

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 háy 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 (*Pasjerisja*, 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^o 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.

la escritura, conforme á la ley de ventoso, por esto mismo hace inexistente la donación. ¡Cosa singular! una de las formalidades más esenciales prescritas por la ley de ventoso, ha sido por mucho tiempo desdeñada por los notarios, en Francia al menos, porque en Bélgica la ley de ventoso siempre ha sido rigurosamente observada. Por los términos del artículo 9, la escritura notariada debe ser recibida por dos notarios, ó por un notario asistido de dos testigos, lo que evidentemente quería decir que el segundo notario ó los testigos deben estar presentes á la recepción de la escritura. Los notarios se libertaron de esta formalidad, redactando la escritura lejos de la presencia del notario segundo ó de los testigos, los cuales se limitaban á firmar. Esto era violar el espíritu de la ley tanto como el texto. Los testigos representan á la sociedad, garantizan la libertad de las partes contrayentes; ¿qué viene á ser esa garantía si el notario segundo ó los testigos no hacen más que firmar? La corte de casación habiendo decidido en 1841, que era necesaria la presencia de los testigos so pena de nulidad, se expidió una ley (21 de Junio de 1843) que hizo válidas las donaciones hechas conforme al uso ilegal que hasta entonces había reinado, y que exigió para el porvenir la presencia del segundo notario ó la de los testigos en el momento de la lectura y de la firma de la escritura.

La jurisprudencia ha hecho numerosas aplicaciones del principio asentado por el artículo 931, lo que prueba que se trata de eludir el rigor de la ley. No hay más que vacilar: la ley es rigurosa, y debe ser interpretada con espíritu de rigor. Si uno de los testigos es extraño, la escritura es nula y la donación es inexistente; basta que uno de los testigos no esté domiciliado en la circunscripción comunal en donde la escritura se ha celebrado, para que haya nulidad de la escritura y la inexistencia de la donación; con mayor razón es así cuando uno de los testigos no fir-

ma (1). Se necesita, además, la mención de la firma, bajo pena de nulidad, lo que acarrea la inexistencia de la donación (2). Hacemos constar la mención de la jurisprudencia que, por lo demás, no da lugar á duda alguna para manifestar hasta dónde llega el rigor de la ley; ella es excesiva. Al excederse de su objeto, el legislador ha faltado á dicho objeto; la jurisprudencia se ha libertado por completo de estos rigores, y aun de las formalidades más esenciales, consagrando la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de un contrato oneroso.

232. El principio del artículo 932 se aplica á todas las cláusulas de la donación. Esto ha sido fallado por la corte de casación, y no tiene la menor duda. En el caso de que se trata, la escritura no mencionaba por gravámenes que el donatario había subscripto; pero existía un principio de prueba por escrito. La corte de Lyon admite al donador á la prueba por testigos de la existencia de los gravámenes; es evidente que no se puede probar por testigos la existencia de una donación; pero siendo esta válida en la forma, parecía á la corte que ella volvía á entrar al derecho común, en lo concerniente á las cláusulas de la escritura. Este era un singular error: ¿acaso la escritura no consiste en las diversas cláusulas que constituyen su substancia? Luego todas las cláusulas deben comprobarse en la forma auténtica, no para la prueba, sino para la existencia misma de la donación. En vano la corte dice que el artículo 1,347 contiene una disposición general que no admite ninguna excepción; ésto es confundir las reglas concernientes á la prueba con las reglas que la ley establece para la existencia de los contratos. En tanto que no se trata más que de probar la cláusula de un contrato, el ar-

1 Colmar, 10 de Agosto de 1818; Grenoble, 21 de Diciembre de 1827; París, 1º floreal, año XI (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,417)

2 Bruselas, 11 de Enero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 22).

título 1,347 es aplicable; cesa de serlo cuando el debate estriba en la existencia de la donación. La sentencia de la corte de Lyon fué casada. (1)

Una sentencia de la corte de París parece contraria á esta decisión. En el caso de que se trata, la donación implicaba finiquito de la suma donada, y una contra escritura comprobada que no se había pagado la suma. Sostúvose que la contra escritura era nula, porque estaba hecha por documento privado. La corte de París falló que era válida: ¿no era ésto decidir que una cláusula de la escritura de donación puede ser recibida por firma privada? No porque el finiquito de la suma donada no es una cláusula de la escritura, sino que concierne á la ejecución de la donación, es una simple cuestión de prueba, que vuelve á la aplicación de los principios generales de derecho, no exigiendo que la ejecución de la donación se compruebe por escritura auténtica, y no había razón para llevar hasta ese punto las exigencias de la solemnidad, que son ya excesivas. (2)

