

que un donativo manual hecho por un tío á su sobrino, como testimonio de cariño y de gratitud, estaba evidentemente, en la mente del donador, dispensado del reintegro. Remitimos á lo que ya dijimos en el tomo X, números 596 y 597.

§ II—DE LAS DONACIONES ENCUBIERTAS.

Núm. 1. Principio.

302. Hay donaciones por contrato oneroso cuya validez no es dudosa. Cuando el vendedor, dice Pothier, quiere gratificar al comprador, estipulando un precio que es inferior al valor, esto no impide que el contrato sea una venta. Es así, que la venta no es un contrato solemne; luego la liberalidad será válida aunque esté hecha sin solemnidad. ¿Cuál es la razón? Si yo vendo en 50,000 francos un dominio que vale 100,000, hago una liberalidad de 50,000 francos; y ¿por qué esta liberalidad está dispensada de las formas que la ley prescribe como condición de existencia de las donaciones? Pothier confiesa que el contrato que contiene una ventaja para el comprador, con el fin de gratificarlo, no es pura y enteramente una venta, es un contrato de una naturaleza mixta, que tiene algo de la donación: si se le considera como una venta, es porque la intención principal de las partes contrayentes fué hacer una venta más bien que una donación. (1) Esto mismo es dudoso; en el ejemplo que acabamos de dar, las partes han querido hacer una venta por una mitad y una donación por la otra; no se estaría con derecho para decirlo. Si quieren dar, cumplan con las condiciones que la ley establece para la existencia de las donaciones. ¿No es muy ilógico multiplicar las formas que coartan las donaciones, ó si se quiere, que protejan la libertad del donador, y permitir

1 Pothier, *Tratado del contrato de venta*, núm. 21.

á las partes que se liberten de dichas formas haciendo un contrato oneroso que encierra una liberalidad? Dirigimos la objeción al legislador; respecto al intérprete no hay duda alguna, supuesto que consta la tradición. Y el código la confirma; según los términos del artículo 1,595, la venta entre cónyuges se permite en tres casos; si á la vez constituye una venta autorizada, el cónyuge vendedor gratifica al comprador, cediéndole por 50,000 francos un inmueble que vale 100,000, el contrato no cesará de ser una venta, salvo, dice la ley, el derecho de los herederos, es decir, de los reservatarios que podrán pedir la reducción de esa ventaja indirecta. He aquí una liberalidad á la vez que una venta; y el acto se mantiene como venta.

303. ¿Sería lo mismo si la liberalidad fuese encubierta? La escritura dice que la venta se ha hecho por 100,000 francos, y que el precio se pagó al vendedor, siendo que, en realidad, no recibió mas que 50,000 francos. Hay en este caso, encubrimiento, simulación, pero ésta por sí sola, no es una causa de nulidad; se necesita, para que haga nula la escritura, que defraude la ley. Ahora bien, estamos suponiendo que el vendedor es capaz de donar y que el comprador lo es de recibir á título gratuito. Así, pues, no hay fraude en las reglas que rigen la capacidad. ¿Hay fraude en lo concerniente á la forma? Tampoco. Verdad es que el artículo 893 parece exigir que toda liberalidad entre vivos se haga en las formas solemnes; pero en este caso, no se trata de una donación, la escritura es una venta, y esta venta es válida, aunque hecha á un precio inferior. ¿Se dirá que hay fraude á las reglas concernientes al reintegro y á la reducción? Más adelante examinaremos la cuestión de saber si el contrato oneroso es nulo cuando las partes han tenido el designio de substraer la liberalidad al reintegro ó á la reducción. En la opinión generalmente ad-

mitida, la escritura no es nula, los herederos son admitidos á probar que hay liberalidad encubierta, y si la prueba se ha rendido, la ventaja estará sujeta á reintegro y á reducción. Todo lo que resulta del encubrimiento, es que será más difícil establecer la existencia de la liberalidad. En este sentido, se podría decir que toda liberalidad encubierta es fraudulenta, y el legislador habría podido imponerle la nulidad. A nuestro juicio, habría debido hacerlo. No debe ser que el legislador autorice y estimule en cierto modo á las partes interesadas para que eludan la ley. El quiere que toda liberalidad esté sujeta á reintegro y á reducción. Y he aquí que el donador y el donatario coartan su voluntad con una intención más ó menos fraudulenta. Si no se descubre la simulación, la ley es eludida: resultado funesto, porque arruina el respeto que los ciudadanos deben á la ley. Y si se descubre la simulación, los que han tratado de eludir la ley nada tienen que arriesgar, la liberalidad se mantendrá dentro de los límites del disponible; se llega hasta dispensarlo del reintegro. Hay que enseñar á los hombres á que hagan ostensiblemente lo que quieren hacer y dejar los encubrimientos para los jesuitas. (1)

