

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).

favor de todos los terceros; los acreedores quirografarios pueden aprovecharse de la falta de registro, lo mismo que los terceros adquirentes ó acreedores hipotecarios. El artículo 941 no deja casi duda sobre este punto. ¿Sucede lo mismo bajo el dominio de nuestra ley hipotecaria? Examinaremos la cuestión en el título "De las Hipotecas." (1)

320. Lo propio hay que decir del avalúo. El art. 948 expresa que ningún instrumento de donación de bienes muebles será válido sino en cuanto á los efectos de los cuales se hubiere anexado un avalúo á la minuta de la donación. Esta disposición está concebida en los términos más generales, y tal carácter de generalidad es aun más evidente por el lugar que ocupa el art. 948. Después de decir en el 947, que la máxima "Dar y retener no vale," con sus consecuencias, no es aplicable á las donaciones que mencionan los capítulos VIII y IX, añade el legislador que "todo" instrumento de donación mueble debe ir acompañado de un avalúo. El art. 948 debe aplicarse, pues, en todo caso en que no hubiere sido derogado, y así también á las donaciones entre consortes. Objétase que la derogación resulta de la naturaleza misma de esa donación. ¿Cuál es el fin del art. 948? Asegurar la irrevocabilidad de la donación; mas la donación entre cónyuges durante el matrimonio es esencialmente revocable. Respondemos que siempre ha de tener su utilidad el avalúo, y la tendrá en todo caso en que importe conocer exactamente el valor de las cosas donadas. Así es como el art. 868 refiere al 948 para el avalúo del mobiliario que debe ser traído. También el donante cuando revoca está interesado en que se determinen con exactitud la clase y valor de los efectos donados. Basta que el avalúo tenga utilidad para la donación

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 80, nota 5, pfo. 704. Demolombe, tomo 23, pág. 477, núm. 446. Dalloz, núm. 2,396. En sentido contrario, Durantón, Grenier, Coin-Delisle, Delvincourt y Zachariæ.

ción entre esposos, para que siga aplicándose el artículo 948. (1)

321. Ni el registro ni el avalúo tienen ya razón de ser cuando el objeto de la donación entre consortes son bienes futuros. Esa donación se rige por un derecho excepcional, como lo hemos dicho al hablar de la institución convencional (núms. 188 y 189). Que es inaplicable el art. 948, es evidente; ¿cómo se formaría un avalúo de los objetos que el donante dejara á su fallecimiento? No se pueden describir y estimar más que los objetos muebles que posee el donante en el momento de la donación; mas no son esas las cosas que él dona, sino los objetos que se encuentren en su herencia. (2) Vese que, en ese caso, resulta la excepción de la naturaleza de las cosas. Hemos dicho al tratar de la institución convencional, por qué no debe registrarse esa donación; los mismos motivos se aplican á la donación de bienes futuros que uno de los esposos hiciera á su cónyuge durante el matrimonio.

Únicamente la donación de bienes presentes y futuros da lugar á cierta duda. Como lo hemos dicho antes, la prudencia exige que el donatario registre el instrumento de donación, á fin de que pueda reivindicar, si opta por los presentes, los bienes que el donante haya enajenado (número 260). La cuestión de si, en vista de la oposición, es necesario agregar un avalúo al instrumento, está en debate; nosotros nos remitimos á lo dicho acerca de la institución acumulativa (núm. 261). Ninguna diferencia hay, á este respecto, entre la donación que hace un tercero á los cónyuges, y la que éstos mismos se hacen entre sí. (3)

1 Denegada, 16 de Julio de 1817 (Dalloz, núm. 2,391). Tal es la opinión de los más de los autores (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 284, nota 5, pfo. 743).

2 Amiéns, 2 de Mayo de 1807 (Dalloz, núm. 2,378, 3º). Esta es la jurisprudencia constante (véanse los fallos citados por Dalloz, número 2,395).

3 Compárese con Aubry y Rau, pág. 284, notas 8 y 9, pfo. 743.

322. El art. 1,097 contiene una disposición especial en lo que mira á las formalidades de las donaciones que se hacen los cónyuges durante el matrimonio; y expresa que no podrán, durante el matrimonio, hacerse, ni por acto entre vivos, ni por testamento, donación alguna mutua y recíproca en un solo y mismo instrumento. Esto es la aplicación, á las liberalidades que se hacen entre sí los cónyuges, del art. 968 que prohíbe los testamentos conjuntivos. La ley los prohíbe en razón de la revocabilidad de las disposiciones testamentarias, y debía haber hecho extensiva la prohibición á las donaciones entre cónyuges, que igualmente son revocables por sólo la voluntad del donante. Para prevenir las dificultades y las disputas á que habrían dado lugar las donaciones conjuntivas, fué para lo que las prohibió el legislador. (1)

