

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 893; 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. 6°. núm. 3 (t. 6°, 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 letras 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 endose 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 equivalga 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, substraer 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, porque 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 inmoral; 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 subscribe 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 (Daloz, "Disposiciones," número 1,678, 1°).

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

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

4 Denegada, 3 de Abril de 1843 (Daloz, "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 aportaciones 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 (Daloz, "Disposiciones," número 928).

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

3 Donai, 5 de Enero de 1846 (Daloz, 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 Dotai, 14 de Junio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 89). Compárese Lieja, 14 de Junio de 1852 (*Pasjerisja*, 1858, 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 exponemos 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 liberación 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 (Daloz, "Disposiciones," número 1,681, 1°). Compárese Daloz, *ibid* y Troplong, t. 1°, 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 (Daloz, 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 sino 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