

no está obligado á subscribir; luego hace una liberalidad; pero la liberalidad se hace en vista de un fin en el cual él se interesa, y, ¿este interés es suficiente para dar á la subscripción un carácter conmutativo? La corte de París así lo falló, y la corte de casación confirmó su decisión (1). A nuestro juicio, había donación con carga.

362. Desde el momento en que el donador tiene un fin interesado, cesa de haber liberalidad. La corte de Lieja así lo ha fallado para las gratificaciones que se prometen á un empresario si termina ciertos trabajos en un plazo determinado. El que hace dicha promesa debe tener un interés cualquiera en que se terminen los trabajos. Por su lado, el empresario está obligado á un aumento de trabajo, de actividad y ordinariamente de trabajos para cumplir su compromiso. Así, pues, la gratificación es en realidad, un suplemento de precio, lo que decide la cuestión (2).

*SECCION IV. — Del efecto de las donaciones en cuanto á la translación de la propiedad.*

§ I. PRINCIPIOS GENERALES

*Núm. 1. Del efecto de las donaciones entre las partes.*

363. El artículo 711 coloca la donación entre los modos de adquirir y de transmitir la propiedad de los bienes. En este sentido es como el artículo 894 define la donación: "un acto por el cual el donador se despoja actual é irrevocablemente de la cosa donada en favor del donatario que la acepta." Así es que la donación es esencialmente un contrato translativo de propiedad. Así es que hay que aplicar á la donación lo que el artículo 1,599 dice de la venta: la donación de cosa agena es nula. En el título de la *Venta* diremos que la venta de cosa agena es nula, en

1 París, 11 de Diciembre de 1827, y denegada, 7 de Abril de 1829 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,300).

2 Lieja, 27 de Junio de 1868. (*Pasicrisia*, 1869, 2, 15).

el sentido de que es anulable. Una sentencia de la corte de Lieja, dice que la donación de la cosa agena, á diferencia de la venta, es radicalmente nula y de ningún efecto, supuesto que el donador de nada se desprende (1). Esto quiere decir que la donación de la cosa agena es inexistente. A nosotros nos parece que la corte va demasiado lejos; su misma decisión así lo prueba; ella reconoce que la donación de la cosa agena puede servir de base á la prescripción; luego produce un efecto, y, en consecuencia, no puede decirse que la donación exista. Por otra parte, no hay ningún motivo jurídico para que la donación sea inexistente. ¿Qué importa que el donador de nada se despoje? Tampoco el vendedor se despoja de nada cuando vende una cosa que no le pertenece, y no obstante, hay venta. Por la misma razón, debe decidirse que el donatario ganará los frutos si ignora los vicios de su título (art. 550). Una sóla diferencia existe entre el vendedor y el donador, que el uno está obligado á garantir, mientras que el otro no está obligado en general al menos. Pero los principios generales recobrarían su imperio si la donación se hiciera con carga; el donatario podría pedir la nulidad ó la resolución del contrato, probando que el donador no era propietario de la cosa donada.

364. Para que la donación transfiera la propiedad, se necesita que ésta tenga por objeto un cuerpo cierto. Esto es elemental. La propiedad, el más considerable de los derechos reales, no se concibe sino cuando se ejerce sobre una cosa determinada; ¿cómo el propietario había de ejercer el poder absoluto que le da su derecho, si no sabe sobre qué cosa debe ejercerlo? Luego si la cosa donada no está determinada sino por su especie, la propiedad no se transferirá al donatario sino cuando la cosa esté determinada, lo que ordinariamente se hace en el momento de la

1 Lieja, 29 de Mayo de 1869 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 404).



tradición. De esto no habría que concluir que la tradición sea la que transfiera la propiedad; lo que lo prueba, es que la propiedad sería transferida antes de toda tradición, si hubiese un convenio que determine la cosa. Así es que, es siempre por efecto del contrato por lo que se transfiere la propiedad. Insistiremos acerca de estos principios en el título de las *Obligaciones*.

365. Según los términos del artículo 1138, la obligación de entregar la cosa, se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contrayentes. La corte agréga que vuelve al acreedor propietario desde el momento en que la cosa ha debido entregarse, aun cuando no haya tenido lugar su tradición. En el título de las *Obligaciones* diremos cuales son los motivos de esta gran innovación. En derecho romano, se seguía como principio que la propiedad se transfiere no por el consentimiento de las partes, sino por la tradición. El legislador moderno da á la voluntad la misma fuerza que en otro tiempo se daba á actos materiales. El artículo 938 aplica este principio á las donaciones, pero lo hace en términos casi ininteligibles. "La donación debidamente aceptada, se perfeccionará por el solo consentimiento de las partes, y la propiedad de los objetos donados se transferirá al donatario en que se necesite otra tradición." Es verdad que la donación es un contrato consensual, en el sentido de que se forma por el concurso de consentimientos sin que se necesite una tradición; pero no es exacto decir que la donación se perfecciona por el solo consentimiento de las partes; la donación es también un contrato solemne, y la solemnidad se requiere para la existencia misma del contrato.

La segunda parte del artículo 938 tiene por objeto explicar la primera, de decir en qué sentido la donación es un contrato consensual, y es que se perfecciona con la tradición de la cosa. Pero el principio está mal formulado.

