último extremo, consagraría una iniquidad. Pero ¿lo permiten los principios? Creemos que no. En vano se dice que la ley ha querido prevenir el fraude; que si se prueba que el incapaz no ha de aprovechar la liberalidad, ya la cuestión no es de fraude; nosotros contestamos con la corte de casación que precisamente lo que ha prohibido la ley es esa prueba contraria, y si no la acepta, es porque hay un interés de particulares; se trata de impedir el fraude á la ley, y no hay interés que sea superior al del respecto á la ley, que debe mantenerse á toda costa y se correría riesgo de dar validez á una liberalidad fraudulenta, si se aceptara la prueba contraria á la presunción de fraude; había, pues, que perseguir el fraude, aun cuando, en circunstancias excepcionales, se tuviera que lastimar los intereses de un donatario ó de un legatario, cuando no hubiese presunción. En el caso juzgado por la corte de casación, el legado se había hecho á la madre de un hijo adulterino. La corte de Grenoble decidió que las circunstáncias de la causa probada, que era realmente la madre y no el hijo á quien el testador había querido gratificar. ¿Qué importa? dice la corte de casación. Aun cuando eso se probara completamente, la presunción, no por eso dejaba de ser aplicable; es decir, que la corte de apelación no tenia derecho á admitir la prueba aun cuando el testador había tenido la intención de procurar ventajas á la madre (1).

404. Sin embargo, se ha fallado lo contrario en un caso muy favorable á la persona que se supone es interpósita. La corte de París establece como principio que la donación no es nula por causa de incapacidad del donatario sino cuando indirectamente se ha hecho en provecho del incapaz, sea en la forma de un contrato oneroso, sea por

1 Casación, 13 de Julio de 1813 (Dalloz, "Disposiciones," número 452, 2°).

interpósita persona; que en el caso en que se presume que una persona interpósita, esta persona no puede, ciertamente, transmitir la liberalidad al incapaz, pero que ella misma no tiene la nota de la incapacidad para recibir por su interés. De esto infiere la corte que la iberalidad sólo puede ser provechosa á la persona que se presume ser interpósita; y si, en la intención del disponente, ella debe aprovecharse exclusivamente, no hay lugar á anularla. En seguida la corte llega á las circunstancias de la causa. En un primer testamento, el padre de un hijo natural no reconocido comienza por legarle todos sus bienes, encargándole una pensión vitalicia de 600 francos en provecho de la madre del hijo. He aquí claramente manifiesta la intención del disponente; quiere donar á la madre de su hijo una pensión vitalicia á título de alimentos, liberalidad evidentemente personal á la madre. En un segundo testamento, después de haber reconocido á su hijo, le lega una parte de sus bienes, y da la otra en renta vitalicia á la madre. Este segundo testamento está concebido en el mismo pensamiento que el primero; el objeto del testador es asegurar la existencia de la madre, legándole una renta vitalicia é inembargable. La corte infiere de esto que es imposible considerar á la madre legataria como interpósita persona para hacer que llegue el objeto de su legado á su hijo; luego ella mantiene la liberalidad. De hecho, la corte ha fallado muy bien; ¿pero de derecho ha obrado de igual manera? No podríamos admitir la prueba contraria, cuando la ley dice en términos absolutos que no es admisible ninguna prueba contra la presunción de la ley. Así, pues, la corte introduce una excepción en una ley que no tolera ninguna. Esto no es más que violar los principios que rigen las presunciones legales. (1)

1 París, 6 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 240). En sentido contrario, Demolombe, t. 18, pág. 691, núm. 676.

405. Se ha propuesto otra excepción para los donativos remuneratorios. Si por donativo remuneratorio se entiende la remuneración exacta de un servicio, aun cuando se hubiese hecho al mismo incapaz, es evidente que es válida, porque es más que el pago de una deuda. En este caso, no hay liberalidad; pero si la remuneración excede al valor de los servicios, hay realmente donativo remuneratorio, y todo lo que es donativo cae bajo la aplicación del artículo 911. Así, pues, no debe asentarse el principio de que las personas que se presumen interpuestas puden recibir una liberalidad á título remuneratorio. ¿Qué importa el título? Desde el momento en que hay liberalidad, el incapaz no puede recibirla, y, en consecuencia, si se hace á una interpósita persona, es nula. Se enseña la opinón contraria, (1) y la apoyan en una sentencia de la corte de casación; la corte, dice, es cierto que en el antiguo derecho las donaciones eran mantenidas las más de las veces cuando eran módicas y tenían por causa la recompensa de servicios prestados y por objeto asegurar alimentos á los donatarios; pero la corte no dice que esto sea así bajo el imperio del código civil. La negativa es tan clara, que creemos inútil insistir.

