

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 inmobiliaria, deben transcribirse en un registro llevado por el conservador de

las hipotecas; la transcripción consiste en la copia literal de la escritura. Toda persona con interés puede oponer la falta de transcripción (artículos 939 y 941). Ley hipotecaria belga (art. 1). La transcripción tiene por objeto proteger el interés de los terceros; haciendo pública la transmisión de los bienes que está sometida á dicha formalidad. Hay publicidad en el sentido de que toda persona puede pedir al conservador de las hipotecas un certificado de las mutaciones y concesiones de derechos reales, transcritas en sus registros (art. 127, ley hipotecaria). El origen de esta publicidad sube hasta el derecho romano; toda donación, mobiliaria ó inmobiliaria, que excedía de cincuenta sólidos debía insertarse (insinuarse) en las actas de los magistrados, bajo pena de nulidad. Se ve que la insinuación romana tenía por objeto menos el amparar los intereses de los terceros, que poner coto á las liberalidades irreflexivas, ó de estorbar las que no se atrevían á confesar. Las ordenanzas de los reyes de Francia, notablemente la de 1731 sobre las donaciones, prescribieron igualmente la insinuación, pero fué con otra suerte. "Esta formalidad dice Pothier, se ha ordenado por interés de los terceros que contratasen con el donador después de la donación, á fin de que la ignorancia en la cual estuviesen de la donación no pudiera hacerlos incurrir en error, como también en favor de sus herederos, por temor de que la ignorancia de la donación no pudiera inclinarlos á aceptar inoportunamente su sucesión" (1) La donación, por más que no estuviere insinuada era válida respecto del donador. Así es que la insinuación no era una formalidad intrínseca prescripta para la validez, ó aun para la existencia de la donación, tal como la autenticidad; ella tenía por único objeto garantizar los intereses de los terceros; y se incluía á los

1 Pothier, *Introducción al tit. 15 de la costumbre de Orleans* número 45.

herederos entre los que podían oponer la falta de publicidad, porque la clandestinidad de la donación los inducía á error y les causaba un perjuicio.

Cosa singular: la publicidad no se exigía para la transmisión de los bienes á título oneroso: sin embargo, había idénticas razones para prescribirla. Esto fué lo que hizo la ley de 11 brumario año VII, la cual ordenó la transcripción de las escrituras translativas de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, y decidió que hasta entonces dichos actos no podrían oponerse á los terceros que hubiesen contratado con el vendedor. La ley de brumario no suprimió la insinuación, de suerte que las donaciones quedaron sometidas á una doble publicidad; debían ser insinuadas y transcritas. Esta doble publicidad no tenía razón de ser, y por eso los autores del código civil no mantuvieron la transcripción.

369. De aquí se ha originado una cuestión muy controvertida. ¿Los autores del código han pretendido mantener los principios que regían la insinuación de las donaciones? En tal caso, tiene que interpretarse el código por la ordenanza de 1731. ¿O han querido aplicar á las donaciones el sistema de publicidad que regía todas las transmisiones inmobiliarias, en la época en que se discutió el título de las donaciones? En este caso, hay que interpretar el código por la ley de brumario. Hay algunas diferencias entre la insinuación y la transcripción. Toda donación, mobiliaria ó inmobiliaria debía ser mencionada, mientras que la ley del año VII prescribía únicamente la transcripción de las escrituras translativas de propiedad inmobiliaria. La falta de insinuación podía oponerse al donatario por toda persona que tuviera interés en la nulidad de la donación, liada por los herederos del donador. Me pasaba lo mismo con la falta de transcripción, en el sistema del año VII: la es-

critura, aun no trascrita era válida entre las partes y sus herederos; los terceros eran los únicos que podían prevalecerse de la falta de transcripción.

A nosotros nos parece que la cuestión que divide á los autores, la deciden el texto y el espíritu del código. Este se sirve de la palabra *transcripción* introducida por la ley de brumario, y le toma á esta ley el principio fundamental que no somete á la transcripción más que las mutaciones inmobiliarias, limitando este principio como lo hacía la ley del año VII, á los actos translativos de bienes y de derechos susceptibles de hipotecas. Esto no es más que el abandono formal del sistema de la insinuación. Tronchet hizo la observación en el consejo de Estado. Llama también la atención del consejo sobre los efectos diferentes de la insinuación y de la transcripción. La insinuación, dijo él, garantiza á los herederos del donador del riesgo de aceptar una acción convertida en onerosa por el efecto de una donación hecha con reserva de usufructo. Así, pues, la cuestión de la elección entre la insinuación y la transcripción se planteó en el consejo de Estado, y quedó decidida á favor de la transcripción. (1) En este sentido fué también como el orador del gobierno expuso los motivos del código; después de haber hablado de las ordenanzas numerosas que regían la insinuación. Bigot-Prémeneu añade: "Toda esta legislación relativa á la publicidad de las escrituras de donaciones entre vivos, ha venido á ser inútil desde que, por la ley que ahora se ejecuta en toda Francia, no sólo estas escrituras, sino también todas las enagenaciones de inmuebles, deben hacerse públicas por la transcripción sobre registros abiertos, á quien quiera consultarlos. El objeto de todas las leyes sobre las insinuaciones quedará, pues, enteramente satisfecho, ordenando que cuando haya donación de bienes susceptibles de hipotecas, la transcripción