323. Las donaciones conjuntivas que se hiciesen á pesar de la prohibición del art. 1,097, serían nulas, pero conviene determinar el carácter de esa nulidad. No se trata de una cuestión de incapacidad; nada impide á los esposos que se hagan una donación recíproca en instrumentos separados. Se resolvió ya que esas donaciones eran válidas con tal que los instrumentos hubiesen pasado uno inmediatamente después del otro. La ley no lo prohíbe, luego lo permite. (2) La nulidad se funda únicamente en la inobservancia de una formalidad legal. Es menester, sin embargo, añadir que esa formalidad se prescribe menos para interés de las partes que para interés público, puesto que tal prohibición tiene por objeto prevenir pleitos. Conforme á este principio, hay que resolver las dificultades que se susciten en la aplicación.

Antes del Código Civil, se permitían las donaciones con-

1 Durantón, t. 9^o, pág. 779, núm. 773, y todos los autores. Compárese el tomo 13 de estos *Principios*, pág. 167, núm. 143.

2 Casación, 22 de Julio de 1807, conforme á la requisitoria de Merlín (Dalloz, núm. 2,392).

juntivas entre consortes, resultando de ello que las que se hicieron antes de publicarse siguen válidas, puesto que la formalidad de los instrumentos se arregla por la ley de la época en que pasó el acto. El Tribunal de Montpellier había desconocido este principio, anulando una donación conjuntiva anterior al Código, pero abierta durante él. Era, indudablemente, violar la ley haciéndola retroobrar, cuando se trataba de una simple formalidad, y considerando la capacidad como necesaria al morir el donante, bien que la donación, aun la de bienes futuros, no exige la capacidad de los contratantes, sino á hora del contrato (número 196). El fallo fué casado conforme á las conclusiones de Merlín. (1)

Hecha una donación conjuntiva en el extranjero conforme á las leyes del país, ¿es nula según el art. 1,098? La jurisprudencia se ha declarado por la validez, aplicando el principio *Locus regit actum*. (2) Hay una razón para dudar que nos obliga á inclinarnos á la opinión contraria. El proverbio que se invoca no se aplica más que á las formalidades instrumentales cuyo objeto es asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes; mas la prohibición de las donaciones conjuntivas es extraña á la manifestación del consentimiento de las mismas; su libertad sigue completa, puesto que inmediatamente después de firmado el instrumento, pueden revocarle. Por otra parte, la prohibición se funda en un interés público, y nunca se permite á los particulares que derogen las leyes que miran al orden público. El Tribunal de Tolosa reconoce que la ley vió ciertos inconvenientes en las donaciones conjuntivas; pero el orden público, dice, no está interesado directamente lo bastante para que haya de declarar la nulidad.

1 Casación, 23 de Junio de 1813 (Dalloz, núm. 2,458).

2 Tolosa, 11 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1852, 2, 64). Caen, 22 de Mayo de 1850 (Dalloz, 1853, 2, 179).

Creemos que el Tribunal transige con un principio que no admite transacción; el orden público no tiene grados de más ó menos, y desde el momento en que está él de por medio, quedan obligados los contratantes, y encadenado el juez que debe declarar la nulidad.

De que la del art. 1,097 no sea más que nulidad de forma, la Sala de Casación de Bélgica dedujo que podían los herederos del donante confirmar la donación, á virtud del art. 1,340, (1) el cual expresa que los herederos que confirman una donación renuncian, por lo mismo, oponer vicios de forma y cualquiera otra excepción. Por muy generales que sean estas últimas palabras, no pueden comprender las excepciones que son de orden público, porque no se renuncia lo que interesa á la sociedad, sino lo que es de interés privado; y la prohibición del art. 1,097 no es de interés privado; de modo que, en rigor, no se puede hacer desaparecer con la confirmación el vicio que de ahí resulta. Volverémos al principio en el título "De las Obligaciones," que es el que le corresponde.

324. La partición que conjuntamente hacen de sus bienes los cónyuges entre sus hijos, contienen á menudo una liberalidad recíproca que uno de ellos hace al otro.