233. Resulta de esto una consecuencia acerca de la cual ya no hay duda sino respecto del principio, y es que debiendo ser auténtica la donación, si el escrito que la comprueba ha quedado imperfecto, no hay donación; el donador no está encadenado aun cuando hubiese firmado; su firma no prueba más que su consentimiento, lo que basta cuando el acto no es solemne; (art. 1,318) cuando es solemne, el simple consentimiento no es suficiente; se necesita que se manifieste por una escritura de donación válida en todos sus elementos. Así pues, el donador podría retirar su firma; en tanto que la escritura permanezca imperfecta, no está obligado, aunque haya consentido. Esto pa-

1 Casación, 6 de Junio de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 243).

2 París; 15 de Febrero de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 334).

rece poco racional, pero es una consecuencia muy jurídica de la solemnidad de la escritura. (1)

Por la misma razón, la escritura que ha quedado incompleta por falta de firma del donador, no daría ningún derecho al donatario, aun cuando el donador hubiese estado impedido de firmar por los parientes, y aun cuando su muerte hubiese hecho imposible la perfección de la donación. Pero el donatario tendría una acción en virtud del artículo 1,382, si se hubiese establecido que la donación había recibido su perfección sin la operación de los parientes; tal hecho sería indemnizable por constituir una dolosa, y todo delito da una acción de daños y perjuicios al que ha sido lesionado. (2)

234. La mujer que quiere hacer una donación, debe estar autorizada por su marido. ¿Esta autorización debe ser auténtica? En otro pasaje (t. III, núm. 119) hemos contestado á la pregunta; según los principios generales, no es dudoso; el artículo 217 lo decide: "La mujer no puede donar sin el concurso del marido en la escritura, ó su consentimiento por escrito." La ley no exige que el escrito sea auténtico. Troplong se limita á decir que la jurisprudencia lo exige. (3) La jurisprudencia no tiene derecho á exigir que sea auténtica la autorización del marido y á exigir de este modo una nulidad que la ley no establece. Luego hay que ver si tal condición resulta de los principios generales. La respuesta es también negativa; la autorización del marido no es una forma que se refiere al consentimiento y para la cual, en los actos solemnes, se requiere la solemnidad como condición de existencia de la escritura;

1 Orleans, 13 de Junio de 1838 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,418).

2 Augers, 14 de Febrero de 1866 (Dalloz, 1866, 2, 166).

3 Troplong, t. 5º, pág. 367, núm. 1,085. En sentido contrario, Demolombe, t. 26, pág. 25, núm. 32.

el marido sólo interviene para cubrir la incapacidad de la mujer. Sería preciso un texto para extender á la autorización marital lo que la ley dice del consentimiento de las partes contrayentes. Ahora bien, en el título de las *Donaciones*, no hay ninguna disposición en donde pueda inferirse esta voluntad del legislador; y esto es decisivo.

235. Pothier dice que antes de la ordenanza de 1731 se juzgaba que el depósito de la escritura bajo forma privada en poder de un notario hacía válida la donación, porque con esto se aseguraba su irrevocabilidad; pero, agrega el mismo Pothier, desde que hay una ley formal que sujeta las donaciones á la forma de la autenticidad, este depósito no haría válida una donación hecha por documento privado, porque las formas de las escrituras no pueden satisfacerse por equivalencia. (1) Sería lo mismo del reconocimiento de la escritura bajo firma privada hecho judicialmente ó ante notario. La ley hipotecaria belga, después de haber dicho que la hipoteca convencional no puede consentirse sino por escritura auténtica, añade: "ó por escritura bajo firma privada, reconocida judicialmente ó ante notario." ¿Hay que aplicar esta disposición por analogía á las donaciones? La cuestión está en saber si el art. 76 es la aplicación de los principios generales, ó si los deroga. Furgole ha previsto la dificultad, y la resuelve por una distinción. Una donación de escritura privada, dice él, nula por este capítulo, no podría validarse por el reconocimiento que de ella se hiciese en fallo, ni por una ratificación, por expresa que pueda ser, que se hubiese hecho ante el juez, porque la ratificación, para que sea eficaz, debe estar revestida de la formalidad que exige la escritura principal que debe ratificarse. Este principio no permite que el juez valide la escritura. En vano se diría, con la ley belga, que el reconocimiento judicial vuelve la escritura au-

1 Pothier, "De las donaciones entre vivos," núm. 28.

téntica; el artículo 931 no se conforma con la autenticidad; quiere que la escritura se celebre ante notarios; y el artículo 1,339 no admite al donador á que confirme la donación nula en la forma, sino que quiere que vuelva á hacerse en la forma legal. Así, pues, la ley hipotecaria deroga el rigor de los principios, asimilando una escritura bajo firma privada reconocida judicialmente á una escritura celebrada ante notarios; por lo mismo, debe restringirse el artículo 76 á las hipotecas, y no se le puede aplicar á las donaciones.

