

uno de los elementos del consentimiento; ahora bien, en los contratos solemnes, todos los elementos del consentimiento deben constar auténticamente; luego también la notificación de la aceptación. Realmente ese es el sentido de la palabra *notificación*, que es sinónimo de significación, y ésta, en el lenguaje del código civil, implica la necesidad de una escritura auténtica (art. 1,689) (1). Si el donador asistiese al acto auténtico por el cual el donatario acepta la donación, la notificación vendría á ser inútil, puesto que estaría auténticamente comprobado que el donador tiene conocimiento de la aceptación. Así se ha fallado, y en esto no hay la menor duda (2).

Otro acto auténtico cualquiera, por el cual se estableciese que el donador conoce la aceptación sería suficiente. Pero es preciso un acto auténtico; no podemos admitir que sea suficiente un documento privado, y mucho menos aun el simple conocimiento del donador probado por la ejecución que él ha hecho de la donación. No obstante, se ha fallado que la notificación puede resultar de toda prueba que establece de una manera cierta que el donador ha conocido la aceptación; en el caso de que se trata, el donador había servido durante varios años la renta vitalicia que era objeto de la donación. (3) Apenas se concibe esto en la opinión que considera la notificación como condición que no es esencial para la existencia de la donación; es, no obstante, necesaria para que la donación exista respecto del donador, lo que basta para que deba comprobarse por acto auténtico.

1 Duranton, t. 8º, pág. 460, núm. 422.

2 Burdeos, 14 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1868, 2, 197).

3 París, 31 de Julio de 1849 (Daloz, 1849, 2, 189). Compárese Demante, t. 4º, pág. 173, núm. 71 *bis* 12. Reina gran divergencia de opiniones acerca de este punto en la doctrina (véase Demolombe, tomo 20, pág. 151, núm. 153 y Daloz, núm. 1,448 y 1,449).

SECCION II.—*De las excepciones al principio de la solemnidad de las donaciones.*

270. El artículo 1,121 dice: "Se puede estipular en provecho de un tercero, cuando esa es la condición de una estipulación que se hace para sí mismo, ó de una donación que se hace á otro. El que hace esa estipulación no puede ya revocarla, cuando el tercero ha declarado que quiere aprovecharla. Resulta de esto una primera derogación del derecho común, y es que la aceptación de la liberalidad hecha en forma de estipulación por un tercero no debe ser expresa. De esto resulta una segunda derogación más importante, y es que una liberalidad puede hacerse como cláusula accesoria de un contrato oneroso, sin observancia de las solemnidades prescriptas para las donaciones. El artículo 1,973 da un ejemplo de ello. "La renta vitalicia puede constituirse en provecho de un tercero, aunque el precio lo procure otra persona. En este caso, aunque ella tenga los caracteres de una liberalidad, no está sujeta á las formas requeridas para las donaciones." Si yo viendo un dominio estipulo que el comprador pagará, además de su precio, una renta vitalicia de mil francos á mi madre, hago una liberalidad á ésta; pero siendo esta liberalidad al mismo tiempo el precio de la venta, forma una cláusula de un contrato oneroso, y con este título está dispensada de las solemnidades prescriptas para las donaciones. Insistiremos sobre esta cuestión en el título de las *Obligaciones*.

271. La remisión de una deuda puede hacerse á título gratuito; y en este caso, constituye una verdadera liberalidad. Pero ésta no está sujeta á las formas solemnes de las donaciones. El mismo texto del código lo prueba, supuesto que acepta la remisión tácita á título gratuito (arts. 1,282 y 1,283). Esta excepción se funda en el favor que la ley con-

cede á la liberación del deudor: Puede haber también liberalidad en forma de pago cuando un tercero paga á pesar del deudor y sin tener la intención de repetir lo que paga. Nosotros insistiremos acerca de esta materia en el título de las *Obligaciones*.

272. Hay excepciones que no están consagradas por el texto del código. Son, en primer lugar, los donativos manuales que tienen por fundamento la tradición. Son, en seguida, las donaciones encubiertas bajo la forma de un contrato oneroso, cuya jurisprudencia admite la validez á pesar de las protestas de su doctrina. Vamos á tratar de estas dos excepciones.

