaria la aceptación dice la corte de Orleans; ella resalta suficientemente, respecto al tutelar, de la suscripción de su nombre en el gran libro, operada por ministerio del agente de cambio que se reputa mandatario legal del nuevo acreedor. Esto es verdad cuando hay cesión, pero la translación como acto oneroso no es más que aparente; por lo mismo, hay que ver si se han cumplido los requisitos exigidos para la donación encubierta. Ahora bien, el requisito esencial, cuando el donador ha consentido, es la aceptación del donatario; ¿resulta esta aceptación del mandato de que está comisionado el agente de cambio? Esto sería una aceptación ficticia, supuesto que lo es el mandato. ¿Puede haber un mandato sin mandante, y hay mandante sin consentimiento? ¿y qué viene á ser una aceptación por un mandatario cuya existencia ignore el mandante?

III. Capacidad.

315. La ley establece condiciones especiales de capacidad para las donaciones entre vivos. ¿Deben aplicarse á las donaciones encubiertas? No es dudosa la afirmativa; verdad es que en apariencia las partes celebran un contrato á título oneroso; pero en realidad, ellas celebran una donación, luego es preciso que sean capaces para donar y para recibir. Por esto todas las sentencias de la corte de casación que admiten la validez de las donaciones encubiertas, añaden que el contrato no es válido como donación si, no cuando las partes tiene la capacidad exigida por la ley.

Hay que hacer, no obstante, una restricción que resulta de la naturaleza misma de las donaciones encubiertas. Esto no es un contrato solemne; luego hay que aplicar los principios que rigen los contratos no solemnes en lo concerniente á la capacidad. Nosotros hemos enseñado que la nulidad de la donación que resulta de la falta de autorización marital es absoluta; (núm. 259) no pasará lo mismo con las donaciones encubiertas. En efecto, la nulidad absoluta es una consecuencia de la solemnidad del contrato; siendo la donación encubierta un contrato oneroso, deben aplicarse los artículos 225 y 1,125; así pues, la nulidad será relativa y sólo la mujer podrá oponerla. Lo mismo sería si el menor aceptara la donación sin intervención de su tutor; la razón para decidir es idéntica.

316. Según los términos del artículo 901 se necesita estar sano de entendimiento para hacer una donación entre vivos. Luego la donación encubierta puede ser anulada por insania del entendimiento. Esto no es dudoso; la jurisprudencia aplica la ley con severidad, y tiene razón. Es, sobre todo, para garantizar la libertad de espíritu por lo que la ley prescribe estas solemnidades; por lo menos ese es el único motivo racional que de esto pueda darse. Si la jurisprudencia se ha desviado del rigor de la ley, cuando las partes son capaces, debía ser tanto más severa, cuanto precisamente para eludir la condición de capacidad es por lo que las partes han escogido la forma de un contrato oneroso.

Un viejo, sin reproche hasta entonces, entabla relaciones de concubinato con una muchacha que dirige una casa de tolerancia. Ella, dominando completamente el ánimo de aquel infeliz, consibe el proyecto de despojarlo de todos sus bienes. Ella empezó por recibir cantidades de dinero y de abastecimiento que subieron á la suma de más

de 4,000 francos; en seguida hizo que le hicieran una cesión que contenía una donación encubierta de todo lo que quedaba á su amante. No podría verse, dice la corte de Lyon, "la sanidad de entendimiento necesaria para la validez de las liberalidades en una escritura, por la cual un anciano de una razón alterada por la edad, asediada por una cortesana y cediendo á la alucinación á que lo lanzaban extravíos odiosamente explotados, se ha despojado en provecho de tal mujer, de todos sus bienes, reduciéndose á la miseria y á una privación absoluta de todo medio de existencia." La corte añade que la captación que procede por medio de una naturaleza tan irritante, debería independientemente de toda insania, considerarse como una causa de anulación. En este punto la corte se excede de los principios ordinarios, porquela aceptación no es una causa de nulidad sino cuando hay dolo; y en el caso de que se trataba, no señalaba un manejo fraudulento; no había más que una pasión desarreglada que podía considerarse como insania en razón del carácter criminal de la reducción. La sentencia fué confirmada por la corte de casación. (1)

En otro caso, había captación en el peor de los sentidos; el donatario había recurrido á todo género de manejos fraudulentos para persuadir á la donadora que su nuera quería envenenarlo y que su nieto no había nacido de su hijo; él secuestraba á la abuela para impedirle que viese á su nieta. Estas sugerencias calumniosas y fraudulentas acabaron por destruir la libertad de espíritu de la disponente; en este estado de ánimo fué cuando testó en provecho del que era culpable de esos odiosos manejos, y le hizo una donación en forma de venta. Todos estos actos fueron anulados por la corte de Dijon, y á recurso de casación recayó una sentencia de denegada apelación (2).