V. Cuando la presunción cesa.

406. No hay que confundir la cuestión que acabamos de examinar con la de saber si la presunción de interposición es siempre aplicable. En tanto que estemos dentro de los términos de la ley, la presunción tiene que aplicarse, sin que se pueda combatir por la prueba contraria; pero hay casos en que la presunción de interposición cesa, por-

1 Por Delvincourt, Vazeille y Saintespés-Lescot (Dalloz, "Disposiciones," núm. 443). Compárese denegada, 1° fructidor, año 13 (*ibid*, núm. 265). En sentido contrario, Demolombe, t. 18, pág. 691, núm. 676.

que la interposición es imposible. Aquí hay que tener en cuenta la diferencia que existe entre la incapacidad y la presunta interposición. Las personas que se presumen interpósitas no son ellas mismas incapaces de recibir; si las liberalidades que se les hacen son nulas, es porque el legislador presume que las reciben por transmitidas al incapaz; pero si esta transmisión es imposible, la presunción de interposición cesa por lo mismo, y, en consecuencia, nada impide que reciban las personas interpósitas. Y la cuestión no puede ser de interposición, cuando deja de haber incapaz; luego si es imposible la interposición cesa la presunción.

407. Así es, sin dificultad ninguna, cuando la liberalidad se hace después de la muerte del incapaz. En este caso, cesa de haber incapaz á quien la persona que se presume interpósita pueda transmitir la liberalidad; por lo mismo, ya no es concebible la interposición. En vano se diría que la cosa puede entregarse á los herederos del incapaz. Sin duda que hay más, porque la liberalidad pudiera hacerse directamente á los herederos del incapaz, supuesto que la incapacidad es esencialmente personal. Así, si el hijo natural llega á morir, sus hijos pueden recibir, en la opinión consagrada por la jurisprudencia; luego sus cónyuges no son ya interpósitas personas, y pueden por consiguiente, recibir donativos y legados, porque personalmente no son incapaces. (1)

¿Sería lo mismo si un legado estuviese hecho al hijo ó al cónyuge del incapaz, y éste llegase á morir antes de la apertura del legado? Creemos que el legatario podrá recoger el legado. El no es incapaz, luego puede ser instituido legatario; sólo que el legado será nulo si aquel se presume interpósita persona respecto de un incapaz; en el caso de que se trata, esto es imposible, supuesto que en el

1 Coin-Delisle, pág. 115, núm. 19 del art. 911.

momento en que se abre el derecho al legado, cesa de haber incapaz. Se objeta que si la madre instituida legataria es capaz de recibir cuando muere su hijo, el testador en cambio es incapaz de donarle, porque su capacidad debe existir en el testamento y en la defunción; ahora bien, él no podía donar á la madre de su hijo natural en su testamento, supuesto que en ese momento el hijo natural vivía todavía; luego el testamento era nulo en su principio, por falta de capacidad, y sigue siendo nulo, por más que el testador sea capaz en el momento de su defunción. Contestamos que esta argumentación confunde la presunta interposición y la incapacidad; la interposición presunta no es una incapacidad, luego no puede aplicarse á la interposición lo que la ley dice de la incapacidad; la madre del hijo natural es capaz; luego el testador no es incapaz de donarle, y, en consecuencia, no se pueden aplicar las reglas sobre la época en que debe existir la capacidad. (1) Importa poco á nuestro juicio, que el testador, en el momento de su defunción, sepa ó ignore que su hijo ha muerto: la presunción de interposición, en ningún caso será aplicable, porque sería absurdo considerar á una persona como interpósita en razón de un incapaz, cuando éste ya no existe; y hecha á un lado la presunción, queda un legado hecho en provecho de una persona capaz. ¿Se dirá que el testador no ha querido donarle? Habría que probar que tal era la intención del testador, y ¿cómo probarlo cuando falta la presunción? La prueba sería admisible, pero muy difícil, porque habría que probar no sólo que el testador ha querido gratificar á un incapaz, sino también que ha querido que la liberalidad no aprovechara á la persona interpósita en el caso en que muriese antes el incapaz. (2)

1 Demolombe, t. 18, pág. 681, núm. 664; Coin-Delisle, pág. 116, núm. 21 del art. 911. En sentido contrario, Bayle-Mouillard sobre Grenier, t. 1°, pág. 636, núm. 242.

