

pero hay que tomarla tal como es é interpretarla con el mismo espíritu de rigor que inspiraba al antiguo derecho. Si se tratara de moderar un rigor que no tiene ninguna razón de ser, recurriendo á los principios generales, se revelaría el espíritu de la ley, se haría, en realidad, una ley del todo diferente de la que el legislador ha querido hacer. A él incumbe corregir su obra, el intérprete no tiene ese derecho.

224. El código exige que la donación se acepte en términos expresos (art. 932). ¿Acaso la aceptación expresa es un requisito para la existencia de la donación? Si la cuestión pudiese decidirse según los principios que rigen los contratos solemnes, habría que contestar negativamente sin vacilar. ¿Por qué su forma es una condición esencial para la existencia de la donación, como en todo contrato solemne? Porque se considera que el consentimiento no existe cuando no se expresa en una forma solemne. Esto se concibe cuando el consentimiento se da verbalmente ó por escritura privada; pero desde el momento en que el notario hace constar de una manera auténtica que el donatario consiente, se consigue el objeto; así pues, la intervención de un oficial público debería bastar para que el consentimiento exista y por consiguiente el contrato. El legislador excede los principios mismos de la solemnidad, exigiendo además que el consentimiento se manifieste por una aceptación expresa; el artículo 932 es formal; "la donación no *producirá ningún efecto*, sino desde el día en que haya sido *aceptada en términos expresos*." Tal es la expresión de que se sirve el código para marcar que un contrato no tiene existencia legal: "La obligación sin causa; dice el artículo 1,131, *no puede tener ningún efecto*." Esto equivale á decir en términos enérgicos que no hay contrato.

Así pues, la aceptación expresa es una de las solemnidades que la ley exige para la existencia de la donación,

Por esto se verá la profunda diferencia que existe entre los contratos solemnes y los que no lo son, Pothier cuida de hacerla resaltar. (1)

En los contratos ordinarios, el consentimiento es suficiente para que exista el contrato, no siendo el convenio otra cosa que el concurso del consentimiento de las dos partes. En la donación se exige más; es preciso que el consentimiento del donatario se manifieste por una aceptación expresa; el consentimiento en otra forma, aun cuando fuese clara, auténtica, no es suficiente; aunque clara y auténtica, se considera que no existe desde el momento en que no se manifiesta en la forma legal. Este rigor excede las exigencias de la solemnidad, pero así es la ley.

¿Ha de irse más lejos y decidir que el modo de aceptación, es decir, las condiciones prescritas por la ley para la validez de la aceptación, se exigen también para la existencia de la donación? En esto hay alguna duda; la ley no dice formalmente que estas condiciones estén establecidas para que exista la donación. ¿Pero el artículo 938 no dice lo mismo en otros términos? Después de haber dicho por quién, de qué manera debe hacerse la aceptación, agrega la ley: "La donación *debidamente aceptada*, se perfeccionará por el sólo consentimiento de las partes." Ahora bien, ¿la donación no está *debidamente aceptada* si la aceptación ha tenido lugar fuera de las condiciones determinadas por la ley? luego la donación se estará perfeccionada; y, ¿no es esto decir que ella no existe? Las condiciones prescritas por la ley para la aceptación, serían, pues, también condiciones de forma (2). Ciertamente que, en teoría, esto no es jurídico ni racional; pero acabamos de hacer constar que sucede lo mismo con la aceptación expresa. Está uno den-

1 Pothiers, "Introducción al título 15 de la costumbre de Orleans," núm. 30. Compárese Demolombe, t. 20, pág. 128, núm. 119.

2 Demante, t. 4<sup>o</sup>; pág. 173, núm. 72 bis 1<sup>o</sup>

tro del espíritu de la ley interpretando rigurosamente una ley de rigor. La cuestión es, no obstante, controvertida; más adelante insistiremos en esto.

225. Si la aceptación se hace por una escritura posterior al acto de donación, debe notificarse al donador. ¿Esta notificación es también una forma esencial sin la cual no existe la donación? El artículo 932 dice que la donación no tendrá efecto, respecto del donador, sino desde el día en que se le haya notificado la escritura que comprueba la aceptación. ¿Quiere decir esto que la donación quedará sin efecto en tanto que no se haga la notificación? La cuestión está muy controvertida y es dudosa; más adelante la trataremos. A nuestro juicio, la notificación es de la esencia de la donación.

