

institución convencional. Objétase que el art. 1,093 está concebido en términos imperativos: "no será transmisible." La objeción no tiene importancia, pues por lo regular la ley se expresa en futuro, aun cuando no se proponga ni mandar ni prohibir. De modo que es necesario ver si por su naturaleza es imperativa ó prohibitiva la disposición. En el caso, tratábase únicamente de una presunción de voluntad: ¿no es regla que la voluntad expresa prevalezca sobre la presunta? (1)

312. Los cónyuges pueden hacer una donación acumulativa de bienes presentes y futuros, la cual se seguirá también por los arts. 1,084 y 1,085, excepto la derogación concerniente á los hijos de que acabamos de hablar (artículo 1,093).

Asímismo los cónyuges pueden hacer una donación derogando la regla de la irrevocabilidad. Es cierto que no lo dice ningún artículo del cap. IX; pero el art. 947 es muy explícito, puesto que declara que las disposiciones que preceden, los arts. 943-946, no son aplicables á las donaciones que se mencionan en el cap. IX, lo cual comprende evidentemente las entre cónyuges por contrato matrimonial. Tal es también el espíritu de la ley; se ve por los artículos 1,091-1,093 que ella quiere favorecer las donaciones entre esposos, lo mismo que las que les hagan otros terceros. Luego todo lo que hemos dicho del art. 1,086 se aplica á las donaciones entre cónyuges.

SECCION II.—De las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio.

§ I.—PRINCIPIO.

313. Antiguamente la mayor parte de las costumbres

1 Durantón, t. 9º, pág. 770, núm. 759. Aubry y Rau, t. 6º, página 282, nota 4, pfo. 742. En sentido contrario, Demolombe, t. 23, página 451, núm. 417, y los autores que cita.

prohibían toda liberalidad entre esposos. Coquille dió una razón moral muy bella. "Durante el matrimonio, dice, debe conservarse la amistad por honor y dentro del corazón, y no por obsequios. Esta razón abunda en honra, añade Coquille, en cuanto á que no parece que la amistad, gracioso y armonioso trato, haya de venderse y para dar á conocer que en el corazón, no en el exterior, está el verdadero amor." Había además otro motivo para la prohibición establecida por las costumbres; á saber: el deseo de conservar los bienes en las familias. Ferrière dice que ese deseo sirve de fundamento á la mayor parte de las disposiciones consuetudinarias. "Se ha considerado que el Estado no puede mantenerse más que por ese medio; de otro modo, los cónyuges que no tuviesen hijos se darían todos sus bienes mutuamente, y harían pasar herencias opulentas á familias extrañas." Ferrière no aprueba esa prohibición; parecíale muy riguroso prohibir "á los maridos y á las mujeres todo medio de ejercer la remuneración y la gratitud de uno de ellos para con el otro, y obligarlos á que dejaran sus bienes, á falta de hijos, á herederos colaterales, que á menudo son desconocidos ó indignos de recibir sus bienes con esa calidad." (1)

La libertad natural, que permite al propietario disponer de sus bienes como le parezca, ha prevalecido sobre el espíritu tradicional del derecho francés, del cual se apartaron, por lo demás, los autores del Código desechando la reserva consuetudinaria. No había más que un peligro respecto de las liberalidades que se hacen mutuamente los cónyuges durante el matrimonio, y es el de que no sean ellos la expresión de la libre voluntad del donante. El legislador previó ese peligro declarando revocables las do-

1 Coquille, *Institución del Derecho Francés (De los Casados)*, página 66. Ferrière, sobre el art. 282 de la *Costumbre de París*, glosa 1ª, núm. 6.

naciones; teniendo absoluta libertad el donante para revocar la liberalidad que haya hecho por contrato de matrimonio, no se podrá decir, si no usa de su derecho, que lo hizo por conquistar la paz ó por afecto inconsiderado. Hé aquí por qué el art. 1,090 dispone que las donaciones hechas durante el matrimonio serán siempre revocables y que la mujer puede revocarlas sin autorización alguna. (1)

314. La revocabilidad de las donaciones hechas entre esposos ha sembrado alguna incertidumbre en cuanto á la naturaleza de esas liberalidades. Desde luego se ha sostenido que el legislador no se había propuesto que la revocación se hiciera conforme al capricho del donante, (2) lo cual es muy evidente: quiso asegurar su libertad. Mas ¿qué inferir de esto? ¿Qué el derecho de revocar no es ilimitado? Ciertamente; la ley lo dice y las condiciones morales que se invocan contra una revocación caprichosa no impedirían que la revocación fuese válida.

Otros han dicho que siendo esencialmente revocable la donación debía asimilarse con el testamento. Es inútil detenerse en este punto de vista que la misma ley condena, puesto que califica como donaciones liberalidades que los cónyuges se hace mutuamente durante el matrimonio; y la donación es un contrato, lo cual la distingue esencialmente del testamento. Ordinariamente se considera la donación entre esposos durante el matrimonio como un contrato mixto. Troplong dice que no es una donación entre vivos, puesto que es revocable, ni un testamento, puesto que se hace por contrato é inmediatamente produce efecto. De ahí concluye que es una mezcla de ambas cosas. Esta doctrina tendría consecuencias prácticas importantes.