2 En sendido contrario, Coin-Delisle y Demolombe, (nota 1).

Los mismos principios se aplicarían á la donación hecha en provecho de un incapaz bajo el nombre de una interpósita persona si se acepta la donación después de la muerte del incapaz. En efecto, hasta entonces no hay liberalidad; la donación sólo se perfecciona con la aceptación; y, en dicho momento ya no hay incapaz, luego tampoco interpósita persona.

407 *bis*. ¿Tienen una excepción estos principios cuando el testador menor ó enfermo, hace un legado en provecho del cónyuge de su tutor ó de su médico? El incapaz muere ¿será válido el legado? Se enseña la negativa, porque la ley presume que no es libre la voluntad del testador; y si es forzada respecto del incapaz, lo es por lo mismo respecto de la interpósita persona; hay presunción de que el tutor ó el médico hayan abusado de su influencia para que la liberalidad se hiciera á una interpósita persona encargada de entregarla. Luego hay una verdadera incapacidad del testador; por lo mismo hay que aplicar los principios que rigen la incapacidad. La dificultad no se presenta cuando el enfermo hace una donación á la mujer de su médico, porque si el médico llega á morir antes de la aceptación, se necesita el concurso de las voluntades del donador y del donatario para perfeccionar la donación; luego el donador consiente, en plena libertad, en proseguir la oferta, y como la falta de libertad era la única causa que viciaba la oferta, desapareciendo este caso, nada impide que se cumpla la donación. (1)

408. Admítese además que la interposición presunta cesa en los casos en que cesara la incapacidad. El menor es capaz de donar á su tutor cuando éste es su ascendiente; si en lugar de donar á su tutor dona al padre de éste que es su descendiente, ¿será nulo el legado? No, porque él ha-

2 Troplong, t. 1°, pág. 242, núms. 711-716; Aubry Rau, t. 5°, página 448, nota 68 del pfo. 649.

bría podido donar directamente á un ascendiente, aunque tutor; por lo tanto, ya no hay incapacidad, y, en consecuencia, ya no puede haber interposición en provecho de un incapaz. Sucedería lo mismo en los casos previstos por por el rtículo 909. El enfermo dona al hijo de su médico; pero el médico es su aliado, y el hijo del médico es pariente del enfermo en el grado determinado por el artículo 909; él podría donar á dicho hijo si fuera su médico; luego la incapacidad del médico cesa en el caso de que se trata, y por lo mismo ya no puede presumirse la interposición; el enfermo debe tener el derecho de disponer en provecho del hijo de su médico, siendo que tendría el derecho de disponer en su favor aun cuando fuese médico. (1)

Núm. 2. De la interposición de hecho.

409. Como la ley tiene por interpósitas personas al padre y á la madre, á los hijos y descendientes, y al cónyuge de la persona incapaz, raras veces sucede que el que quiere disponer en provecho de un incapaz done ó legue á una de aquellas personas, puesto que de antemano sabe que hace una disposición nula. Luego él dispondrá en provecho de otro pariente, ó de un amigo, encargándole que entregue al incapaz la cosa donada ó legada. Este es el caso previsto por el primer inciso del artículo 911, que declara nula toda disposición hecha bajo el nombre de interpósitas personas. Una sola diferencia hay entre las personas que la ley presume interpósitas y las que no se presumen, y es que, en el primer caso, los herederos no están obligados á probar la interposición, porque la presunción legal los dispensa de toda prueba (art. 1,552); mientras que, en el segundo caso, ellos deben probar que el donatario ó

1 Demolombe, t. 18, pág. 672, núm. 649, y las autoridades que él cita.

el legatario nominal es una interpósita persona para que llegue la liberalidad al incapaz.

A las disposiciones por interpósitas personas se les llama fideicomisos tácitos, porque sólo en apariencia se destinan al donatario y al legatario nominal; en realidad, éste no es más que un fideicomisario encargado de transmitir la liberalidad á la persona que el disponente quiere gratificar, es decir, al incapaz. El artículo 911 declara nulo al fideicomiso tácito; se subentiende que el incapaz no puede aprovecharlo, y es nulo también respecto del fideicomisario, porque, en la intención del disponente el fideicomisario no es el verdadero gratificado; él no puede conservar para sí las cosas donadas, y la ley prohibe que las entregue al incapaz; luego, como dice Domat, está obligado á restituir lo que ha recibido á los herederos legítimos. Que si es cómplice del testador se le considera, según Domat, como si substrajese lo que ha recibido del disponente, y se le trata como á poseedor de mala fe. (1)

410. Al actor corresponde probar la simulación. ¿Cómo rendirá tal prueba? Hay que aplicar á la interposición lo que hemos dicho del disimulo (núm. 392). En uno y otro caso, el acto se ataca por causa de fraude á la ley; luego también es admisible el acto á probar la interposición por todos los medios de prueba, la prueba testimonial y las presunciones. La doctrina y la jurisprudencia están unánimes acerca de este punto; inútil es citar autoridades, porque la cuestión la decide el texto del código (arts. 1,353 y 1,348).