226. El código prescribe además una formalidad especial para las donaciones mobiliarias. Según los términos del artículo 948, "todo acto de donación de efectos mobiliarios *no será válido* sino para los efectos cuyo estado estimativo se haya adjuntado á la minuta de la donación." ¿El estado estimativo es una simple condición de *validez*, como parece decirlo el texto, ó es una condición prescrita para la existencia de la donación? Esta cuestión también es dudosa, y nosotros aplazamos su examen.

227. ¿Cuáles son las consecuencias de la inobservancia de los requisitos para la existencia de las donaciones? Si se admite la teoría de los actos inexistentes, la respuesta será muy sencilla. Nosotros la hemos dado de antemano (núm. 227): no hay donación si falta una de estas condiciones, y no la hay si es nula el acta que se ha levantado. Pero la cuestión está en saber si el código consagra esta opinión. Es claro que no la consagra en términos formales; el artículo 1,131 parece, al contrario, contradecirla y rechazarla al confundir las diversas condiciones que los autores distinguen. No obstante, hay otras disposiciones

que no se pueden explicar sino por la teoría de los actos inexistentes. Principalmente en lo concerniente á las donaciones, no podría haber duda. La tradición, incierta para los contratos en general, es constante para las donaciones. Y no porque los antiguos autores establezcan los principios como acabamos de hacerlo; la atención de éstos se concentra en las solemnidades que la ordenanza exigía y que el código prescribe también; acerca de este punto, ellos no vacilan; si no pronuncian la palabra *inexistencia*, dicen la cosa. Pothier examina la cuestión de saber si el donador puede prevalerse de la nulidad de la donación que resulta de un vicio de forma. Si la teoría de los actos inexistentes hubiese sido formulada con claridad, la cuestión ni siquiera se habría planteado: toda parte interesada puede oponer la inexistencia de un acto por el cual se pretende que está obligada. Pothier parece vacilar, porque da motivos en pró y en contra; pero acaba por decir que la escritura ante notarios se requiere para la forma misma del acto, es decir, como substancial; es por lo que, agrega, casi no puede uno dispensarse de considerar la donación *como enteramente nula* sin esto (1).

Los autores modernos están unánimes, sólo que su lenguaje no siempre es correcto. Troplong tiene cierta predilección por el lenguaje pomposo; nada puede decir con sencillez. Si se le pregunta por qué las formalidades de las donaciones se refieren á la substancia del acto; contesta que dichas formas son de derecho público. ¿Qué tiene que ver el derecho público en esta materia? Coin Delisle dice que la nulidad que resulta de la falta de escritura notariada ó de vicio de ésta es una nulidad absoluta, de donde infiere que no se podría probar la existencia de una donación defiriendo el juramento al pretendido donador. Esto no es decir lo bastante; hay más que nulidad absoluta,

1 Pothier, "De las donaciones entre vivos," núm. 131.

y no se trata de una dificultad de prueba. Demolombe se expresa mejor y enérgicamente al decir que sin la solemnidad la donación es la *nada*. (1) Hay un artículo del código que dice implícitamente lo mismo. "El donador no puede reparar por ningún acto confirmativo los vicios de una donación entre vivos; nula en la forma, es fuerza que vuelva á hacerse en la forma legal." ¿Por qué el donador no puede confirmar una donación nula en la forma? Porque la confirmación supone un acto existente; no se confirma la nada. Luego la donación nula en la forma es la nada. Lo mismo sería respecto de la donación á la que faltase otro requisito para la existencia del contrato. ¿Se concibe la confirmación de una donación inexistente por falta de consentimiento, ó por una causa ilícita? En vano se confirma lo que no existe, la nada es siempre la nada.

El artículo 1,339 sería decisivo en favor de la teoría que estamos exponiendo, si el artículo 1,340 no dijera lo contrario de lo que la ley acaba de decir: "La confirmación ó ejecución voluntaria de una donación por los herederos ó causahabientes del donador, después de su fallecimiento, implica su renuncia á oponer, sea los vicios de forma, sea otra excepción cualquiera." En el título de las *Obligaciones* diremos las interpretaciones diversas á que ha dado lugar esta disposición. Claro es que ella deroga el artículo 1,339 y en consecuencia, el rigor de los principios: los herederos lo mismo que el donador, no pueden confirmar la nada. Se comprende, no obstante, la derogación. Si el legislador ha hecho de la donación un contrato solemne, es únicamente por interés de las familias, es decir de los herederos; bastante natural es que éstos puedan renunciar á un derecho que sólo en su favor se ha establecido. Pero la

1 Troplong, t. 1º, pág. 361, núm. 1,064; Coin-Delisle, pág. 185, número 7 del artículo 931; Demolombe, t. 20, pág. 13, núm. 13 y los autores que él cita, pág. 16, núm. 20.

derogación va todavía más lejos, se aplica á toda excepción que pudiera invocarse contra la validez ó contra la existencia de la donación. Luego es ésta una disposición del todo exorbitante de la que no hay que tener cuenta cuando se trata de determinar la naturaleza de la donación, las condiciones esenciales para su existencia y las consecuencias que resultan de la falta de una de estas condiciones.

