

al menos aparente. Ahora bien, en el caso de que se trata; la escritura no ha tomado la forma de un contrato á título oneroso: en su forma tanto como en su fondo, la escritura es una pura liberalidad, luego no podía ser válida en el cumplimiento de las formalidades prescriptas por la ley para las donaciones entre vivos. En vano se decía que la liberalidad era una donación remuneratoria, la cual está libre de las formas solemnes; la corte contesta que esta excepción no se aplica más que á los donativos remuneratorios que presentan el carácter de una donación en pago; ahora bien, el fallo comprobaba que no había, en el caso de que se trataba, servicios apreciables que la escritura habría tenido por objeto saldar. (1) Así es que la escritura era nula porque al signatario no le había parecido bien simular; si él hubiera dicho que era deudor, no importa por qué falsa causa, la donación habría sido válida. ¡Confesemos que esa es una singular lección de moralidad legal!

En la víspera del matrimonio de una de sus hijas, la madre, tutora legal, hace que los futuros cónyuges le suscriban un documento privado que le constituye una renta vitalicia de 12,000 francos, como testimonio de gratitud por las atenciones que ella habría prodigado á su hijo. La escritura fué declarada nula por la corte de París por falta de formas. No había deuda, ni la apariencia de un contrato oneroso; ni siquiera había obligación natural, ni deber moral que pudiera servir de causa ó de pretexto á dicha liberalidad; la madre era rica, poseía un palacio en París que le procuraba una renta de 1,000 francos, ella tenía una casa de campo; su marido le había legado una renta de 6,000 francos; en cuanto á las caridades que ella había podido dar en la administración de los bienes de su hija, había sido ampliamente recompensada de ellas por el usufructo legal de que ella había disfrutado. Así pues, la es-

1 Denegada, 7 de Enero de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 188).

critura era una pura liberalidad y debía redactarse según las formas que la ley requiere. A recurso intentado, la corte de casación pronunció una sentencia de denegada apelación. (1) Si las partes hubieran calificado esta liberalidad injustificable, de venta ó de transacción, habría estado al abrigo de la anulación. Nosotros por segunda vez, preguntamos si esto es racional: ¡la escritura será nula si los contrayentes dicen la verdad, y válida si la encubren con una mentira cualquiera!

Núm. 2. Condiciones.

1. En cuanto á la forma.

307. La donación encubierta no está sometida á las formas solemnes prescritas por la ley; esto no era necesario decirlo. Luego no se necesita ni escritura auténtica ni aceptación expresa. Esto último se ha puesto malamente en duda, porque la aceptación expresa es una de las solemnidades que la ley establece para las donaciones, y la que tiene menos razón de ser (2). El artículo 948 no es tan aplicable como á las donaciones solemnes; luego no se necesita estado estimativo de los objetos mobiliarios comprendidos en la liberalidad disfrazada. Esto es muy grave y prueba cuán poco jurídica es la jurisprudencia. Por asegurar la irrevocabilidad de las donaciones mobiliarias es por lo que la ley exige una escritura auténtica y un estado estimativo. Ahora bien, la irrevocabilidad es una regla fundamental de las donaciones, regla de que no están libres las donaciones encubiertas; sin embargo, la jurisprudencia las liberta virtualmente, supuesto que las dispensa del estado estimativo. Respecto á los donativos manuales, la entrega asegura su irrevocabilidad; y en dónde estará

1 Denegada 23 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 1, 327).

2 Denegada, 6 de Mayo de 1853 de la corte de casación de Bélgica (*Pasicrisia*, 1853, 1, 336).

la garantía si se puede donar en forma de venta sin tradición y sin estado? Se ve que la jurisprudencia hace una ley nueva; ley, en ciertos conceptos; más racional, pero, en otros, muy ilógica; ley, en todo caso, que no incumbía hacer á los tribunales.

308. ¿Las donaciones encubiertas están sometidas á condiciones de forma? Que deban cumplirse los requisitos para la existencia ó para la validez del acto jurídico que las partes hacen aparentemente, no tiene la menor duda. La donación disfrazada es una venta aparente; luego se necesitará un objeto, un precio y el consentimiento del vendedor y del comprador. Pero, ¿se necesita también que las partes observen, bajo pena de nulidad, las formas establecidas para los escritos que comprueban la venta? Así lo enseñan; la donación disfrazada bajo la forma de una escritura de venta, bajo firma privada, sería nula si la escritura no hubiese sido doble, como lo exige el artículo 1,325 (1). Esto no es exacto. La donación encubierta es un contrato no solemne; ahora bien, en estos contratos, no se exige el escrito ni para la existencia ni para la validez del convenio, sirve únicamente de prueba. Luego si el escrito hecho para comprobar la venta no es conforme al artículo 1,325, todo lo que de ello resultará, es que dicho escrito no podrá invocarse como prueba de la donación encubierta bajo forma de venta, salvo el probar el contrato por una de las pruebas que admite el código civil. Decir que la validez del escrito es necesaria para la validez del contrato, es mantener la doctrina del contrato solemne, cuando las partes han querido libertarse de la solemnidad; es contradictorio aplicar á los contratos que no son solemnes, principios que rigen exclusivamente los contratos solemnes.