1 Denegada, 30 de Mayo de 1870 (Daloz, 1870, 1, 423).

2 Denegada, 12 de Abril de 1865 (Daloz, 1866, 1, 261).

307. La condición de capacidad debe además aplicarse al caso en que establecimientos de utilidad pública reciben una donación encubierta. Recordaremos la sentencia severa pero justa, pronunciada por la corte de París en el negocio de los Lazaristas. Un lazarista había vendido el inmueble que componía toda su fortuna, al abad superior de la congregación; la escritura era recibo del precio. Se falló que la venta era nula como tal, porque había tenido lugar sin la autorización del gobierno, necesaria para los actos de adquisición hechos por las congregaciones religiosas. El superior de la congregación invocó la jurisprudencia que hace válidas las donaciones encubiertas; el argumento era muy malo; si las donaciones encubiertas bajo la apariencia de actos onerosos han sido *toleradas* (tal es la expresión de la sentencia), es cuando las partes no han hecho indirectamente sino lo que les era permitido que hicieran directamente, mientras que el que trata con un incapaz viola la ley y practica un acto que ya no puede hacer de una manera desviada como directamente. El tribunal del Sena había mandado que la congregación se proveyera de autorización ante la autoridad administrativa para aceptar la donación encubierta. Si se aceptare semejante sistema, dice la corte, la regla que impone á las congregaciones la vigilancia del Estado, ya infringida con basta frecuencia, se hallará completamente desprovista de sucesión; los actos se celebrarían y se ejecutarían sin autorización, salvo el reclamar la intervención del gobierno, cuando se descubriese el fraude; lo que vendría á dar por resultado el fraude á una ley de orden público (1).

IV. De la causa.

318. Nosotros hemos examinado en otro lugar las dificultades á que da lugar la causa en materia de donaciones

1 París, 10 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 110).

entre vivos. (Véase el tomo XI, núm. 506 y siguientes). Estas dificultades se presentan cuando se trata de donaciones encubiertas; para que sea válida la donación encubierta, se necesita que el contrato oneroso que la encubre reúna todos los requisitos prescritos por la ley, requisitos sin los cuales el contrato no existe; la nada nunca puede producir efecto. Ahora bien, la causa, en la teoría del código, se requiere para la existencia del contrato; luego si no hay causa, ó si ésta es ilícita, el contrato no puede producir ningún efecto; y tales son los términos absolutos del artículo 1,131. Un billete de 15,000 francos es causado á título de reconocimiento. El pretendido reconocimiento se refería exclusivamente á las relaciones ilícitas que habían existido durante diez años entre el signatario y la mujer en cuyo provecho estaba subscripto el compromiso; así, pues, la verdadera y única causa de este compromiso era un ultraje á las costumbres. En vano se pretendía que el concubinato había cesado, ¿Qué importa? dice la corte de Besançon. Si el billete está subscripto en vista del concubinato que continúa, es una prima á la depravación; si el billete está subscripto después de la cesación de un comercio culpable, es el precio de vergonzosas complacencias; en uno y otro caso, hay causa ilícita. ¿El billete viciado por una causa ilícita podría equivaler á donación encubierta? No, dice la sentencia; porque la escritura viciada en su esencia misma y manchada de una nulidad relativa al orden público y á las buenas costumbres, no podría producir ningún efecto (1). Había que decir más: el compromiso sobre causa ilícita es más que nulo, no existe á los ojos de la ley, y la nada no puede equivaler á donación.