228. No se aplican á los contratos inexistentes los principios que rigen los contratos nulos. Cuando la nulidad no es de orden público, no puede invocarla sino la parte en cuyo interés se ha establecido; no sucede lo mismo con un contrato inexistente, supuesto que no puede producir ningún efecto, como lo dice el artículo 1,131; síguese de aquí que toda persona interesada tiene el derecho de oponer la inexistencia del acto; porque la nada no puede tener efecto respecto de quien quiera que sea. Una consecuencia evidente de estos principios es que el donador puede prevalerse de la inexistencia de la donación; se expresan inciertamente los que dicen que aquél puede proponer la nulidad, (1) porque lógicamente no se concibe que se pida la anulación de lo que no existe á los ojos de la ley; todo lo que puede pedirse, es que el juez declare que el acto no existe. Síguese de aquí que las reglas de la prescripción no se aplican en esta materia. No tengo necesidad de proceder judicialmente para hacer que se declare que una donación no existe; en cualquiera época que se me oponga esa pretendida donación, puedo contestar que la nada no podría producir ningún efecto. Si yo la he ejecutado, podré, no obstante, repetir lo que yo he prestado, porque mi prestación no tiene causa ninguna. Toullier en-

1 Demolombe, t. 20, pág. 17, núm. 21. Esta es la opinión general (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,407).

seña lo contrario sobre este punto, pero su opinión ha quedado aislada, y es tan contraria á los principios que no vale la pena combatirla; de esto diremos al tratar de la confirmación. La ejecución de la escritura es una confirmación, según el artículo 1,338; y no se confirman los contratos inexistentes, porque la nada nunca puede recibir eficacia alguna.

La jurisprudencia ha consagrado estos principios. Una señorita da á un seminario su casa y sus dos jardines por acta privada. En su testamento se lee la cláusula siguiente relativa á esa donación: "Si yo no hablo de mi casa con los dos jardines adscritos, es porque de ello he dispuesto en favor del seminario de la Rochela por escritura privada ú ológrafa, que no pretendo revocar por las presentes y que por éstas confirmo." Se ha fallado que, en el caso de que se trata, no había ni legado ni donación: no había legado, porque para legar una cosa, se necesita ser propietario de ella, y la testadora decía que no legaba su casa y sus jardines porque los había donado, y confirmaba esta donación; ahora bien, la donación era nula en la forma y no podía en consecuencia confirmarse. (1) Se ha fallado, sin embargo, que un acto confirmativo podía equivaler á donación. La escritura de donación era nula en la forma; las partes comparecieron ante el notario y declararon que querían reparar ese vicio, lo que hicieron en los términos siguientes: "Los comparecientes donador y donatario declaran que *renuevan* y aprueban la donación que precede (transcrita en la nueva escritura) en todos los puntos, cláusulas y artículos, y que la donadora acepta con gratitud." Se objetaba que este acto confirmativo era nulo en virtud del artículo 1,339. La corte de Bruselas contesta que no se trataba de una simple confirmación, porque la segunda es:

1 Poitiers, 10 de Agosto de 1832 (Daloz, "Disposiciones," número 1,407).

critura no se limitaba, como quiere el artículo 1,338, á reproducir la substancia de la primera donación, sino que contenía otra nueva, redactada con todas las formas prescritas por la ley, como lo exige el artículo 1,339; luego no podía oponerse el adagio en virtud del cual la confirmación no confiere ningún nuevo derecho. (1)

229. Una consecuencia evidente de los principios que acabamos de establecer, es que no puede oponerse al donador la prescripción de diez años, porque tal prescripción no es más que una confirmación tácita, y se subentiende que el donador no puede ya confirmar ni tácita ni expresamente. No pasa lo mismo con sus herederos; la ley les permite que confirmen, sea de una manera expresa, sea ejecutando voluntariamente la donación. El artículo 1,304 vuelve, pues, á colocar á los herederos dentro del derecho común; en consecuencia, dicho artículo les es aplicable; pueden confirmar la donación por su silencio en diez años, así como pueden confirmar por la ejecución ó por un acto. Por una anomalía extraña, la donación, que durante la vida del donador no existía, se considera como existente después de su muerte, supuesto que es susceptible de confirmarse; por lo mismo, los herederos deben pedir la nulidad dentro de diez años; si no promueven, los vicios que manchaban la escritura desaparecen, y se vuelve enteramente válida; esta es una consecuencia lógica de una disposición que es muy lógica; pero el intérprete debe aceptar la ley con las consecuencias que de ella se derivan, aun cuando la ley fuese contraria á los principios.

