

cer; pero el Tribunal resolvió, y con razón, que no podía tratarse de acrecencia cuando no había colegatarios. En vano se invocaba la analogía que no había. El donante no había llamado á los dos hijos conjuntamente á su herencia, sino que había hecho dos instituciones convencionales, una válida y la otra nula; no pudiendo producir ésta ningún efecto, los bienes que en ella se comprendían quedaban en la herencia *ab intestato*. (1)

207. En el derecho antiguo se había imaginado una cláusula para eludir la aplicación de los principios, tales como los acabamos de exponer: la cláusula de asociación. Se instituí al futuro cónyuge con la carga de asociar, quiere decir, de hacer que participaran terceros, por ejemplo, hermanos del donatario, del beneficio de la institución. ¿Se permitiría esa cláusula conforme al Código Civil? Todos los autores, salvo Merlin, la condenan, y con razón. No se puede hacer indirectamente lo que prohíbe la ley que se haga directamente; y la cláusula de asociación no era otra cosa que institución convencional en favor del tercero asociado; quiere decir, institución ilegal. Esto es decisivo; creemos inútil responder á las malas razones de Merlin, como ya se ha hecho. (2)

Sin embargo, hay una dificultad. ¿Qué sucede con la parte que debía restituirse al tercero asociado? Se ha creído que la carga de asociar era una de tantas condiciones como el art. 900 reputa no escritas, y se ha inferido de ahí que el cónyuge instituido se aprovechaba él solo del beneficio de la institución. La consecuencia es de tal manera inadmisibles, que Merlin se valió de ella contra la doctrina de la cual parecía emanar. Creemos que el art. 900 no es aplicable á la carga de asociación. A decir verdad,

1 Limoges, 26 de Febrero de 1821 (Daloz, núm. 2,043).

2 Durantón, t. 9º, pág. 690, núm. 694. Coin-Delisle, pág. 507, número 52. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 254, notas 22 y 23. Demolombe, t. 23, pág. 319, núms. 293 y siguientes.

no es esa una carga sino una condición del legado. Conforme á la mente del donante, hay dos instituciones, una directa y legal en favor del hijo que se casa, y la otra indirecta é ilegal en forma de cláusula de asociación; es menester hacer á un lado la forma que el legislador no puede tener en consideración, puesto que su único fin es defraudar á la ley. ¿Qué queda entonces? Dos instituciones convencionales, nula una y válida la otra; ésta valdrá, la otra se tendrá como no hecha; los bienes comprendidos en ella, quedarán en la herencia *ab intestato*. Tal es la mente del donante. Si se aplicase el art. 900, el cónyuge instituido recibiría toda la herencia, y el asociado quedaría excluido de ella; mas cuando el asociado es hermano del cónyuge, muy lejos de excluirle de la herencia, el donante quiso asegurarle su parte en un contrato irrevocable; si no puede recibirla como instituido, es menester, por lo menos, que la reciba como heredero. (1)

Núm. 5. Nulidad.

208. La institución convencional que no se hizo con las formalidades y condiciones de la ley, es nula. ¿Es esa nulidad propiamente dicha, ó es inexistente la donación? Sería inexistente, conforme al derecho común, si fuese nula en cuanto á la forma; quiere decir, si se hubiese hecho en instrumento privado ó auténtico, pero nulo como tal. ¿Qué debe resolverse si no se hizo por contrato de matrimonio? Que sería una institución de heredero por contrato, es decir, un convenio acerca de una herencia futura, fuera de las condiciones en que la autoriza la ley, y, por consiguiente, un pacto hereditario. A nuestro juicio, tal pacto es

1 Durantón, t. 9º, pág. 693, núm. 695. Coin-Delisle, pág. 569, números 56-62. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 254, nota 24; pág. 258, nota 32. Demolombe, t. 23, pág. 322, núm. 295.

inexistente, y volveremos á este punto en el título "De las Obligaciones." (1)

Por la misma razón, debería considerarse como inexistente la institución que se hiciese en favor de otras personas que los cónyuges y los hijos por nacer de su matrimonio. En consideración á ellos, la donación es un pacto sucesorio no autorizado, y, por lo mismo, inexistente, conforme á nuestra opinión.

¿Sería también inexistente si se hiciese en favor de los hijos por nacer, con exclusión de los cónyuges? La afirmativa no es dudosa, admitida la teoría de los actos inexistentes. No hay contrato sin consentimiento; y, pues, los hijos no nacidos no pueden consentir, ni nadie puede por ellos, no hay, pues, donatarios; y sin donatarios, puede haber donación?

209. La institución convencional sería simplemente nula si se hiciese por incapaces, como una mujer casada sin autorización marital. Tal es la aplicación de los principios relativos á los actos nulos ó inexistentes; volveremos á este punto en el título "De las Obligaciones."

210. Los autores, excepto M. Demolombe, no hacen esas distinciones, sino que declaran nula en todo caso la institución convencional; es decir, anulable. Lo que dicen de la acción de nulidad no se aplica, siguiendo nuestra opinión, más que al caso de que la institución sea nula por incapacidad. Se pregunta en qué término deben pedir los causahabientes la nulidad. Hay alguna duda en ello. Si la acción de nulidad se entabla por el donante incapaz, se aplicará el art. 1,304, puesto que se trata de una demanda intentada por uno de los contratantes. Si los herederos son los que proceden, ¿podrá oponérseles también la prescripción de diez años? Depende la solución de saber si se esti-

1 Aubry y Rau aplican el art. 943 (t. 6º, pág. 259, nota 33, párrafo 739).

man como partes los herederos en el instrumento como representantes del difunto. Así sucede por lo general; los herederos no tienen más derechos que los de su autor. Pero hay una excepción de este principio cuando se trata de actos á título gratuito que en su nombre impagnan los herederos; y tal es, sin duda, la acción de nulidad de una institución convencional hecha por el difunto. Desde ese momento no se puede decir que los herederos hayan estado representados en el acto por el difunto; y así, continúan bajo el dominio del derecho común, y su acción se rige por el art. 2,262. (1)

211. ¿Cuándo comienza á correr la prescripción? Si se admite que los herederos tienen un derecho suyo propio, que reciben de la ley, hay que decir que su acción nace al morir el donante, puesto que hasta entonces produce efecto la institución. En cuanto al donante, sigue bajo el dominio del derecho común. Si por incapacidad ataca la donación, puede proceder, según el art. 1,304, desde el día en que cesa la incapacidad. Se ha objetado con el art. 2,257, conforme al cual no corre la prescripción respecto de un crédito suspendido por una condición sino hasta que se realice ésta. Basta leer la ley, para convencerse de que no se aplica á la acción del donante, quien no tiene crédito contra el instituido, sino que obligado por un contrato que no le permite disponer á título gratuito, pide su nulidad para poder hacer nuevas disposiciones; nada le impide proceder inmediatamente, y aun tiene interés en ello, para volver al libre ejercicio de su derecho de propiedad. Quiere decir, está en el derecho común y no en la excepción prevista por el art. 2,257. (2)

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 259, nota 36. En sentido contrario, Denegada, 1º de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 1, 15).

2 En sentido contrario, Besangón, 30 de Marzo de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 365).