Citamos algunas cláusulas acerca de las cuales han recaído resoluciones de Casación. Después de partir, á título de donación entre vivos, sus bienes presentes entre sus hijos, los cónyuges estipulan que el exceso de los que hubiere al morir uno de los dos será propiedad absoluta y exclusiva del supérstite. Esta cláusula constituye una liberalidad directa entre consortes, y no una simple carga de la participación anticipada. (2) En el caso no era esto dudoso. A veces buscan las partes la manera de ocultar la liberalidad para escapar al derecho de mutación. Unos

1 Denegada, 18 de Mayo de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 1, 190).

2 Denegada, 30 de Marzo de 1868 (*Dalloz*, 1869, 1, 106).

cónyuges hacen anticipadamente la partición de sus propios bienes y de los que dependen de su sociedad, estipulando que los donatarios tendrán la propiedad de dichos bienes desde la fecha del instrumento, pero sin tener el goce sino desde la muerte del donante. En seguida explican esta cláusula diciendo: "Los donantes se reservan, cada uno para sí y durante su vida, el usufructo de la porción que le corresponda en los inmuebles donados; y además, el que sobreviva hace y consiente esta donación con la condición expresa de que sus hijos le dejarán durante su vida y hasta su muerte el usufructo de la parte del que muera antes, en los bienes donados." El instrumento contiene, además de la donación actual de la nuda propiedad hecha á los hijos, una liberalidad entre consortes sujeta al acontecimiento de la muerte, en tanto que aplica al donante supérstite el usufructo de la porción de inmuebles donada por el que muriese antes, á los hijos comunes. En verdad, los donantes, en lugar de reservarse el usufructo de los bienes para ellos y para el supérstite de ellos, estipulaban cada uno personalmente la reserva del usufructo de los bienes donados por él é imponían á los donatarios la obligación de dejarle gozar en vida de la parte del que muriera antes. Pero no era ese más que un medio indirecto para asegurar al supérstite el goce de la totalidad de los inmuebles; por consiguiente, de los del que muriera antes, lo mismo que de los suyos propios. Tal combinación, imaginada para disimular el verdadero pensamiento del instrumento, no podía cambiar su naturaleza ni sus efectos; en realidad, la estipulación por la cual cada uno de los esposos se reservó, con haber concurrido al acto, y por lo mismo con el consentimiento tácito del otro, en caso de supervivencia, el usufructo de la parte del que muriese antes, constituía, conforme á su intención común, una "donación mutua" y eventual que no podía conside-

rarse como dependencia y condición de la donación hecha por ellos á los hijos comunes. (1)

Los fallos que acabamos de citar recayeron en materia de registro; ellos no deciden la cuestión de si esa donación mutua cae bajo la aplicación del art. 1,097; pero los motivos que dió la Sala de Casación bastan para zanjar la dificultad. Si la cláusula de reversibilidad del usufructo estipulada en una partición de ascendiente tiene el carácter de liberalidad, y no el de simple carga de la partición, la consecuencia es evidente; poco importa la forma en que se haga la liberalidad; si es mutua y constituye una donación, se aplica el art. 1,097. Tal es también la jurisprudencia de la Sala de Casación. Es cierto que en un fallo dictado por la Sala hay un considerando que parece ver en la cláusula litigiosa una simple reserva de usufructo hecha en virtud del art. 949, y válida como tal. (2) Pero la cuestión no está formalmente resuelta en ese sentido por la Sala Civil, y la de Instancia respondió de antemano á la objeción que podía tomarse del art. 949. Indudablemente, cada uno de los cónyuges, usando de la facultad que le concede el art. 949, puede reservar, ya en su favor, ya en el de su cónyuge, el usufructo de los bienes que da á un tercero; pero si quieren darse recíprocamente el usufructo así reservado, no lo pueden hacer sino en instrumentos por separado: si lo hacen en uno solo, hay que aplicar el art. 1,079. (3) Esto nos parece decisivo; sin embargo, siempre están divididos los tribunales de apelación. (4)

¿Qué efecto producirá la cláusula de reversibilidad? Si

1 Casación, 3 fallos, 26 de Julio de 1869 (Daloz, 1869, 1, 476).

2 Casación, 24 de Enero de 1860 (Daloz, 1860, 1, 73).

3 Denegada, 26 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 63).

4 En el sentido de la aplicación del art. 1,097, Amiens, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 2, 92). En sentido contrario, Poitiers, 10 de Junio de 1851 (Daloz, 1853, 2, 11), y Nimes, 16 de Diciembre de 1865 (Daloz, 1866, 5, 332).

se admite que la cláusula es una donación mutua hecha durante el matrimonio, hay que resolver que la cláusula es nula. Sobre esto no cabe duda. Pero se pregunta si la nulidad de la cláusula entrañará la de la partición. El Tribunal de Amiens se declaró por esta opinión. ¿No sería más bien el caso de aplicar el art. 900 y considerar la condición de reversibilidad como no escrita? Esta es la doctrina consagrada por la Sala de Casación. (1)