1 Sesión de 12 ventoso, año XI, núm. 21 (Loché, t. 5º, pág. 251).

de las escrituras que contengan la donación deba hacerse en las oficinas de las hipotecas en cuya circunscripción se hallen situados los bienes." Bigot-Prémeneu explica, además, por qué la ley no sujeta las donaciones mobiliarias á la publicidad, y es que los muebles no pueden ser perseguidos. (1) Conforme á esto, nos parece claro, que los autores del código han pretendido aplicar á las donaciones el sistema de la transcripción establecido por la ley de brumario, para todas las transmisiones inmobiliarias. Tal es la opinión generalmente seguida por los autores y la consagrada por la jurisprudencia. (2)

370. El código Napoleón no ha mantenido la transcripción para las escrituras á título oneroso. Esta falta de publicidad es uno de los vicios que se reprochaban á la legislación francesa. La ley hipotecaria belga de 16 de Diciembre de 1851 ha vuelto al sistema de la ley de brumario; ella dice (art. I) que "todas las escrituras entre vivos á título gratuito ú oneroso, translativas ó declarativas de derechos reales inmobiliarios, se transcribirán íntegras en un registro especial, en la oficina de la conservación de las hipotecas, en la circunscripción en donde están situados los bienes." En Francia una ley especial de 23 de Marzo de 1855 restableció la transcripción. ¿Esta nueva legislación abroga los artículos 939-942 del código civil relativos á la transcripción de las donaciones inmobiliarias? La ley francesa decide la cuestión negativamente en estos términos (art. II): "No se derogan las disposiciones del código Napoleón relativas á la transcripción de las escrituras de donación; y continuarán recibiendo su ejecución." No sucede lo mismo con nuestra ley hipotecaria, que no man-

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos, núm. 42 (Loché t. 5º, pág. 327).

2 Véanse las autoridades citadas en Dalloz, núm. 1,558, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 79, nota 2 y Demolombe, t. 20, pág. 221, número 242.

tiene las disposiciones del código, y resulta, al contrario, del texto y de la ley que ella los obroga tácitamente.

El artículo I de la ley comprende expresamente las escrituras entre vivos á título gratuito, translativas de derechos reales inmobiliarios; las coloca en la misma línea que las escrituras onerosas. Así pues, la ley ha querido establecer un sistema general y uniforme de publicidad para todas las escrituras translativas de derechos inmobiliarios. Esto contesta la objeción que se toman de los principios que rigen la abrogación tácita de las leyes. Una ley general no deroga una ley especial. Nada más cierto que esto, pero ¿por qué? Porque la excepción puede subsistir al lado de la regla; así pues, el principio supone que el legislador ha pretendido mantener la excepción; pero si incluye la disposición especial dentro de la ley general, absorbe la excepción en la regla; por consiguiente, no existe ya excepción, puesto que está virtualmente abrogada. Esto es realmente lo que ha hecho el legislador belga. El no se ha limitado á prescribir la transcripción de todas las escrituras translativas de derechos reales inmobiliarios; semejante disposición, concebida en términos generales, habría dejado subsistir la legislación especial sobre la transcripción de las donaciones. La ley hipotecaria es especial al mismo tiempo que general, ella enumera las escrituras que quiere someter á la transcripción, y la primera escritura de que habla, es precisamente la donación inmobiliaria. Síguese de aquí que el legislador belga ha pretendido regir las donaciones. Ahora bien, ¿se comprende que sobre una sola y misma materia, la publicidad de las donaciones, haga dos leyes y dos leyes que pudieran interpretarse en un sentido diferente? Bajo el punto de vista jurídico, esto carecía de sentido. Bajo el punto de vista legislativo, esto sería inexplicable. Si el legislador belga hubiera pretendido mantener las disposiciones del código civil, no ha-