La corte de Tolosa así lo ha fallado en un caso en que la aceptación era irregular. (2) Interpuesto el recurso de casación, se sostuvo que no había lugar á la prescripción de

1 Bruselas, 11 de Enero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 22, y Daloz, "Disposiciones," núm. 1,414, 3°).

2 Tolosa, 27 de Abril de 1861 (Daloz, 1861, 2, 791).

diez años; todo lo que resultaba del artículo 1,340, decían, es que los herederos podían ejecutar la donación, ó confirmarla expresamente, lo que implica una manifestación formal de voluntad; la ley no dice que el silencio de aquellos durante diez años los vuelva no admisibles á prevalerse de la existencia del contrato. Por esto se ve que el recurso pretendía limitar el artículo 1,340 á los términos precisos de esta disposición anómala, lo que equivalía á no introducir en la ley una nueva anomalía. La ley considera la donación nula en la forma como inexistente respecto del donador y como simplemente anulable respecto de sus herederos; y desde el momento en que hay lugar á anulación, se debe aplicar el artículo 1,304, cuya disposición general es aplicable en todos los casos en que un contrato es nulo. La corte de casación pronunció una sentencia de denegación. (1) Ella ha persistido en esta jurisprudencia al decidir que la prescripción, que no puede oponerse al donador porque éste no puede confirmar la donación, puede invocarse contra los herederos, porque éstos sí pueden confirmar la condición, considerada á su respecto como simplemente anulable; de donde se sigue que pueden renunciar á prevalerse de los medios de nulidad ó dejarlos que prescriban. (2)

§ II. DE LA AUTENTICIDAD DE LA ESCRITURA DE DONACIÓN.

230. El artículo 931 quiere que las escrituras de donación se celebren ante notario, en la forma común de los contratos, es decir, que el notario debe observar las formas prescritas para las escrituras que tiene por misión recibir, formas que han sido determinadas por la ley de 25

1 Denegación, 6 de Mayo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 341).

2 Denegada, cámara civil, 5 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 1, 15) Bastia, 10 de Abril de 1854 (Daloz, 1854, 2, 216). Denegada, 26 de Noviembre de 1862 (Daloz, 1863, 1, 71) y 27 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, 1, 217). Denegada de la corte de casación de Bélgica, 11 de Julio de 1851 (*Pascrizia*, 1851, 1, 345).

ventoso, año XI. El artículo 931 agrega que quedará minuta de ellas bajo pena de nulidad. Conforme á la ley de ventoso, todas las escrituras deben recibirse en minuta, con excepción de alguna de poca importancia que el notario puede recibir por simples apuntaciones. ¿Por qué en el artículo 931 menciona especialmente la formalidad de la minuta, siendo así que para todas las formas remite á la ley que rige todas las escrituras auténticas? Los autores del código han transcrito el artículo 1<sup>o</sup> de la ordenanza de 1731. Si la ordenanza exige especialmente que quede minuta de la escritura de donación, es porque tal formalidad es esencial para asegurar la irrevocabilidad de las donaciones; fuerza es que el original quede en manos del notario, á quien está prohibido desasirse de ella, porque de lo contrario, el donador á quien se entregara el original, en brevete podría suprimirlo y revocar de este modo indirecto la donación. “Cuando se reciben las donaciones en brevete, dice Pothier, se sospecha que no tienen el carácter de irrevocabilidad que se requiere por nuestras leyes en las donaciones entre vivos, y por esta razón se declaran nulas.” (1) Cuando la ley dice *bajo pena de nulidad*, debe entenderse por nulidad la inexistencia de la donación. En el lenguaje de la ley, la palabra *nulo* tiene dos sentidos; significa por lo común anulable, lo que supone que no se ha observado alguno de los requisitos para la validez de los contratos; la palabra *nulo* indica también lo que en el lenguaje de la escuela llamamos inexistente (art. 1,601). El artículo 931 emplea la palabra *nulidad* en esta última significación, lo que se halla probado por la tradición consagrada por el artículo 1,339 (núm. 227).

231. Así pues, la nulidad de la escritura implica la inexistencia de la donación; por poco importante que parezca la formalidad que no se ha observado, si vuelve nula

1 Pothier, “De las donaciones entre vivos,” núm. 130.