1 Besançon, 19 de Marzo de 1862 Dalloz, 1862, 2, 58).

*Núm. 3. Efectos de la donación encubierta.**I. Cuando es válida la donación.*

319. La donación está regida, en cuanto á sus efectos, por principios que le son particulares; ella es irrevocable, y esta irrevocabilidad es mucho más severa de lo que es en el contrato oneroso. Más adelante explicaremos el viejo adagio del derecho francés: *no son equivalentes donar y recibir*. ¿Se aplica este principio á las donaciones encubiertas? ¿ó hay que aplicar las reglas menos estrictas concernientes á los contratos onerosos? No hay contrato oneroso sino una liberalidad; luego la donación encubierta debe estar sometida á los principios que rigen las donaciones, salvo la solemnidad, y por consiguiente, á la máxima: *No son equivalentes donar y retener*. No obstante, hay una excepción. Para garantir la irrevocabilidad de las donaciones mobiliarias, la ley exige un estado estimativo (art. 948). Es imposible aplicar esta disposición á la donación encubierta, bajo forma de venta por ejemplo, porque la venta es válida sin estado estimativo; y desde el momento en que el contrato oneroso es válido en la forma, vale como donación encubierta, si tal es la intención de las partes contrayentes. Esta consecuencia, que se desprende de la doctrina consagrada por la jurisprudencia, habla contra la doctrina, porque viola uno de los principios esenciales de la donación.

320. Mientras no hay solemnidad en juego, debe aplicarse á las donaciones encubiertas el principio de la irrevocabilidad. De aquí resulta que un contrato oneroso, revocable por naturaleza, se torna irrevocable cuando encubre una donación. Tal es el mandato. Una señorita encarga al alcalde de una comuna que emprenda ciertos trabajos de reconstrucción en una iglesia, y para cubrirlo de sus anticipos, ella le vende sus inmuebles, con acción de

revenderlos y de reembolsarse sobre el precio. Sus herederos pidieron la nulidad de ese acto por contener una liberalidad hecha á la fábrica de la iglesia por interpósita persona. La corte de casación mantuvo la venta como mandato para enagenar. Conforme al rigor de los principios, se podía sostener que el precio de la venta debiendo servir á la fábrica, había donación indirecta; la corte consideró los hechos bajo otro punto de vista. El mandatario de la donadora había hecho los trabajos de reconstrucción; ¿tenía él una acción para hacerse reembolsar? En derecho estricto, no. Pero por lo menos, dice la corte, había una obligación natural por parte del mandante, de indemnizarla por sus anticipos; ahora bien, en la opinión generalmente aceptada, las donaciones hechas en ejecución de una obligación natural no son liberalidades sometidas á las reglas de las donaciones; en todo caso, el que las cubre, no tiene acción de repetición, y sus herederos no pueden tener más derecho que él. La consecuencia era que el mandato para enagenar era válido y participaba de la irrevocabilidad de las donaciones. En vano se oponía que el mandato acaba con la muerte del mandante; en el caso de que se trata, había donación ó pago de una deuda natural, y en una ú otra hipótesis, el acto era irrevocable.

Unos donadores disponen de sus bienes presentes y futuros en la forma de una venta. La donación era nula en cuanto á los bienes futuros, y esto no tenía la menor duda. En cuanto á los bienes presentes, atacábase aquella porque la escritura de venta no contenía estado estimativo; la corte de casación apartó ese motivo, porque no se le había hecho valer en apelación. (1)

Otra consecuencia del mismo principio es que no se puede hacer una donación encubierta con condición apostati-

1 Casación, 20 de Noviembre de 1826 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,667).

va. Un amo subscribe en provecho de su criada un billete concebido en estos términos: "Reconozco que debo á la señora Claudina la suma de 20,000 francos, recibida de ella en especies y resarsible sobre su hija; el todo reembolsable después de mi muerte, y *pagadas y liquidadas mis deudas particulares* sin tener ningún recurso antes de esta condición; y yo he celebrado la presente escritura para que después de mi no se puedan enmendar mis *últimas disposiciones* que son fijas é irrevocables." ¿Esta disposición es un legado ó una donación? La corte de Lyon decidió que era una donación, supuesto que conforme á los términos del billete, sus efectos debían ser irrevocables. Pero como donación, la escritura era nula. Según los términos del artículo 944, la donación no puede hacerse con condición potestativa; ahora bien, la condición si las deudas del disponente, á fallecimiento, no absorben su haber, es una condición potestativa, luego el billete era nulo si la donación encubierta no tenía por objeto transmitir inmediata é irrevocablemente la propiedad de los objetos donados al donatario, habría testamento ó donación de bienes futuros; y, en consecuencia, la liberalidad sería nula si las formas y condiciones prescriptas por la ley para la institución contractual y el testamento no se hubiesen observado. (1)

La ley establece causas especiales de la revocación para la donación entre vivos; ellas son revocables por causa de ingratitud, y son revocadas de pleno derecho por algunos hijos que sobrevengan. ¿Sucede lo mismo cuando la donación está encubierta bajo la forma de un contrato oneroso? La afirmativa no es dudosa; volveremos á insistir al tratar de las excepciones á la irrevocabilidad de las donaciones.