273. Por último, hay excepciones á la regla de la aceptación expresa. Según los términos del artículo 1,087, "las donaciones hechas por contrato de matrimonio no podrán atacarse ni declararse nulas sin pretexto de falta de aceptación." La razón consiste, á lo que se dice, que por el hecho de la celebración del matrimonio, los cónyuges aceptan todas las cláusulas de su contrato de matrimonio, tanto para ellos como para sus hijos. (1) Si tal fuera la razón, no sería decisiva, porque probaría demasiado; podría decirse lo mismo al donatario que confirma el contrato; ciertamente que no hay duda de que él consiente, pero la ley no se conforma con el consentimiento, sino que exige una aceptación solemne. La cuestión está, pues, en saber por qué la ley dispensa de esa solemnidad á las donaciones hechas por contrato de matrimonio. Si la ley multiplica las solemnidades para las donaciones ordinarias, es porque quiere estorbarlas: ella favorece, por el contrario, las donaciones por contrato de matrimonio, supuesto que ellas favorecen el matrimonio; luego debía libertarla de condiciones que no tienen fundamento racional.

1 Coin-Delisle, pág. 196, núm. 25 del artículo 26.

Los artículos 1,048 y 1,049 autorizan la substitución fideicomisaria en los dos casos que ellos proveen. Cuando la substitución se hace por donación, debe aceptarse en términos expresados por el substituido. ¿Es preciso también que haya una aceptación á nombre de los substituidos? No, dice Pothier, porque las donaciones fideicomisarias consisten en una donación hecha al donatario directo, más bien que en un convenio hecho con el substituido. (1) De todos modos, lo cierto es que los substituidos opondrán la substitución en virtud de la donación, es decir, como donatarios. Si la ley no prescribe aceptación á nombre de ellos, es porque la substitución comprende á los hijos por nacer, á cuyo nombre es imposible hacer una aceptación, supuesto que no existen en el momento de la donación. Sucede lo mismo con la institución contractual, que comprende igualmente á los hijos por nacer del matrimonio, sin que esté prescripta una aceptación en su nombre.

#### § I.—DE LOS DONATIVOS MANUALES.

##### Núm. 1. *El principio.*

274. La doctrina y la jurisprudencia admite que los donativos manuales son válidos, sin la observancia de las solemnidades prescritas por la ley, para las donaciones hechas por escritura (2). Esta excepción, que no está escrita en el texto del código, se funda en la tradición. La ordenanza de 1131, decía lo mismo que el código civil: "*Todos los actos de donación* entrevivos se celebrarán ante notarios, y de ellos quedará una minuta, so pena de nulidad." Se preguntó á d'Aguesseau, el autor de la ordenanza, si dicha disposición se aplicaba á los donativos manuales. El can-

1 Pothier, *Costumbre de Orleans Introducción al título 15*, núm. 43.

2 Coin-Delisle, pág. 20, núm. 12 del artículo 893. Sentencia de la corte de casación de Bélgica (*Bélgica judicial* de 6 de Febrero de 1863 y *Pasicrisia*, 1863, 1, 424).

ciller contestó: "Respecto de un donativo que se consumiese sin acto por la tradición real de un mueble ó de una suma módica, el art. I de la ordenanza, al no hablar más que de las *escrituras de donación*, no se aplica á lo que no necesita de ninguna ley." Furgole dice que esto era así antes de la ordenanza de 1731. (1) Así, pues, un antiguo uso consagra la validez de los donativos de *gallina ciega*, según se les llamaba en otra época. Ahora bien, el artículo 931, reproduce textualmente la ordenanza, y la reproduce tal como se interpretaba y aplicaba en el antiguo derecho. El relato del tribunado se explica formalmente. "Debemos hacer notar, dice él, que el proyecto se sirve de los términos: *toda escritura de donación*. Toda escritura..... El proyecto no habla de los donatarios manuales, y nó sin motivo. No hay en esto más regla que la tradición, salvo, no obstante, la reducción y el reintegro en los casos de derecho. (2)

A primera vista, los artículos 893 y 931 parecen contrarios á esta doctrina. El art. 893 dice: "*No se podrá disponer de los bienes propios á título gratuito, sino por donación entre vivos ó por testamento, en las formas precedentemente establecidas.*" Y el art. 931, añade que estas formas son una escritura notariada de la que queda minuta. Parece resultar de esto que se necesita indispensablemente de las formas y que la donación es siempre un contrato solemne. Se contesta que el único objeto del art. 893 ha sido prohibir las donación á causa de muerte, que existían en el antiguo derecho. Esto es verdad, pero debe confesarse que la ley está mal redactada; las palabras en *las formas precedentemente establecidas*, tomadas literalmente, tienen un sentido restrictivo, y excluyen, en consecuencia, toda liberalidad que no sea solemne. Estas palabras son demasiadas, por-

1 D'Aguesseau, 290 (t. 9º, pág. 361).

2 Jaubert, Informe, núm. 45 (Loaré, t. 5º, pág. 353.)

que tomadas en su sentido natural, se hayan en oposición con textos positivos; los artículos 1,121 y 1,793 autorizan donaciones dispensadas de toda forma solemne; sucede la mismo con los artículos 1,282 y 1,283. Hay, pues, que admitir, con la doctrina y la jurisprudencia, que los donativos manuales no están comprendidos en el artículo 931.