1 Bigot Prámenen, Exposición de los Motivos, núm. 88 (Loché, t. 5º, pág. 333).

2 Demolombe, t. 23, págs. 474 y siguientes, Compárese con Dalloz, núm. 3,282.

simas, si fuese verdadera. Troplong deduce de ella que la donación entre casados no se puede referir á un solo tiempo, pues toma diversos caracteres de principios también distintos, y que es menester un eclecticismo prudente para no extraviarse en cuanto á sus efectos. Toullier dice que son donaciones por causa de muerte. (1)

Es menester rechazar sin vacilar esa doctrina que tiende á crear un tercer modo de disponer á título gratuito, cuando el art. 893 no reconoce más que dos, la donación entre vivos y el testamento; y la donación entre cónyuges no es testamento, y así, es una donación entre vivos. Cier- to que ella deroga en punto esencial, la donación; la revocabilidad es más que derogación de la máxima "Dar y retener no vale;" es una excepción del derecho común de los contratos, pudiendo resolver el donante el contrato por sólo su voluntad. Acabamos de decir las razones de la revocabilidad; esto no impide que los autores del Código califiquen de donaciones las liberalidades que los esposos se hacen, lo cual es decisivo. Objétanse estas palabras del art. 1,096: "aunque calificadas entre vivos," y se ha concluido de aquí que esas liberalidades no tienen de donación ni el nombre. No es tal el sentido de la ley, la cual no permite á los esposos que se otorguen liberalidades irrevocables, sino que prevee que podrían eludir la irrevocabilidad calificando la liberalidad de donación entre vivos, que es esencialmente irrevocable. Para prevenir que se eluda así la regla de la revocabilidad, añade el artículo 1,096 que será revocable la donación, aunque los esposos la hubiesen calificado de donación entre vivos.

De ahí que se deban aplicar á las donaciones entre esposos las reglas sobre donaciones en general; es decir, las de

1 Troplong, t. 2º, pág. 458, núm. 2,648. Toullier, t. 3º, 1, pág. 498, núm. 918. Compárese con la Denegada de 5 de Diciembre de 1816 (Dalloz, núm. 2,392).

las donaciones entre vivos, cuando una liberalidad tiene por objeto bienes presentes y futuros. Como lo dice muy bien la Sala de Casación, la revocabilidad es una excepción del derecho común; mas toda excepción confirma la regla; de suerte que los principios generales de las donaciones siguen aplicándose á las entre esposos, excepto la irrevocabilidad. (1)

315. La ley no dice, en el capítulo IX, qué donaciones se pueden hacer los cónyuges durante el matrimonio; pero el art. 947 dice implícitamente que pueden hacerse donaciones de bienes futuros, y, por lo mismo, una institución convencional, sea ordinaria, sea acumulativa. En efecto, el art. 947 dispone que el 943, que prohíbe la donación de bienes futuros, no es aplicable á las donaciones que se mencionan en el capítulo IX; luego la donación entre esposos durante el matrimonio, de que se ha tratado en ese capítulo, no está sujeta á la regla del art. 943, y puede comprender, por consiguiente, los bienes futuros. Así resulta aun implícitamente del art. 1,096. ¿Por qué la ley no permite dar bienes futuros? Es una consecuencia del principio de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos; mas las donaciones entre esposos son esencialmente revocables; es, pues, muy lógico que puedan tener por objeto bienes futuros. Es cierto que el Código no admite la institución convencional más que en favor del matrimonio, y no se puede decir que una liberalidad hecha entre cónyuges favorezca su unión. No se puede aplicar esta nueva derogación del principio que prohíbe los pactos sucesorio sino por el gran favor que la ley concede al matrimonio, aun celebrado ya. (2)

1 Denegada, 16 de Julio de 1817 (Daloz, núm. 2,391, 1º). Compárese con la Casación de 22 de Julio de 1807, sobre la requisitoria de Merlin (Daloz, núm. 2,392).

2 La doctrina y la jurisprudencia están acordes. Véanse los autores en Daloz, núms. 2,377 y 2,378.

La donación de bienes futuros hecha entre esposos durante el matrimonio, difiere de la institución convencional en lo concerniente á la irrevocabilidad. Conforme al artículo 1,083, la institución convencional es irrevocable, mientras que toda donación entre consortes, durante el matrimonio, es esencialmente revocable. Cuando, pues, un esposo instituye á su cónyuge heredero por donación, puede revocar esa institución como una donación de bienes presentes que le hiciera. ¿Quiere esto decir que se confunde la institución convencional, en ese caso, con el testamento? Nó, porque sigue siendo contrato, y contrato solemne. Bajo este concepto, se aplica á la donación de bienes futuros entre esposos, lo que diremos más adelante de la forma de las donaciones que los esposos se hacen durante el matrimonio.