1 Denegada, 14 de Noviembre de 1843 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,684, 6°).

322. Hay donaciones que son condicionales por naturaleza; el artículo 1,084 dice que "toda donación hecha en favor del matrimonio, caducará si no se le sigue el matrimonio." Si una donación encubierta se hace en favor del matrimonio, estará sometida á la misma condición. Un hombre de edad de cuarenta años y una viuda que tenía más de sesentan, forman el proyecto de unirse por matrimonio. Poco antes de sus convenios matrimoniales la viuda vende á su futuro una hacienda por 40,000 francos; en la escritura se dice que se habían pagado 10,000 francos antes del contrato, que 20,000 fueron pagados en presencia del notario y que el comprador pagará los 10,000 restantes á los acreedores hipotecarios. El matrimonio no se realizó. Dos años más tarde, la viuda pidió la nulidad de la venta porque era una donación encubierta hecha con la mira del matrimonio proyectado, y caduca por tal título. El encubrimiento era evidente y estaba tácitamente confesado por el pretendido adquirente y por la vendedora. En efecto, el contrato de matrimonio valuaba sus aportaciones en la módica suma de 1,500 francos, cuando ella debía haber recibido 20,000 francos al contado pocos días antes, y el futuro declaraba que no poseía más que..... 10,000, sin hacer mención ninguna del inmueble que acababa de comprar. Desde el momento en que constaba que había donación encubierta en la víspera de un matrimonio interesado, debía inferirse que la liberalidad se había hecho con la mira del matrimonio, y, en consecuencia, debía aplicarse el artículo 1,088. (1)

323. Toda donación se resuelve cuando se hace á un heredero sin dispensa de reintegro ó cuando se excede del disponible. Las donaciones encubiertas están sujetas al reintegro y á la reducción; respecto del reintegro, la ley

1 Denegada de la sección civil, 7 de Marzo de 1820 (Dalloz, *Obligaciones*, núm. 343, 1°).

lo dice (arts. 843, 853 y 854); en cuanto á la reducción, ella estriba sobre todos los bienes salidos del patrimonio del difunto á título gratuito, importando poco la forma de la escritura. Se ha pretendido que las donaciones hechas con fraude de la reserva eran nulas; vamos á examinar la cuestión.

11. Cuándo son nulas las donaciones encubiertas.

324. Todas las sentencias pronunciadas por la corte de casación en materia de donaciones encubiertas, añaden la restricción de que la liberalidad no es válida sino cuando no deroga una disposición prohibitiva. ¿Cuáles son esas disposiciones prohibitivas? Hay una que es de derecho común, y es que las escrituras hechas por el deudor con fraude de los derechos de sus acreedores, son nulos (art. 1167). Las condiciones de la acción pauliana difieren según que el acto es á título oneroso ó á título gratuito. Hay que aplicar á las donaciones encubiertas los principios que rigen los actos á título gratuito; en efecto, las donaciones encubiertas están sometidas á las reglas de las donaciones, con excepción de las solemnidades. Insistiremos sobre la cuestión en el título de las *Obligaciones*.

325. ¿Debe aplicarse la restricción admitida por la corte de casación á los donaciones encubiertas que se hacen con fraude de la reserva? Hay alguna vacilación acerca de esta cuestión en la doctrina y en la jurisprudencia. La negativa nos parece clara. No hay más nulidades que las que la ley pronuncia expresamente, ó que resultan virtualmente de la voluntad del legislador. Nulidad expresa, no la hay, y la nulidad virtual supone una disposición que es violada; ahora bien, la hipótesis en la cual se presenta la dificultad, ni siquiera está prevista por el código. La ley no dice que la disposición hecha con apariencia de un contra-