1 Demolombe, t. 20, pág. 112, núm. 104.

La corte de Bruselas ha aplicado los verdaderos principios en una serie de sentencias expedidas en el mismo asunto. Una primera sentencia decidió que dos escrituras de venta no podían valer como tales, á falta de precio y de intención de vender y de comprar. Pero de que esto no sea una escritura de venta, dice la corte, no se sigue necesariamente que sea una donación encubierta; para que haya una liberalidad, como lo pretendía el comprador, se necesita voluntad para donar y para recibir. Quedaba por decidir á quién incumbía la prueba, sea que hubiese una donación ó que no la hubiese. Una segunda sentencia falló que al pretendido comprador correspondía probar que había donación; en efecto, estaba soberanamente decidido que no había venta; al que pretende que el contrato está disfrazado y contiene una liberalidad, es al que corresponde probar por aplicación del principio elemental, en virtud del cual el actor debe establecer el fundamento de su demanda. ¿Cómo debía rendirse esa prueba? ¿El pretendido comprador podrá prevalerse de las escrituras de venta? No como prueba completa, supuesto que el vendedor negaba que hubiese habido la voluntad de donar, pero al menos formaban una probabilidad en favor del comprador. En efecto, el vendedor se había obligado á transferir la propiedad de la cosa al comprador; si esto no fuera á título de venta, ¿cuál era, pues, la verdadera causa del compromiso que había contraído? La corte concluyó que resultaba de las escrituras de venta un principio de prueba por escrito; ella admite, en consecuencia, al comprador á completar la prueba por la prueba testimonial (1).

309. Hay contratos onerosos que están sometidos á formas especiales para la validez del hecho jurídico; las le-

1 Bruselas, 14 de Diciembre de 1831, 22 de Febrero de 1832 y 16 de Abril de 1832 (*Pasicrisia*; 1832, pág. 105).

tras de cambio y los billetes á la orden se transmiten por vía de endose. Esta forma es especial á los compromisos comerciales contraídos por vía de billete á la orden, ó de letra de cambio. Los créditos ordinarios no se transmiten de esa manera; se necesita una escritura de venta para ceder su propiedad. Luego si las partes se han servido de la forma del endose para hacer una donación encubierta, la liberalidad será nula, porque las formas prescritas para la validez de la escritura no han sido satisfechas. La cuestión se ha decidido en este sentido por la corte de casación. Un reconocimiento es subscripto por una casa de banco en provecho de un particular. Al fallecimiento de éste, el billete se halló en posesión de un tercero con esta mención: "Páguese á la orden de M." ¿Había donación válida? La corte de Bourges decidió la cuestión negativamente. Una donación, dice la sentencia, puede, en verdad, hacerse bajo la forma de un contrato oneroso, pero con una condición, y es que el contrato exigido para cubrirla sea válido en la forma. En el caso de que se trata, el propietario del crédito lo había transmitido por la vía de endose; ahora bien, este modo de transmisión es un favor concedido á las letras de cambio y á los billetes á la orden, no se puede aplicarlo á los créditos ordinarios. En vano se pretendía que ésta era una cesión de crédito; la cesión es una venta, y no hay venta sin precio; ahora bien, en la cesión que se quería inferir del endose irregular, no se estipulaba ningún precio. La escritura, nula como endose, nula como venta, no puede valer como donación; porque había voluntad de donar; la voluntad de donar y de recibir no es suficiente para que haya donación; se necesita ó un instrumento público, ó un contrato oneroso válido en la forma, ó un donativo manual; la liberalidad no podía valer como donativo manual, supuesto que el donativo manual no se aplica á los créditos (núm. 279). A re-

curso intentado, la corte de casación pronunció una sentencia de denegación (1).