275. Queda por saber si hay motivos jurídicos que justifiquen esta derogación del derecho común. Se dice que la tradición es una manera de transmitir la propiedad. Esto no es exacto; el artículo 711 no menciona la tradición entre los modos que transmiten la propiedad, y el artículo 1,141 no dice lo que se le hace decir: y lo probaremos en el título de las *Obligaciones*. Se añade que cuando una persona ha entregado el mueble que le pertenecía con la intención de transferir su propiedad á título gratuito, no se ve por qué la persona que lo ha recibido no vendría á ser propietario de él: ¿acaso esta tradición no satisface las condiciones esenciales de la donación? ¿el donador no está despojado actual é irrevocablemente de la cosa donada (1)? Contestamos que el razonamiento se coloca al lado de la cuestión. No se trata de saber si la propiedad se transmite por la tradición, se trata de saber por qué los donativos manuales están libres de las solemnidades prescritas para las donaciones en general. Ahora bien, los motivos por los cuales el legislador ha hecho de la donación un contrato solemne, se aplican á los donativos hechos de mano á mano, tanto como á las donaciones inmobiliarias. Estos motivos tienen aun mayor gravedad. Se quiere garantizar la libertad del donador, y se le pone á discreción de la captación y de la codicia que pueden arrancarle en un momento toda su fortuna. Se invoca además la máxima consagrada por el artículo 2,279: "En materia de muebles, la posesión equivale á título." La posesión es suficien-

1 Demolombe, t. 20, pág. 52, núm. 57.

te al donatario, se dice; no se necesita de un título para reclamar la ejecución de su liberalidad, supuesto que está afianzado de las cosas donadas y que puede oponer la posesión á todos los que pudieran reivindicarlas contra él (1). Siempre la misma confusión. La solemnidad de la donación no tiene únicamente por objeto asegurar su irrevocabilidad. Ella tiende antes que todo á conservar los bienes en las familias, y está destinada á garantir la libre voluntad del donador. ¿Qué tiene de común el artículo 2,279 con estas graves consideraciones?

276. ¿Cómo es que el derecho antiguo, al cual se reprocha una verdadera aversión por las donaciones entre vivos, haya admitido la validez de donativos libres de toda solemnidad? Hay otro principio tradicional que justifica esta aparente anomalía. Cuando Pothier escribía que el espíritu del derecho francés es conservar los bienes en las familias, sólo pensaba en los inmuebles; los inmuebles sólo eran propios, no se cuidaba casi de las cosas mobiliarias; luego la posesión se reputaba vil en tiempos antiguos. D'Aguesseau añadía otra restricción á la interpretación que él daba de la ordenanza, y es que los donativos manuales fuesen módicos. Restringida de este modo, se comprende la excepción; los donativos módicos no atraen á los que tienen por oficio la captación, y es bastante natural que no esté uno obligado á presentarse ante un notario para dar un recuerdo á un amigo. Se ha sostenido ante los tribunales que la excepción debía limitarse á los donativos módicos, según lo decía el autor de la ordenanza; las cortes han rechazado siempre tal restricción (2); ella, en efecto, es inadmisibile. Desde el momento en que el artículo 931 no es aplicable á los donativos manuales,

1 Duranton, t. 8º, pág. 410, núm. 388; Dalloz, núm. 1,601.

2 París, 31 de Agosto de 1842 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,636).

éstos vuelven al derecho común, es decir, que quedan libres de toda solemnidad, sin que se distinga entre los donativos módicos y los considerables. ¿Cuándo es módico un donativo y cuándo no lo es? El legislador sería el único que pudiera establecer tal distinción. Claro es que en nuestras sociedades modernas sería necesaria una distinción cualquiera. La riqueza mobiliaria toma cada día una importancia creciente; hay fortunas considerables que son exclusivamente mobiliarias. ¿Es razonable que se puede disponer de millones en cartera sin solemnidad y, por lo tanto, sin garantía alguna, mientras que para disponer de un rincón de tierra, se necesita una escritura notariada y una aceptación expresa? ¡Si se encuentra que tales formalidades no ofrecen ninguna garantía que queden abolidas! La diferencia entre los muebles y los inmuebles carece ya de sentido.