to oneroso es válida; mucho menos aún dice que la donación encubierta es nula, cuando se hace con fraude de los reservatarios y para despojarles sus derechos: el silencio de la ley decide la cuestión. En la opinión general, hay que agregar que lejos de pronunciar la nulidad de las donaciones encubiertas hechas con fraude de los herederos, la ley las mantiene. El artículo 854 califica de fraudulentas las donaciones encubiertas, que tienen por objeto sustraer las donaciones al reintegro debido por el heredero donatario: ¿el código las anula? No, él declara únicamente que le es debido al reintegro. ¿Porqué había de ser de otro modo en materia de reserva? El legislador habría podido, es cierto, sancionar la obligación del reintegro y de la reducción, pronunciando la pena de nulidad contra los que defraudaren las disposiciones que garantizan los derechos de los herederos; nosotros habríamos referido esta severidad; si se quiere enseñar á los hombres que respeten la ley, no se les debe permitir que la violen impunemente, ni eludirla, sobre todo cuando ella tiene por objeto asegurar la igualdad entre los herederos, ó garantir los derechos de los reservatarios; porque la igualdad es de la esencia de las particiones, y la reserva se funda en la naturaleza, es decir, en la voluntad de Dios.

La jurisprudencia de la corte de casación se halla en este sentido. (1) Hay sentencias en sentido contrario, que se han pronunciado por aversión al fraude concertado entre el donador y el donatario, para despojar de sus derechos á herederos de reserva. Estas decisiones hablan en contra de la jurisprudencia que consagra la validez de las dona-

1 Casación, 6 de Mayo de 1818 y 20 Noviembre de 1826 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,668, 3°, y 1,667); 13 de Diciembre de 1859 (Daloz, 1859, 1, 603); Nimes, 9 de Julio de 1812; Tolosa, 13 de Diciembre de 1819 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,171, 1°); Bruselas, 11 de Mayo de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 92). Compárese Demolombe, t. 20, pág. 19, núm. 112 y los autores que él cita.

ciones encubiertas, más bien que en pró de la opinión que admite la nulidad de las donaciones hechas con fraude de la reserva. A veces el encubrimiento es tan odioso que la conciencia de los magistrados se siente indignada contra actos que tienen por objeto la esfoliación. (1) ¿No sería más natural y más jurídico aun en todas las donaciones encubiertas? ¿acaso no tienen todas por objeto defraudar la reserva cuando hay reservatarios? ¿hacen fraude á la igualdad cuando hay coherederos del donatario? ¿Acaso no todas defraudan la ley que prescribe solemnidades para garantizar la libertad del donador? ¿Acaso no están todas en oposición con el principio que prohíbe se eluda la ley? Una sentencia de la corte de Bastia pronuncia la nulidad de una donación hecha con fraude de la ley en términos que casi no hablan á favor de la opinión dominante: "Considerando que si la jurisprudencia, después de haber consagrado la opinión, *más moral y más justa* quizás, que las donaciones encubiertas están afectadas de nulidad, reconoce en nuestros días que son válidas, es con la condición que el encubrimiento no servirá de velo al dolo, al fraude y á la esfoliación." La corte concluye que la donación fraudulenta está manchada de un vicio esencial é irremediable, de donde se sigue que no debe mantenerse ó reducirse en los límites de la porción disponible que debe ser anulada íntegramente. (2)

Se encuentra en una sentencia de la corte de casación un considerando que parece abundar en esta doctrina. Se había hecho una donación encubierta por aborrecimiento de un hijo natural legitimado, y con el fin de privarlo de los derechos de su nacimiento. La donación fué anulada;

1 Augers, 7 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1853, 2, 209); Rennes, 7 de Agosto de 1817 Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,171, 2°); París, 1° de Mayo de 1812 (Dalloz, *ibid*, núm. 440).

2 Bastia, 26 de Diciembre de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 149).

al rechazar el recurso, la corte de casación dice que el fraude es siempre una excepción (1). Sin duda que sí, cuando hay fraude á la ley; pero en el caso de que se trata, no lo hay, al menos en lo concerniente á la reserva. Cuando la reserva ha sido tocada, la ley da una acción de reducción, y no una de nulidad; éste es un vacío, pero no es la jurisprudencia quien debe colmarlo. La corte de casación, al anular la donación fraudulenta, se pone en contradicción con su propia jurisprudencia. En vano dice ella que, en el presente caso, se trataba de privar al hijo legítimado de los derechos de su nacimiento. Los padres no podían despojar al hijo de su legitimidad, supuesto que les estaba asegurada por dos escrituras auténticas, el reconocimiento y el matrimonio. ¿Así, pues, de qué se trataba? De privar al hijo de su reserva. Por lo mismo, conforme á la jurisprudencia, era necesario no anular la liberalidad, sino reducirla.