310. Los billetes á la orden y las letras de cambio han dado lugar á numerosas dificultades. Un primer punto sí es cierto, y es que dichos valores no pueden donarse de mano á mano. Los créditos nose donan de mano á mano, á menos que sean efectos al portador; ahora bien, los billetes á la orden y las letras de cambio llevan el nombre del acreedor, él solo puede percibir el monto, la posesión del billete no da ningún derecho al que la retiene, lo que excluye toda donación, supuesto que la donación es eventualmente translativa de propiedad. ¿Cómo se opera la transmisión de la propiedad de una letra de cambio? El código de comercio lo dice: por la vía del endose (artículo 136). Una entrega manual es del todo ineficaz. (2)

Luego se necesita un endose; pero toda especie de endose es suficiente. El artículo 136 del código de comercio contesta á la pregunta; exige la expresión del *valor ministrado*. Cuando el endose no está hecho en las formas requeridas, no equivale á procuración (art. 138). Estas disposiciones claras y formales dan la solución de todas las dificultades que se han suscitado. Se supone que el endose dice *por donativo*. ¿Es esto un endose regular? No; luego no hay traslado de propiedad; el tomador de orden no es más que un mandatario que debe entregar al mandante los valores que él percibe. Esto excluye toda idea de donación. ¿Un mandatario es donatario? Se objeta que las palabras *por donativo* implican servicios recibidos ó el efecto, que no carece de *valor*. Nosotros contestamos que un rasgo de ingenio carece de todo *valor* de derecho, á menos que se dé un giro espiritual á un argumento jurídico. En vano

1 Bourges, 10 de Febrero de 1841 y denegada, 10 de Febrero de 1842 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,619).

2 Pau, 10 de Marzo de 1840 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,627, y las demás sentencias que allí se citan.

se dice que hay voluntad de donar, nosotros repetimos que esta voluntad no es suficiente; se necesita que se manifieste de una forma legal; ahora bien, la forma empleada en el caso de que se trata es la de una procuración; ¿caso una procuración puede equivaler á acto translativo de propiedad? Esto es decisivo. Habría que resolverlo así aun cuando la voluntad de donar fuese probada por una letra ó cualquiera otro escrito. ¿Qué importa que tenga él intención de donar? Se necesita, además, ó un instrumento notariado, ó un contrato oneroso, ó una entrega de mano á mano; ahora bien, cuando el endose es irregular, no hay acto oneroso, no hay instrumento público, y el donativo manual es imposible. Esto es decisivo. (1)

Sucede lo mismo con un endose en blanco. Acerca de este punto, la controversia es todavía más viva y la jurisprudencia es indecisa. Una sentencia de la corte de Donai decide la cuestión conforme á los verdaderos principios.

La corte recuerda desde luego la regla del artículo 893; no se puede disponer á título gratuito sino dentro de las formas establecidas por la ley. Si la doctrina y la jurisprudencia hacen válidos los donativos y las donaciones encubiertas, es, á título, excepciones á la regla. Estas excepciones deben quedar exactamente incluidas en los casos para los cuales se han establecido. El donativo manual no se aplica á los créditos. Queda el acto oneroso, el billete con un endose en blanco; este acto es irregular en la forma; ahora bien, en esta materia, á diferencia de los actos de venta, hay formas, el código de comercio las establece, y decide que el endose irregular no equivale más

1 Coin-Delisle, pág. 217, núms. 26-29 del artículo 938; Merlin, *Cuestiones de derecho* en la palabra *Donaciones*, pfo. 6º. núm. 3 (t. 6º, pág. 52); Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,624.

que á procuración; supuesto que no hay translación de propiedad, no puede tratarse de donación. (1)

¿Quiere decir esto que los billetes á la orden y las letras de cambio, no puedan transmitirse por medio de una donación disfrazada? Nó, la vía es sencillísima, es la de la simulación autorizada por la jurisprudencia. Basta hacer un endose regular por *valor ministrado*; la escritura será regular en la forma, y por lo mismo, la donación es válida (2); bajo el punto de vista del derecho y de la moral legal nada es más irregular y más funesto. Cuando las partes dicen la verdad, la liberalidad será nula, cuando mienten, la liberalidad será válida. A nuestro juicio, no debe ponerse nunca en oposición con la moral.

II Consentimiento.

311. El consentimiento que las partes han dado al contrato oneroso no es mas que aparente; cuando ellas hacen una donación en forma de venta, no consienten ni en vender ni en comprar; la voluntad de las partes es lo que da la ley; ellas han pretendido hacer una donación, luego es preciso que haya consentimiento para disponer y para recibir á título gratuito. No debe creerse que el consentimiento aparente que han dado al contrato oneroso equivalga al concurso de consentimiento que es necesario para que haya donación; de que no haya venta no se puede concluir que hay donación. Así es como se ha fallado que un acto aparente de venta no era una donación, porque la

1 Donai, 3 de Diciembre de 1845 (Dalloz, 1847, 2, 182). Rouen, 29 de Diciembre de 1840 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,629); Coin-Delisle, pág. 219, núm. 34 del artículo 938. Véase en sentido contrario, las sentencias citadas por Dalloz, "Disposiciones," número 1,619).

2 Compárese Coin-Delisle, pág. 217, núm. 8 del artículo 138; Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,626.