Citaremos en el curso de nuestras explicaciones, algunos principios que prueban el riesgo de los donativos manuales libres de toda condición. Véamos un caso en el cual el valor de las cosas donadas ha sido objeto del debate. Un anciano octogenario muere sin hijos; pocos días antes de su muerte, un sobrino, que vivía con él hacía varios años, fué descubierto llevándose varios sacos que parecían contener dinero. En efecto, no se encontró ningún valor en numerario en la habitación del difunto. Reclamación de los herederos, querrela de ocultación y de distracción de fondos. El sobrino declara, que recibió de su tío, á título de donativo manual, 25,007 francos y 50 céntimos de los cuales 24,000 eran para sus hijos y el resto para él, cuya suma había él trasladado á su casa conforme á las voluntades del difunto. La corte de Rouen, fundándose en las circunstancias de la causa, admite esta diferencia. (1)

1 Rouen, 24 de Julio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 86). Compárese Gante, 27 de Marzo de 1845 (*Pasicrisia*, 1845, 2, 92) y Bruselas, 15 de Marzo de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2º, 134).

¡Cuántas veces debe suceder que el pretendido donativo manual es una ocultación! La ley no debería procurar un pretexto á los culpables.

*Núm. 2. Condiciones requeridas para la validez del donativo manual.*

*1. De la tradición*

277. El donativo manual es un donativo hecho de mano á mano; luego implica la remisión por el donador al donatario, es decir la tradición. ¿Cuándo hay tradición? El artículo 1,141 dice que si una cosa mobiliaria es sucesivamente vendida á dos personas, aquella de las dos que haya sido puesta en *posesión real* es preferida y permanece como propietaria. Hay otro artículo que habla de la tradición que el vendedor está obligado á hacer al comprador. Según los términos del artículo 1,606, la entrega se opera, ó por la *tradición real*, ó por la entrega de las llaves de los edificios que los contienen, si el traslado no puede ejecutarse en el momento de la venta, ó si el comprador las tenía ya en su poder con otro título. ¿Cuál de estas tradiciones se requiere para el donativo manual? El nombre lo indica; se necesita una *tradición real* ó una toma de *posesión real* de la cosa que el donador quiere donar. (1) Si el donador, á la vez que quiere donar, conservara la cosa con otro título, el de préstamo ó arrendamiento por ejemplo, no habría donativo manual, porque el donador quedaría investido, y sólo por la entrega en manos del donatario es por lo que se perfecciona el donativo manual. Pero habría tradición real si el donatario estuviera ya en posesión de la cosa con otro título, y si el donador declarase que quiere que el detentor la guarde á título de donación. Aquí no obstante, hay incertidumbre y riesgo; el donativo

1 Denegada; 12 de Diciembre de 1815 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,631):

manual resulta no de una entrega por una de las partes á la otra, sino que en realidad se funda en una declaración de voluntad que cambia el título del detentor; ¿no habría debido el legislador exigir que el cambio de voluntad que transforma en donación un préstamo, ó un arrendamiento, constase en una escritura? En el silencio del código, sería imposible exigir tal condición; desde el momento en que el donatario está en posesión real de la cosa, en virtud de la voluntad del donador y á título de donación, hay donativo manual. (1)

Veamos una aplicación del primer requisito para que haya donativo manual. Dos personas viven en concubinato; á la muerte de una de ellas, la otra se encuentra en posesión de tres acciones y de ocho obligaciones, de los caminos de fierro del Mediodía: la mujer pretende que ella las compró y que se le han entregado á título de donativo. ¿Había donativo manual? El hecho solo de la retención no establece ciertamente la existencia de un donativo manual; pero teniendo el detentor la posesión ¿no puede invocar la máxima del artículo 2,279 "en materia de muebles, la posesión equivale á título?" Más adelante insistiremos sobre la cuestión de prueba. En el caso de que se trata, se resolvió que no había donativo manual. Los hechos de la causa no dejaban duda alguna acerca de este punto, y, no obstante, prueban cuán fácil es el abuso en esta materia. Constaba que al difunto había mandado comprar esos valores por un agente de cambio, y que personalmente había percibido los cupones de intereses y los dividendos. Al hacerse el inventario, la concubina había afirmado con juramento que nada había tomado ni desviado de los objetos y valores de la sucesión; en primera instancia, ella había guardado el silencio más absoluto sobre las insinua-

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 479 y nota 16.