¿Se necesita que la procuración sea recibida por escritura notariada? La ley francesa de 21 de Junio de 1843 decide la cuestión afirmativamente. En Bélgica quedamos bajo el imperio del código civil, quo permanece mudo acerca del mandato á efecto de donar. De aquí una dificultad seria: ¿el intérprete puede exigir la autenticidad, bajo pena de nulidad, aun cuando la ley no lo exija? Acabamos de decir que el intérprete no tiene ese derecho (número 234). Pero debe verse si la ley no decide implícitamente que la procuración á efecto de donar debe ser auténtica. Tal es nuestro parecer. El artículo 931 quiere que la escritura de donación se celebre ante notarios. ¿Qué cosa es la escritura de donación? Ella hace constar el consentimiento de las dos partes; este consentimiento es el que debe darse en la forma auténtica; es lo que constituye la solemnidad de la donación. Ahora bien, cuando las partes no se presentan personalmente ante el oficial público ¿de dónde resulta su consentimiento solemne? No de la declaración del mandatario, porque éste no habla en propio nombre, no es más que el órgano del mandante; luego para que pueda decirse que el mandante consiente en la forma auténtica, es preciso que el mandato sea auténtico. Así es que la procuración es un elemento esencial en la manifestación del consentimiento, y éste es el que de-

be expresarse en la forma auténtica, conforme al espíritu y al texto de la ley. Esto decide nuestra cuestión. El artículo 933 aplica este principio á la procuración que da poder para donar. Habría una anomalía inexplicable en la ley, si la procuración del donatario debiera ser auténtica y si la procuración del donador pudiera ser bajo firma privada.

Al motivar nuestra opinión, hemos contestado de antemano á las objeciones que se hacen. La procuración á efecto de donar, se dice, no es la donación, y es aumentar la ley el exigir la autenticidad para el mandato, siendo que el mandatario consiente en las formas solemnes. (1) Contestamos con la corte de Dijon, (2) que su prevención se refiere al instrumento de la donación y se liga á él esencialmente; por más que materialmente distintas, las dos escrituras son legalmente indivisibles; son las dos partes de un solo y mismo texto; el donador consiente por medio del procurador apoderado, es decir, por el mandato y por la declaración del mandatario. Luego cuando el donador da un mandato bajo fianza privada, no manifiesta su voluntad en una forma auténtica. ¿Se quiere la prueba? Cuando el consentimiento es realmente auténtico, no se le puede debatir sino pidiendo su falsedad; mientras que si el donador ha dado una procuración bajo firma privada, puede desconocer su escrito, y los herederos pueden limitarse á declarar que no lo reconocen, para ponerlo todo en duda; y ¿es esto un consentimiento auténtico? El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Por qué quiere que la donación se reciba por notarios? Porque la intervención del oficial

1 Coin-Delisle, pág. 185, núm. 5 del artículo 931; Tolosa, 19 de Agosto de 1821 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,422).

2 Dijon, 15 de Enero de 1840 y denegada de la sala de lo civil del 19 de Abril de 1843 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,421). Compárese Donai, 10 de Agosto de 1846 (Daloz, 1846, 2, 159). Denegación, 1º de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 15).

público es una garantía para el donador, asegura su libertad, y, por otra parte, hace la donación fija é inmutable. ¿Qué viene á ser de estas garantías si se permite al donador que se haga representar por un mandatario á quien da su poder bajo firma privada, poder que puede arrancársele por la violencia moral, ó sorprendérsele por la reducción y la captación?

Insístese y se dice que, en el silencio de la ley, deben aplicarse los principios generales; ahora bien, el artículo 1,985 dice que el mandato puede darse ó por escritura pública ó por documento privado, y hasta por carta. ¿No es llegado el caso de decir que la regla debe aplicarse por el hecho solo de que la ley no la deroga? Se contesta, y la respuesta es perentoria, que el artículo 1,985 es extraño á las escrituras solemnes. La cuestión debe decidirse por el artículo 931 combinado con el 933, que derogan el derecho común, exigiendo la solemnidad en la expresión del consentimiento de las dos partes contrayentes. No es pues exacto, decir que la ley guarda silencio; el artículo 931 habla con claridad, y sin duda por claro es por lo que el legislador ha creído inútil decir para el donador lo que el artículo 933 dice para el donatario. (1)

Hay, además, otra dificultad: ¿se necesita que la procuración sea recibida en minuta? Más adelante diremos que el artículo 933 parece exigir esta formalidad para la procuración á efecto de aceptar; no obstante, la cuestión es controvertida; es todavía más dudosa para la procuración á efecto de donar. Hay razón para decir que la procuración no es aun la donación, pero desde el momento en que el mandatario comparece ante el notario y consiente á nombre del donador, se logra el objeto de la autenticidad; y como la donación se recibe en minuta y la procuración le

1 Demante, t. 4º, pág. 176, núm. 72 bis 4º; Demolombe, t. 20, página 21, núm. 30.