316. ¿Pueden los esposos, por su contrato de matrimonio, renunciar el derecho que la ley les concede para hacer donaciones? Pothier aprobaba esa renuncia. Es, decía, ofender á las leyes, permitirse lo que prohíben; pero no es ofenderlas, prohibirse lo que permitea ellas." Esto es certísimo cuando es de puro interés privado la facultad que se renuncia; pero no lo es cuando es de orden público. Ahora bien, el derecho de dar es un atributo de la propiedad, y la propiedad es, ciertamente, de orden público; lo cual es decisivo. Si Pothier se mostraba favorable á esas renunciaciones, es porque tendían á conservar los bienes en las familias, lo cual se consideraba en otro tiempo como una base del orden social. (1) En nuestras ideas modernas, la libertad es el fundamento del orden político y civil, y reprobamos toda cláusula ó convenio que la ofenda. Tanto los autores como la jurisprudencia están en este sentido; pero hay alguna incertidumbre en cuanto á los motivos de resolver. Merlin y la Sala de Casación invocan el prin-

1 Pothier, *De las donaciones entre marido y mujer*, núm. 27.

cipio que prohíbe estipular para otro; mas al renunciar que mutuamente se harán donaciones, los esposos estipularían realmente para sus herederos. Esto es cierto; pero hay que añadir que entonces aun los herederos intervenirían en el contrato matrimonial, y sería aun nula la renuncia, porque sería un pacto sobre herencia futura. La verdadera razón es la que acabamos de dar y que Troplong hace también valer; los cónyuges no pueden encadenar de antemano su libertad natural pues ésta es de orden público, y no puede renunciarse lo que es de orden público, ni aun en contrato matrimonial. (art. 1,388). (1)

§ II.—FORMALIDADES.

317. Siendo la donación entre esposos donación entre vivos, síguese que debe hacerse en la forma prescripta por el art. 931, so pena de nulidad; mejor dicho, so pena de inexistencia del instrumento. Poco importa que se trate de bienes futuros ó presentes, porque la donación de bienes futuros se rige también por el art. 931 cuando no se hace por contrato de matrimonio. No se puede tratar, pues, de sujetar esa donación á las formalidades del testamento cuando se hace entre cónyuges. Grenier tiene razón para decir que hay para admirarse de que semejante idea haya llegado hasta un tribunal de apelación; el fallo del de Rennes fué casado, por interés de la ley, conforme á la requisitoria de Merlin. Es inútil insistir en un punto que ni dudoso podría ser. (2)

318. Del mismo principio se sigue que las donaciones entre marido y mujer deben ser no aceptadas, como lo

1 Troplong, t. 2º, pág. 475, núm. 2680. Merlin, *Repertorio*, palabra *Renuncia*, pfo. 1º, núm. 3. Denegada, 31 de Julio de 1809, 15 de Julio de 1812, y Casación, 22 de Diciembre de 1818 (Dalloz, número 2,380).

2 Grenier, t. 3º, pág. 456, núm. 457, y todos los autores. Véase la jurisprudencia en Dalloz, núm. 3,292.

dice Grenier, sino aceptadas de una manera expresa. Tal es la regla para toda donación entre vivos (art. 932); el art. 1,087 no la deroga más que para las donaciones hechas por contrato de matrimonio; lo cual deja bajo el dominio del derecho común el matrimonio. Esto no es muy lógico; el legislador, al poner esas donaciones en la misma línea que las hechas en contrato de matrimonio, en cuanto á las derogaciones del derecho común que él autoriza, debió haber extendido ese favor á las formalidades. Pero no lo hizo, y no basta el espíritu de la ley para derogar un texto formal y principios absolutamente ciertos. (1) Así se declaró en un caso en que el marido, presente al acto, autorizaba á su mujer para que aceptara; la autorización para aceptar, dice el Tribunal, no es una aceptación expresa. (2) La resolución es muy jurídica, pero habla contra el rigor de la ley; rigor que, en las donaciones favorables, no tiene razón de ser.

319. ¿Es menester también que se registre la donación? Se ha discutido esa necesidad, porque, como dicen, es inútil el registro. En efecto, el cónyuge donante que enajena el inmueble donado ó le grava con derechos reales, revoca la donación en la medida de los derechos conferidos á terceros; luego éstos no tienen ningún interés en que se haga pública la donación, puesto que siempre se mantendrán sus derechos. Esto es cierto, pero no prueba que sea inútil el registro. Olvidase que los terceros acreedores quiérogafos están igualmente interesados en la publicidad de las donaciones; si no se hace, podrán apoderarse de los bienes donados al cónyuge donante, mientras que no tienen ese derecho si se verificó el registro. Basta con esto para que se tenga que hacer el registro, por estar prescripto en

1 Durantón, t. 9º, pág. 779, núm. 774, y todos los autores.

2 Rennes, 20 de Marzo de 1841 (Dalloz, núm. 2,393).