326. ¿Se aplican estos principios á los arrendamientos que contienen una ventaja indirecta y que se hacen con fraude de los reservatarios? Sentencias hay que reducen los arrendamientos, y otras que los anulan. Si se admite que las donaciones encubiertas que defraudan la reserva son simplemente reductibles, no vemos por qué se había de hacer una diferencia entre el arrendamiento y la venta. La corte de Bruselas ha decidido que, si la cuota disponible se ha agotado ya, la concesión de su arrendamiento por un período de veintisiete años, á un precio notablemente inferior al valor locativo de los bienes, constituye una ventaja sujeta á reintegro; ella, en consecuencia, ha reducido el arrendamiento á nueve años y condenado al heredero locativo á rendir cuentas á sus coherederos del suplemento de arrendamiento, á contar desde la apertura

1 Denegada, 7 de Julio de 1824 (Dalloz, *Daicantidat*, número 439, 3°).

de la sucesión. (1) A nuestro juicio, debía mantenerse el arrendamiento, salvo el evaluar la ventaja que el donatario sacaba del arrendamiento prolongado, ventaja que el heredero debía reintegrar, además del suplemento de arrendamiento. La reducción del arrendamiento es una anulación pericial; ahora bien, el juez, en la opinión aceptada por la corte de casación, ya no tiene el derecho de anular parcialmente la donación encubierta como tampoco anularla totalmente.

Esto responde á las razones que parece han determinado á otras cortes á anular el arrendamiento con fraude de la reserva. El arrendamiento ocasiona un perjuicio á los reservatarios, no sólo en lo concerniente al monto de las arrendamientos, sino también porque están privados durante un tiempo tan largo del goce de los bienes alquilados. (2) Esto es verdad, pero no autoriza á los tribunales para que anulen la escritura: el perjuicio experimentado por el heredero es una ventaja para el donatario; hay que apreciarlo y someterlo sea al reintegro, sea á la reducción. En teoría, esta solución es incontestable; si da lugar á inconvenientes prácticos, hay que quejarse, no decimos que al legislador, sino á la jurisprudencia que ha consagrado la validez de las donaciones encubiertas.

Núm. 4. Prueba del encubrimiento.

327. La materia de sus pruebas es una de las más difíciles del código; la jurisprudencia y la doctrina están llenas de incertidumbres y de vacilación, y no escasean los errores. Se lee en las sentencias de la corte de casación "que la ley no ha sometido á ninguna regla especial la prueba de la sentencia de las donaciones encubiertas; que, por lo mismo, la prueba de que un acto, en apariencia á título oneroso,

1 Bruselas, 18 de Febrero de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 59).

2 Auger, 29 de Enero de 1240, y París, 21 de Abril de 1812 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 994 y 1,139).

no es más que una liberalidad encubierta, puede rendirse por medio de testigos y hasta por simples presunciones." (1) Esta proposición es demasiado absoluta y, por consiguiente inexacta; está, además, muy mal motivada. Es razonar mal el decir: en tal materia no hay disposiciones especiales concernientes á la prueba, luego toda prueba es admisible. Debe, al contrario, decirse: cuando la ley no contiene disposiciones especiales concernientes de la prueba, hay que aplicar los principios generales. ¿Porque hay reglas generales, establecidas en el título de las *Obligaciones*, y no es de la esencia de una regla general el que sea aplicable en todos los casos en que la ley no lo deroga? Así, pues, hay que concurrir á los principios.

328. ¿Es verdad que la prueba del encubrimiento puede siempre hacerse por testigos y por simples presunciones? Cuando la prueba testimonial es admitida, las presunciones también lo son (art. 1,353); luego hay que ver cuando un hecho puede probarse por medio de testigos. La regla es que los hechos jurídicos cuyo monto pecuniario excede de 150 francos, no pueden probarse por medio de testigos. Por excepción, la prueba testimonial se admite indefinidamente siempre que no ha sido posible al actor procurarse una prueba literal (arts. 1,341 y 1,348). ¿Y esto es así del hecho de que una donación está encubierta bajo la forma de un contrato oneroso? El encubrimiento es una simulación, y á veces un fraude. Los terceros que lo atacan no han podido procurarse una prueba literal del fraude y de la simulación; luego son admitidos á probar por testigos la simulación y el fraude. Pero no sucede lo mismo con las partes contrayentes. Diariamente sucede que ellas hacen contraletra para comprobar la simulación de una escritura ó de la cláusula de una escritura, cuando la simu-