325. El art. 1,097 no es aplicable más que á las donaciones mutuas hechas durante el matrimonio, pero no á las que se hagan en contrato matrimonial entre consortes; éstas son irrevocables, y, por tanto, no es de aplicárseles la prohibición del art. 1,097, puesto que ella se funda en la revocabilidad de las mejoras que se hacen mutuamente los cónyuges. Sin embargo, la jurisprudencia anula las liberalidades mutuas entre consortes hechas aun en contrato de matrimonio, cuando su objeto son bienes futuros. En Casación se anuló la siguiente cláusula: "Los esposos declaran hacerse mutua donación, el que muera antes al que le sobreviva, de todos los bienes de que aquél muera siendo propietario y de los cuales el otro podrá disponer como de cosa propia." La donación se había hecho con la condición de que todo aquello de que al morir uno de ellos fuera propietario, se dividiría por mitad entre los herederos del difunto y los del supérstite. Esta condición era evidentemente nula, puesto que contenía una estipulación sobre herencia futura prohibida por el art. 1,130 y que tendía á cambiar el orden legal de las sucesiones, lo cual prohíbe el art. 1,389. Pero la Sala añade que la cláusula estaba también en oposición con el art. 968, que no permite que dos personas dispongan en el "mismo instrumea-

1 Amiens, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 2, 92). Denegada, 26 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 63).

to" para un tiempo en que ya no vivan. (1) Esto es un error el art. 968 no habla de "todo instrumento," sino del "testamento," y no se puede extender por cierto á las disposiciones irrevocables de una donación lo que dice el Código de las disposiciones revocables de un testamento.

El Tribunal de Agén dió una resolución análoga en un caso en que por contrato matrimonial, y dando los padres al futuro un inmueble que ellos declaraban ser de su común propiedad, se reservaban el usufructo de ese inmueble con la cláusula de que el supérstite había de tener el de todo él. Era aquella una donación mutua, dice el Tribunal de Agén, lo cual no es dudoso; pero añade el fallo que esa donación, hecha en un solo y mismo instrumento, está prohibida por el art. 1,097. (2) No es exacto; ese artículo dice terminantemente que la prohibición de disponer en un solo instrumento, uno á favor del otro, no se aplica más que á las donaciones que se hagan los esposos "durante el matrimonio," y es inútil probar que el espíritu de la ley está de acuerdo con su letra esencialmente restrictiva.

§ III.—DE LA REVOCABILIDAD.

Núm. 1. Principio.

326. "Todas las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio, dice el art. 1,097, serán siempre revocables." ¿Podrían renunciar los cónyuges la facultad de revocar? No podrían, ni durante el matrimonio, después de hecha la donación, ni por contrato matrimonial. Conforme al art. 1,388, los cónyuges no pueden derogar, en sus contratos matrimoniales, las disposiciones prohibitivas del Có-

1 Denegada, Sala Civil, 10 de Marzo de 1869 (Daloz, 1869, 1, 336).

2 Agén, 21 de Noviembre de 1860 (Daloz, 1861, 2, 34).

digo Civil, y la disposición del art. 1880, contiene una prohibición virtual, y además, una prohibición que afecta al orden público, puesto que tiende á asegurar la libertad de los contratantes. En cuanto á la renuncia que fuese posterior á la donación, sería una nueva donación que, habiéndose hecho durante el matrimonio, sería, por lo mismo, revocable. (1)

Este es el sentido de la jurisprudencia, y no cabe la menor duda. Sin embargo, dos tribunales de apelación resolvieron que la mujer podía válidamente consentir un fallo que había desechado su demanda para que se reservara una donación indirecta ó simulada hecha por ella á su marido durante el matrimonio. El Tribunal de Nimes dijo que la acción se había concertado entre ambos cónyuges, y que, por lo mismo, se trataba de un verdadero contrato judicial que no había hecho el consentimiento de la mujer más que confirmar. Esta era una razón de más para anularle por completo, porque resultaba de ella que los cónyuges habían querido eludir la prohibición del art. 1,097. La Sala de Casación rompió el fallo por el motivo obvio de que las razones que dictaron la disposición del art. 1,097 implican que ninguno de los dos cónyuges puede renunciar válidamente el derecho de revocar las donaciones hechas al otro; que de otra manera se colocaría de nuevo su voluntad bajo la influencia á la cual ha querido la ley substraerla. (2)

327. Toda donación es revocable, cualquiera que sea la forma en que se hubiese hecho. Se declaró ya que era válido un obsequio manual hecho entre consortes, pero que estaba sujeto á revocación; (3) es válido porque la ley no le prohíbe, y está sujeto á revocación porque el art. 1,096

1 Durantón, t. 9º, pág. 778, núm. 770, y todos los autores. Compárese con lo resuelto en Rennes, á 8 de Marzo de 1848 (Daloz, 1849, 2, 103).

2 Casación, 22 de Julio de 1846 (Daloz, 1846, 1, 300).

3 Burdeos, 4 de Marzo de 1835 (Daloz, núm. 1,602, 1º)