304. Vamos á llegar á las donaciones encubiertas propiamente dichas. Se hace una venta por un precio de..... 100,000 francos; pero todo es simulado en ella, no hay ni vendedor, ni comprador, ni precio; es una donación en la forma de contrato oneroso. ¿Es válida esta donación? Se supone que las partes son capaces de donar y de recibir á título gratuito; la cuestión sólo es referente á las formas. La jurisprudencia admite la validez de las donaciones encubiertas en el foro, ni siquiera se discute la cuestión. En Francia, se ensayó, después de la ley de 1843 sobre las escrituras de donación, al renovar el debate; el cual se llevó

1 Demante, t. 4º, pág. 5, núm. 3 bis 5º

ante la corte de casación; pero el consejero relator, Haridoin, creyó inútil entrar en esta discusión y aun creyó inútil enumerar las sentencias que han consagrado la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de venta ó de otro cualquier contrato oneroso. La corte se limitó á decidir, como si fuera axioma, que puede hacerse por vía indirecta lo que se permite hacer directamente cuando la ley no contiene una prohibición expresa; acerca de este principio, las donaciones encubiertas bajo la forma de contrato oneroso, siempre se han considerado como válidas, cuando las hacen personas capaces, sin fraude y sin perjuicio del derecho de terceros. (1) Cuando la cuestión se presentó por primera vez ante la corte de casación de Bélgica, en 1858, el procurador de justicia, Decuyper uno de nuestros más distinguidos magistrados, creyó discutir la cuestión; vamos al encuentro de esos argumentos. El comienza por declarar que en el día se admite generalmente que una donación encubierta bajo las apariencias de un contrato oneroso, no es nula si las partes tuvieren capacidad para disponer y para recibir; esta doctrina, dice él, se apoya en una jurisprudencia consagrada por muy numerosas sentencias, para que se la pueda atacar con cierta esperanza de éxito. (2) La mayor parte de los autores se han colocado del lado de este parecer, pero no siempre por convicción; uno de ellos combate la jurisprudencia con razones que creemos irrefutables, y acaba por decir, que es preciso toda la autoridad de una jurisprudencia tan sólidamente establecida para adoptar una interpretación de la ley, que parece contraria á todos los principios. Demolombe dice que no tiene pretensión de atacar una doctrina admitida por una jurisprudencia constante y por

1 Denegada, 6 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 169).

2 Denegada, 19 de Noviembre de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 1, 390, y la requisitoria, pág. 393. Compárese sentencia de 31 de Enero de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 1, 159).

la mayor parte de los autores, lo que no impide que él la combata. (1) Vamos á proceder como él. Los principios antes que todo. Esa es la única autoridad que nosotros reconocemos.

305. La corte de casación de Francia invoca la tradición; ella dice, en todas las sentencias, que las donaciones encubiertas han sido siempre consideradas como válidas. ¡Cuántas veces la tradición ha extraviado á los intérpretes del código! En la cuestión que vamos á discutir nosotros la hacemos á un lado, porque es dudosa. Furgole, en verdad, admite lo que él llama las donaciones tácitas; con esto entiende liberalidades que no se hacen por medio de instrumentos públicos, sin explicarse de una manera precisa sobre las donaciones encubiertas con la apariencia de un contrato oneroso (2). En cambio, Pothier se pronuncia, en los términos más positivos y aun sin manifestar la menor duda, por la opinión contraria. El dice que no hay venta cuando no hay precio serio. "Semejante contrato no es una venta, sino una donación falsamente calificada de venta, la cual debe estar sujeta á todas las formalidades de las donaciones" (3). ¿Y cuál es esta grande autoridad que han seguido los autores del código casi sin apartarse nunca de su doctrina? ¿acaso no es Pothier?

La corte de casación de Bélgica no habla de tradición. Ella comienza por asentar como principio, que las donaciones encubiertas son válidas y que la simulación no puede dar lugar á nulidad sino cuando se practica para dar calor á una disposición prohibida, para eludir fraudulentamente la ley, y para atentar contra los derechos de ter-