1 Denegada, 3 de Junio de 1868, 1, 429); 12 de Abril de 1869 (Dalloz, 1866, 1, 261).

lación tiene por objeto defraudar la ley del impuesto, es decir, una ley que es de orden público. Supuesto que les es tan fácil procurarse una prueba literal, ciertamente que no pueden invocar la excepción de los artículos 1,348 y 1,353; luego quedan incluidas en la regla. Esto equivale á decir que no se les recibe ó que prueben por testigos la existencia de una donación encubierta, cuando pueden comprobar una contraletra que el contrato oneroso que han subscripto, era una donación encubierta. (1)

Tal es el principio; el cual no podría ponerse en duda, supuesto que se halla escrito en la ley. Queda por saber quién es parte, quién es tercero. La dificultad se presenta para los herederos. En general, los herederos no son terceros, puesto que son los representantes de las partes contrayentes. Otra cosa es cuando los herederos piden rendir prueba de que una escritura subscripta por su autor es una liberalidad encubierta, con el fin de substraer al donatario del reintegro ó de la reducción. En este caso no proceden como herederos, es decir, como representantes del difunto; en esta calidad no podrían ellos pedir el reintegro ni la reducción; ellos deben un derecho á la ley, y en este sentido son terceros. Esto se funda también en la razón. Los herederos se hallan en la imposibilidad de procurarse una prueba literal, porque contra ellos se practica la simulación, la cual á su respecto es siempre un fraude, supuesto que tiene por objeto defraudar el principio de la igualdad que debe reinar entre los herederos, ó privarlos de su reserva; no hay más que un medio de resguardar sus derechos y sus intereses, y es permitirles que prueben el encubrimiento por medio de testigos, y, por lo tanto, por presunciones. En este sentido puede decirse, con la corte de casación, que la prueba por testigos y por presunciones es el

1 Casación, 1º de Junio de 1814 (los considerandos) (Baloz, *contrato de matrimonio*, núm. 350).

derecho común cuando los herederos tratan de probar el encubrimiento. (1)

329. Tales son, á nuestro juicio, los principios. Vamos á pasar á las dificultades que se han presentado. Se ha fallado que el ascendiente no puede probar una donación encubierta, á efecto de recobrar los bienes como ascendiente donador. (2) El actor invocaba simples presunciones para establecer el encubrimiento. Luego se trataba de saber si el encubrimiento podía probarse por medio de testigos (arts. 1,353 y 1,348). Ahora bien, el que da á un descendiente bajo forma de un contrato oneroso puede, ciertamente, procurarse una prueba literal por medio de una contra-letra. Esto dice la cuestión.

330. El donador pide la restitución de los valores que ha cedido á una cortesana por medio de una donación disfrazada bajo forma de una cesión. En el caso de que se trata, la demandada reconocía ella misma que la escritura era una cesión simulada, pero daba á entender que la hacía valer como donación. El donador sostenía que no estaba sano de entendimiento y que su voluntad había sido dominada por odiosas captaciones. La corte de Lyon anuló la liberalidad por este capítulo. A recurso de casación que la prostituta se atrevió á interponer, recayó una sentencia de denegación. Ninguna duda había en lo concerniente á la prueba; si nosotros citamos la sentencia, es porque está mal motivada." En atención, dice la corte, á que la ley no ha sometido á ninguna regla especial la prueba de la existencia de las donaciones encubiertas; que en consecuencia la prueba de que un acto, á título oneroso, en apariencia no es más que una liberalidad encubierta, puede resultar de las piezas y documentos de la causa y hasta de

1 Pau, 21 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 96); Bruselas, 28 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 165).