411. La interposición de personas es una cuestión de hecho que los tribunales deciden conforme á las circunstancias de la causa Se ha fallado en varias ocasiones por

1 Domat, *Leyes civiles*, lib. 5º. tít. 3º, sec. 3ª, núms, 5-7. París 30 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 5, 152).

la corte de casación que los tribunales disfrutan á este respecto de un poder soberano. La razón es que la ley no ha determinado los caracteres del fideicomiso tácito; es decir, que ella sea, tiene á la sabiduría de los magistrados para decidir si el heredero aparente está seriamente instituido, ó si sólo es un intermediario entre el testador y el incapaz. (1) Este poder discrecional depende además del género de pruebas que sirven para establecer la interposición de personas; ocultándose el fraude, el juez casi siempre está obligado á recurrir á presunciones; y, éstas, por naturaleza, declinan la decisión del debate en las luces y en la prudencia del juez, como lo dice el artículo 1,353; la ley cuenta este poder discrecional, añadiendo una restricción, y es que las presunciones deben ser graves, precisas y concordantes; pero como siempre es el juez el que decide si tienen tal carácter, todo depende, en definitiva, de su apreciación.

¿Por qué en esta materia el juez se ha atenido á la discresión del juez? Los tribunales, en general, no tienen este poder absoluto en nuestro derecho moderno; en el caso de que se trata, era necesidad. Habría sido peligroso, dice muy bien la corte de Burdeos, definir los caracteres del fideicomisario tácito; porque el fraude habría hallado simpre mucho de ponerse al lado de la definición, el legislador ha querido que el poder de los tribunales pudiera moverse dentro de un círculo tan amplio como aquel en que puede moverse el mismo fraude. (2) Casi siempre son las congregaciones religiosas las que figuran en los debates en que el fideicomisario, de complicidad con el testador, trata de defraudar la ley, haciendo llegar liberalidades á incapaces frente á asocianes que vienen de fraude, y para las

1 Denegada de la sala de lo civil de 10 de Abril de 1847 (Dalloz' 1847, 1, 269).
2 Burdeos, 8 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 21).

cuales el fraude es una obra de piedad, el magistrado debe estar armado de un poder discrecional. Tan es cierto que, por numerosos que sean los fraudes á la ley, es raro que se repriman. (1) Razón de más para dar al juez un poder soberano de que casi no puede abusar en nuestro régimen constitucional.

412. Vamos á tomar de la jurisprudencia algunas aplicaciones del principio. En Francia, una ley de 1825 permite á las congregaciones de mujeres autorizadas que reciban liberalidades en cierto límite; el legislador esperaba con esto terminar el fraude, supuesto que las congregaciones no necesitan ya recurrir á él para recibir á título gratuito. Se ha equivocado; nada tan insaciable como la ambición y la codicia de las órdenes religiosas. El fraile nada posee, ni siquiera el hábito que lo cubre; pero en vano se trata de despojar al hombre de los sentimientos que le da la naturaleza; los fundadores del monarquismo han querido matar el espíritu de apropiación como al mayor de los vicios, no han hecho más que exaltar la pasión de las riquezas, concentrándola en el convento; si el fraile nada posee, en cambio el convento no podrá ser más rico. He aquí como se verifica que las congregaciones no autorizádas rivalizan con las autorizadas para despojar á las familias, defraudando la ley.

La superiora del convento de la Santa Cruz, tenía grande adhesión á sus parientes, y había anunciado la intención de dejarles los bienes que ella tenía de sus autores. Entretanto, ella muere después de haber instituido heredera universal á una doncella á quien apenas conocía. Este cambio de voluntad, dice la corte de Poitiers, se explica por la mucha edad de aquella dama y su sumisión á las voluntades de sus consejeros, y ya se adivina cuáles eran éstos, que le habrán infundido un escrúpulo de conciencia de la obli-

1 Requisitoria de Dupín (Dalloz, 1861, 1, 220).