bría debido hablar de las donaciones en el artículo I. ¿Pero habría una razón para mantener una ley especial al lado de una ley general? El objeto de la publicidad es el mismo; el artículo I lo reconoce poniendo las escrituras á título gratuito en la misma línea que las escrituras onerosas. Y, en donde existen los mismos motivos, fuerza es que las disposiciones sean idénticas. Por lo mismo, los principios del código civil deben ceder lugar á los principios de la ley hipotecaria. Había una razón determinante para resolverlo así. Los artículos 939-941 han dado lugar á interminables controversias; á cada paso el intérprete se pregunta: ¿Es la ordenanza de 1,731 lo que los autores del código han pretendido seguir? ¿es la ley de brumario? ¿es un sistema nuevo? Sí; á la vez que comprendía las donaciones en el artículo I, la ley hipotecaria hubiera dejado subsistir la legislación francesa, habría añadido un nuevo elemento de incertidumbre á todos los que ya embarazan esta difícil materia; habría cuatro sistemas diferentes que estarían en un perpetuo conflicto; la ordenanza de 1,731 con todo el antiguo derecho, la ley de brumario, año VII, el código civil y la ley belga. Creemos que el objeto del legislador, cuando ha incluido las donaciones en una sola y misma disposición con las escrituras onerosas, ha debido suponer un término á todas las controversias, estableciendo un sistema uniforme, el mismo para todas las escrituras gratuitas ú onerosas. No había razón, bajo el punto de vista de la publicidad, para establecer una diferencia entre las escrituras gratuitas y las onerosas; esto es decisivo. El informe rendido por la comisión especial de la cámara de representantes viene en apoyo de nuestra opinión. No dice formalmente que los artículos 939-941 estén abrogados; pero dice que el objeto que se proponía el legislador francés, está completamente satisfecho por la transcripción que prescribe la ley nueva. Esto equivale á

decir que la ley nueva ocupa el lugar del código Napoleón. Tal es también la opinión de los intérpretes. (1)

371. La obrogación que resulta de la ley hipotecaria no es más que tácita. De aquí nuevas dificultades. Es un principio que la ley nueva no abroga la antigua sino en las disposiciones que son incompatibles. Este principio debe aplicarse á la transcripción de las donaciones, supuesto que la ley hipotecaria no contiene abrogación expresa. Esto equivale á decir que para cada cuestión es preciso examinar si hay incompatibilidad entre la ley belga y el código Napoleón. Remitimos para el exámen de estas dificultades al título de los *Privilegios é hipotecas*. Es imposible dividir esta materia, tratando separadamente de la transcripción de las donaciones y de la transcripción general, porque la primera no es más que la aplicación de un sistema que abarca todas las escrituras.

§ II. DEL ESTADO ESTIMATIVO:

Núm. 1. *El principio.*

372. El artículo 948 dice: "Toda escritura de donación de efectos mobiliarios no será válida sino por los efectos de los cuales un estado estimativo firmado por el donador y por el donatario, se haya agregado á la minuta de la donación." Esta disposición está tomada de la ordenanza de 1731. Furgole da de ella varias razones; la más considerable, es, dice él, que los muebles puedendistraerse fácilmente; para que la donación sea firme é irrevocable, se requiere que la escritura contenga una descripción de ella, ó que se haga un inventario separado. (2) Así, pues, el estado estimativo tiene por objeto garantir la irrevocabilidad de las donaciones mobiliarias. Para asegurarla mejor, el código

1 Informe de Lelièvre (Parent, pág. 115); Marton, *Comentario de la ley de 16 de Diciembre de 1851*, t. 1º, pág. 63, núm. 17, y pág. 91, núm. 70.

2 Furgole, *Comentario del artículo 15 de la ordenanza de 1731*, t. 5º, págs. 127 y siguientes.

agrega una formalidad que la ordenanza no exigía; no se conforma con el inventario, sino que quiere que los muebles sean estimados. En efecto, á pesar de la descripción de los muebles, el donador podría fácilmente substituir algunos muebles menos preciosos que los que están inventariados, si no hubiera estimación.

La razón que da Furgole para explicar la necesidad de un estado, nos da á comprender el sentido y el alcance de la regla consuetudinaria: *donar y retener no son equivalentes*. Ella tenía por objeto garantizar no sólo la irrevocabilidad de *derecho*, sino también la irrevocabilidad de hecho. La donación de una biblioteca es irrevocable de *derecho* por el concurso de consentimiento y la escritura auténtica que lo hace constar; si el donador distrajese uno de los objetos donados, como Furgole lo supone, el donatario tendría acción contra él, y esta acción es suficiente para asegurar la irrevocabilidad de derecho. No sucede lo mismo con la irrevocabilidad de hecho; porque es muy difícil probar la consistencia del mobiliario donado, y, por consiguiente, la distracción, cuando no hay estado. Irrevocable de derecho, la donación sería, pues, revocable de hecho, si el estado no diere á conocer cada uno de los objetos donados y su valor. Síguese de aquí que la regla consuetudinaria tiende á poner la donación al abrigo de toda alteración de hecho. Más adelante veremos una consecuencia de este principio.

373. ¿Si no hay estado estimativo, la donación será nula ó inexistente? Hay cierta duda, como en todas las cuestiones concernientes á la nulidad ó la inexistencia de los actos jurídicos. El artículo 948 dice que la donación no será *válida* sino para los efectos descritos y estimados. ¿Qué debe entenderse por la palabra *válida*? El lenguaje del código es muy poco preciso, en esta materia, para que pueda uno prevalerse de él; así el artículo 1,108 enume-