2 Dijon, 28 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 188).

simples presunciones." (1) En el caso, érase una de las partes la que pedía rendir la prueba de simulación contra la otra; los artículos 1,348 y 1,353 no permiten que se rinda esta prueba ni por medio de testigos, ni por presunciones. Pero la demandada confesaba la simulación, lo que dispensaba al actor de la prueba. Sin esta confesión, el actor habría debido probar la simulación conforme al derecho común, es decir, por una prueba literal. No hay texto en el cual se pueda fundar el pretendido principio formulado por la corte de casación. La corte no invoca ninguno; el único que ella habría podido citar, el artículo 1,353, habla contra ella; habla de fraude; ahora bien, no había fraude; había simple simulación, luego el donador habría podido obtener una prueba por escrito por medio de una contraletra. El habría podido atacar el acto oneroso, la cesión por causa de dolo; pero no había habido dolo propiamente dicho: la cortesana había excitado en un viejo, una pasión tan vergonzosa como desenfrenada. En definitiva, la corte de casación ha enunciado en cuanto á la prueba, un principio que no tiene ninguna fuerza legal.

331. Si la escritura es atacada por causa de fraude y de dolo, no hay duda alguna; el texto del artículo 1,353 es aplicable. (2) Hasta sería admitida una de las partes, en este caso, á la prueba por testigos y por presunciones, porque el autor de las intrigas fraudulentas se cuidará mucho de procurar al que engaña, una prueba literal del fraude. ¿Se aplican estos principios al caso en que las partes defraudan la ley? Se lee en una sentencia de la corte de casación, "que la escritura por la cual el padre ó la madre se excede de la cuota disponible, constituye un fraude á la ley y que, bajo este concepto, los reservatarios cuyos de

1 Denegada, 12 de Abril de 1865 (Dalloz, 1866, 1, 261).

2 Denegada, 20 de Marzo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 285); Lieja, 16 de Abril de 1842 (Dallez, "Disposiciones," núm. 1,164).

rechos están vulnerados por las disposiciones hechas en provecho de sus coherederos, son admitidos á probar por testigos, y por consiguiente por medio de presunciones, la lesión de que se quejan. (1) A nosotros nos parece que el principio está mal formulado. La corte no cita ningún texto; el único que habla de fraude, es el artículo 1353; pero el fraude que permite que se recurra á las presunciones y á la prueba testimonial consiste en los manejos fraudulentos empleados para engañar á una de las partes. El fraude á la ley, por el contrario, consiste en eludir la ley por actos simulados. En la doctrina consagrada por la corte de casación, sobre las donaciones encubiertas, ni siquiera puede decirse que haya fraude á la ley, supuesto que la jurisprudencia parte del principio de que puede hacerse indirectamente lo que la ley permite que se haga directamente. Para decidir la cuestión de la prueba del encubrimiento, hay, pues, que dejar á un lado el fraude propiamente dicho. El motivo para decidir es muy sencillo: los herederos que piden la reducción de una donación encubierta, han estado en la imposibilidad de procurarse una prueba literal del encubrimiento; luego en virtud del artículo 1,348, son admitidos á probarlo por medio de testigos, y, por lo tanto, por medio de presunciones, en virtud del artículo 1,353. (2)

332. Los billetes no causados dan también lugar á alguna dificultad. Un hermano suscribe en provecho de su hermana un billete concebido en estos términos: "Reconozco que debo á mi hermana una renta vitalicia de 636 florines por año." El signatario no indica ninguna causa de su deuda. ¿Debe concluirse de esto que el compromiso es nulo? Supónese que no hay más causa que de hacer una liberalidad por consideraciones de familia. Luego ésta es una li-

1 Denegada, 18 de Agosto de 1862 (Daloz, 1863, 1, 144).

2 Compárese Riom, 4 de Enero de 1853 (Daloz, 1855, 2, 61).

beralidad encubierta bajo la forma de un acto oneroso. La cuestión está en saber si la donación es válida en la forma. Según la jurisprudencia de la corte de casación, hay que contestar afirmativamente; porque, en apariencia hay un acto á título oneroso; el que reconoce que debe, reconoce por esto mismo que está obligado, es decir que su obligación tiene una causa; esta causa no debe enunciarse, supuesto que, por los términos del artículo 1,132, no deja de ser menos válido en convenio, aunque no esté expresada la causa. Síguese de aquí que el portador del billete nada tiene que probar. El que pide la nulidad del compromiso es el que tiene que establecer que carece de causa, pero no basta que él pruebe que el billete no tiene más causa que una liberalidad determina por consideraciones de familia; porque todo lo que de aquí resulta, es que hay una donación encubierta bajo la forma de un billete válido como acto oneroso; luego la donación es también válida. Síguese además de esto que si el donador sostiene que la donación es condicional, á él incumbe rendir la prueba; el donatario nada tiene que probar. (1)