1 Durantou, t. 8°, pág. 433, núm. 401. Demolombe, t. 20, pág. 99, núm. 99.

2 Furgole; *Comentarios sobre la orden de 1731*, artículo 1 (t. 5°, páginas 17 y siguientes).

3 Pothier, *Venta*, núm. 19. Compárese Demolombe, t. 20, página 102, núm. 101.

ceros. Sí, las donaciones encubiertas son válidas cuando se hallan en un contrato válido, porque, en este caso, hay un acto real, válido como contrato oneroso, dispensado como tal de toda solemnidad. Pero cuando el contrato oneroso no es serio, como contrato oneroso, no queda más que una donación; es así que todas las donaciones son contratos solemnes, luego una venta aparente no es una venta, porque no hay ni precio ni consentimiento: una de las partes no quiere ya vender y la otra no quiere comprar, y no hay donación, supuesto que no se han observado las formas solemnes sin las cuales no existe la donación: ¿Qué es lo que queda? La nada. En este punto la corte sale á nuestro encuentro; según ella, las formalidades prescritas por los artículos 931, 932 y 948, no son aplicables más que á las *escrituras* que propiamente hablando establecen donación de bienes entre vivos; tal es, en efecto, el texto de los artículos 931 y 948. ¿Quiere decir esto que tales artículos hayan dejado plena libertad á las partes para que hagan una donación sin solemnidad ninguna, dándole el nombre de venta ó de no importa qué otro contrato? Si tal fuera el sentido de la ley, habría demolido con una mano lo que tan laboriosamente había edificado con la otra; en efecto, la interpretación que se da al artículo 931 viene á dar por resultado suprimir la donación como contrato solemne: ¡cómo! ¿El legislador se habría tomado el trabajo de exigir las más severas formalidades para la existencia misma de las donaciones, sea á fin de coartarlas, sea á fin de proteger la libertad del donador, y después de todo eso, diría: "No hay que tomar á lo serio este rigor y no está sometido á él sino el que espontáneamente quiera estarlo. Yo ofrezco un medio muy sencillo de eludirlo. Nótese bien que yo no prescribo solemnidades sino para las donaciones que se quieran hacer por medio de escritura. Hay libertad para disponer á título gratuito sin que se califique

el contrato de donación; nómbrese la venta, transacción, ó como se quiera, y con ello se quedará libre de toda suerte de formas. Se tendrá, además, la ventaja de substraer las más de las veces las liberalidades al reintegro y á la reducción." ¿Se puede suponer en el legislador un sistema tan absurdo? No, no es ese el sentido del artículo 931. No debe dudarse del artículo 893, por cuyos términos no se puede disponer á título gratuito sino dentro de ciertas formas. Toda donación es, pues, en principio, un acto solemne. Si el artículo 931 sólo habla de *escrituras*, es para marcar que hay liberalidades que pueden hacerse sin escrituras, por derogación á la regla establecida por el artículo 893: tales son los donativos manuales para los cuales D'Aguesseau admitía una excepción muy limitada; tales son las liberalidades hechas en virtud del artículo 1,121; tal es, además, la remisión de la deuda que el acreedor hace á su deudor, entregándole voluntariamente el escrito que comprueba su crédito. Así, pues, las liberalidades no solemnes son meras excepciones, y es un principio que la excepción confirma la regla y no la destruye. Mientras que, en la doctrina de la jurisprudencia, la excepción viene á ser la regla; ¿quién, pues, ha de querer hacer una donación por instrumento público; sometiéndose voluntariamente á todas las trabas creadas por el legislador, á todas las eventualidades de nulidad y de inexistencia del contrato, cuando le es tan fácil disponer de sus bienes por un remedo de contrato oneroso, sin forma alguna, ni siquiera un documento privado? La corte de casación de Francia repite en todas sus sentencias que la forma de un contrato oneroso empleada por las partes no tiene por objeto eludir una prohibición de la ley. ¿Y qué cosa es, pues, el artículo 893? ¿acaso no está concebido en términos prohibitivos? "No se puede disponer sino en las formas preestablecidas." En vano se dice que la ley tiene únicamente por objeto esta-

blecer las donaciones á causa de muerte; ya contestamos que si tal hubiese sido el objeto único del artículo 893, era inútil hablar en él de formas. Así, pues, el artículo 893 es complejo: él acaba con las donaciones por causa de muerte, y establece el principio de que las disposiciones á título gratuito son actos solemnes. ¿Hay que repetir los motivos por los cuales el legislador ha prescrito dichas solemnidades, no sólo para la validez, sino para la existencia misma de las donaciones entre vivos? Luego es lo cierto decir que la ley prohíbe que se hagan liberalidades sin observar ciertas solemnidades legales y que las partes violan esa prohibición.