La ley habla de otra tradición. ¿Qué cosa es esa otra tradición? El código no conoce más de una, y es la remisión ó la entrega de la cosa (art. 1604 y siguientes). No se puede comprender la reducción del artículo 938 sino remontándose al antiguo derecho, el cual han pretendido derogar los autores del código. Se distinguirán dos tradiciones, la tradición de hecho y la tradición de derecho. Difícil es definir exactamente lo que se entendía por tradición de derecho porque las costumbres variaban. Lo que todas ellas querían, es la irrevocabilidad absoluta de la donación, el *desprendimiento* actual é irrevocable del donador; el desprendimiento operaba la tradición de derecho, sin que fuese necesario entregar la cosa al donatario. El código se conforma con esta tradición de derecho, como se conforma con el concurso de consentimientos para la transmisión de la propiedad; el artículo 938 no es pues, más que la aplicación del artículo 1138. En el antiguo derecho, se necesitaba además otra tradición, sea la entrega real de la cosa, sea formalidades que hacen sus veces. Esta otra tradición es la que el código aparta. (1)

No fijamos la atención en los detalles de historia; en el caso de que se trata son inútiles, para la inteligencia del código. El principio de derecho moderno es tan sencillo como justo. Todos los efectos de los contratos dependen de la voluntad de las partes: lo que las partes quieren tiene fuerza de ley. La donación no difiere bajo este concepto, de los demás contratos. No hay más que una diferencia, y es que el principio de la irrevocabilidad de los convenios se aplica con más severidad en materia de donaciones. Esto era lo que extraviaba á los antiguos autores: para asegurar la irrevocabilidad de las donaciones, les parecía que no era suficiente el vínculo de derecho, que se

1 Demolombe, t. 20, págs. 204-227; Mourlon, según Valette, t. 2º, pág. 295.



necesitaba, además, una tradición real, tradición que garantizaba, además, los intereses de los terceros. Tales son las razones que da Ricard para justificar el principio de la posesión. Merlin lo reputa extensamente. (1) No entramos en este debate. El legislador moderno ha asegurado la irrevocabilidad de las donaciones mobiliarias, exigiendo un estado extimativo; trataremos de esta separadamente. El ha sancionado la irrevocabilidad de las donaciones en general, proscribiendo toda cláusula que hiciera depender la donación de la voluntad del donador; volveremos á hablar de esto al exponer el sentido de la regla: *donar no equivale á retener*. En cuanto á los intereses de los terceros, están amparados por la publicidad de las donaciones inmobiliarias, como vamos á decirlo. Con esto caen todas las controversias del antiguo derecho sobre la tradición.

*Núm. 3. Del efecto de las donaciones respecto á terceros.*

366. ¿De qué manera el donatario se vuelve propietario respecto á terceros? Hay que distinguir si la donación tiene por objeto muebles corpóreos, derechos mobiliarios ó inmuebles. El código no contiene disposición especial sobre las donaciones mobiliarias, en lo concerniente á la translación de la propiedad de las cosas donadas respecto á terceros. Ellos quedan, pues, bajo el dominio del derecho común. Ahora bien, en la doctrina del código, la propiedad de los muebles corpóreos se transmite, respecto á terceros como entre las partes, por el solo efecto de la perfección del contrato. Luego si una cosa mobiliaria se ha donado sucesivamente á dos personas, sin que ninguna de ellas haya sido puesta en posesión de la cosa, el primer donatario será propietario de preferencia al segundo, con la

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Donaciones*, sec. 6ª, pfo. 2º (tomo 8º, págs. 489 y siguientes); Coin-Delisle, pfo. 214, núm. 15 del artículo 938.

condición de que pruebe la anterioridad de su título, ó por mejor decir, produciendo su título, puesto que es una escritura auténtica que tiene fuerza de ley desde su fecha. Si el donador ha entregado la cosa á uno de los donatarios, aun cuando fuese al segundo, este permanecerá propietario, con tal que su posesión sea de buena fe: esto no es más que la disposición del artículo 1,141, que se aplica á la donación tanto como á la venta, porque hay el mismo motivo para decidir. Nosotros lo explicaremos en el título de las *Obligaciones*.

Hay un caso en el cual es necesaria la tradición para la perfección de la donación mobiliaria, y es cuando el donativo se hace de mano á mano. Remitimos á lo que ya dijimos sobre esta materia en los números 277-283.

367. Cuando la donación tiene por objeto un crédito, se necesita, en general, una escritura auténtica para la validez de la decisión; la entrega de mano á mano no es suficiente, salvo para los efectos al portador. Se necesita, además, para que el donatario esté investido respecto á terceros, que haya notificado la donación al deudor, ó que éste haya aceptado la translación en una escritura auténtica. Esto no es más que la disposición del artículo 1,690, que nosotros explicaremos en el título de la *Venta*. Nuestra ley hipotecaria ha añadido una formalidad nueva (art. 5); cuando el crédito está garantizado por un privilegio ó una hipoteca, la donación no puede oponerse al tercero, sino después de haber sido inscrita en los registros del conservador de las hipotecas. Volveremos á tratar este punto en el título de las *Hipotecas*.

Hay efectos de comercio que se transmiten por la vía de endose. Cuando el endose es regular, el nuevo titular es propietario respecto á terceros. Véase el número 282.

368. Las escrituras de donación inmoviliaria, deben transcribirse en un registro llevado por el conservador de