La corte de casación niega que haya violación de la ley, y cita todos los artículos del código que suponen liberalidades encubiertas, y estos artículos, dice ella, no son más que la aplicación de un principio proclamado por los primeros jurisconsultos. ¿No es permitido hacer indirectamente lo que puede hacerse directamente? ¿Si el donador puede donar al donatario por escritura, por qué no había de poder hacerlo por contrato oneroso? Nosotros contestamos: Porque la ley lo prohíbe, porque esto equivale á defraudar el art 893. (1) En cuanto á los artículos del código que suponen liberalidades encubiertas en la forma de contratos onerosos, la corte olvida un viejo adagio: suponer no es disponer. Veamos el singular razonamiento que se hace: "Por los términos del artículo 911, las disposiciones entre vivos ó por testamento, son nulas cuando han tenido lugar en provecho de un incapaz, sea que se encubran bajo la forma de un contrato oneroso, sea que se hagan bajo el nombre de interpósitas personas; de aquí resulta que ellas son válidas cuando se han hecho en provecho de una persona capaz, aun encubiertas bajo la forma de contratos onero-

1 Demante, t. 5º, pág. 6, núm. 3 bis 6º

sos." (1) He aquí uno de esos argumentos *á contrario*, basados en el silencio de la ley, de los cuales la doctrina y la jurisprudencia dicen que debe uno desconfiar. Ante todo debe uno preguntarse cuál es el objeto del legislador. ¿Acaso en el artículo 911 se pretende decidir la cuestión de saber en qué forma se puede disponer? Ciertamente que no; luego no hay que buscar la desición de la cuestión en ese artículo. En este concepto, hay razón para decir que suponer no es disponer. En cuanto á los principios que la corte invoca, abusa de ellos de extraña manera. La simulación no anula el acto, cuando éste es válido por sí mismo. ¿Quiere decir esto que la simulación da validez á un acto que fuese nulo por sí mismo? Las partes hacen una escritura de venta, en la que todo es simulado, no hay un precio, ni consentimiento de vender y de comprar. Como venta, la escritura es nula. ¿Basta con una simulación para volverla válida? Nadie ha enunciado jamás semejante principio. (2)

Pregúntase cómo es que la corte de casación, después de haber estado por tanto tiempo dividida sobre esta cuestión, ha podido consagrar una doctrina que los textos, los principios y el espíritu de la ley condenan. Nosotros ya lo dijimos, esto es una especie de reacción contra una legislación que multiplica las formas y las trabas para impedir que el propietario disponga de sus bienes á título gratuito, siendo que, no obstante, les concede dicha facultad. Esto es un absurdo; esto se comprendía en el antiguo derecho que reservaba los propios á la familia de donde provenían; pero ya no se comprende en nuestro derecho moderno que declara todo disponible cuando no hay descendientes ni ascendientes. Las formas solemnes repugnan á nuestros hábitos; he aquí por qué se hacen liberalides bajo mil formas,

1 Denegada, 16 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 1, 390).

2 Demolombe, t. 20, pág. 101, núm. 101. Véase en sentido contrario, las autoridades que él cita en el núm. 100.

libertándose de las trabas legales que con mucha frecuencia no tienen razón de ser; los tribunales sufren la influencia irresistible del espíritu que domina en la sociedad, y, en consecuencia, han dado la sanción de su autoridad á una práctica que elude la ley, y, en consecuencia, la viola. Habríamos preferido que la corte de casación hubiese permanecido como órgano severo de la ley.

306. Se ha tratado de ir más lejos, haciendo liberalidades sin observar las formas legales y sin que hubiese una apariencia de contrato oneroso. Esto era lógico; pero ¿acaso la consecuencia no habla en contra del principio de donde ella emana? La corte de casación no se ha atrevido á ir hasta ese punto: esto habría equivalido á abrogar formalmente el título de las *Donaciones*; pero ¿acaso no se le abroga implícitamente? y ¿qué importa un remedo de forma? Yo no puedo donar un inmueble por escritura privada, pero muy bien puedo donarlo si califico dicha escritura de venta. ¿Es esto serio? ¿No es la jurisprudencia tan irracional como la ley de la que se ha apartado? La ley, al menos, era consecuente. Hagamos constar las inconsecuencias de la corte de casación.

Una persona suscribe, en presencia de dos testigos, en provecho de un menor, una escritura privada, por la cual declara que aquél niño tendrá el derecho de tomar de su sucesión una suma de 800 francos. Después de la muerte del signatario, el tutor del donatario pide el pago de la suma; el tribunal declara nula la escritura; á recurso interpuesto, recae una sentencia de denegada apelación. Verdad es, dice la corte, en derecho y en jurisprudencia, que es válida una donación hecha en la forma de un contrato á título oneroso, y entonces basta que se haga conforme á las reglas exigidas para el contrato bajo el cual está encubierta. Pero esto supone que hay un contrato oneroso,