

la convención, deben, en su consecuencia, regularse por la ley bajo cuyo imperio las partes concluyeron el contrato.

Por el contrario, la donación no está en el campo de la autonomía. Se la puede llamar contrato, sólo porque el consentimiento recíproco del donante y del donatario es indispensable para dar existencia al acto jurídico; pero si por esto el acto asume el carácter de relación consensual, no puede por tal causa asimilarse á un contrato ordinario, que se halla en el campo de la autonomía de los contrayentes, y respecto al cual la autoridad de la ley reguladora puede depender de la libre sumisión de las partes mismas.

1.703. La facultad de disponer de los propios bienes á título gratuito, mediante actos *inter vivos* ó por testamento, tiene estrechos y necesarios vínculos con las relaciones de familia, y con la facultad perteneciente al padre de familia de disponer de su patrimonio, dejando á salvo los derechos de aquellos á quienes la ley reserva una parte determinada del mismo. Por lo cual la donación se encuentra, lógica y necesariamente, sometida á la ley que debe regular las disposiciones de los bienes á título gratuito, la cual desplegará su autoridad sobre todo acto de liberalidad que se ejecute por el padre de familia, ya lo verifique en virtud de testamento, ya *inter vivos*, es decir, por donación.

Es, pues, indispensable fijar como regla, que así como el testamento no puede considerarse de un modo absoluto dentro del campo de la autonomía, sino más bien ha de entenderse necesariamente sometido á la ley que debe regular la sucesión y la disponibilidad de los bienes pertenecientes al testador, así la donación también debe tenerse por sometida, en general, á la autoridad de la misma ley.

Podemos, pues, establecer como principio fundamental, que la esencia y los efectos de las donaciones, deben regularse por la misma ley que rige las sucesiones.

En efecto, la ley de cada país, en cuanto determina la legítima y la parte disponible, fija cuál es la suma de bienes de que cada uno puede disponer á título gratuito. Ahora bien, de igual suerte que al atribuir á los herederos legítimos los propios derechos respecto al patrimonio del padre de familia, limita la auto-

nomía de éste, negándole la facultad de disponer de aquella porción de bienes que constituyen la legítima, ya lo haga por testamento, ya mediante un acto entre vivos, también debe admitirse la autoridad de esta ley para decidir cuándo la donación puede existir como acto de liberalidad, y en qué casos será eficaz y tendrá fuerza jurídica como tal.

La ley del lugar donde el acto de liberalidad adquiera existencia, ó la del país donde se encuentren los bienes objeto de aquél, no pueden, en principio, desplegar su autoridad, en razón á que la formación del contrato entre el donante y el donatario, ó la situación de las cosas, no son circunstancias decisivas para determinar la competencia legislativa, en cuanto á fijar los derechos que corresponden á las personas que constituyen la familia, y á regular sus relaciones con el padre ó jefe de ella. ¿Qué interés puede tener el legislador del país donde adquirió existencia el acto jurídico, ó el del lugar donde se encuentren los bienes, en regular las relaciones entre las personas de una familia extranjera? ¿Puede, quizás, atribuírsele la competencia para determinar y proteger los derechos de los herederos legítimos y para establecer las facultades del padre de familia? ¿Acaso se puede sostener con justo criterio que la ley que regula tal materia, considerada en sí misma, tiene el carácter de estatuto real? La jurisprudencia francesa se pronuncia en favor de tal carácter de dicha ley; pero no es necesario que volvamos á poner de manifiesto que, habiendo en cuenta la naturaleza y los motivos de la ley, ha de considerarse en oposición manifiesta con los más racionales principios, sostener su carácter real en una materia que, dependiendo necesaria y directamente de los vínculos personales, debe permanecer, por consiguiente, bajo el imperio de la ley personal.

El legislador italiano ha sido indudablemente el más racional admitiendo que, así como la sucesión legítima y testamentaria y la validez intrínseca de las disposiciones de última voluntad deben regularse por la ley nacional de la persona de cuya herencia se trate, así también la esencia y los efectos de la donación deben igualmente regirse por las leyes nacionales de los disponentes. No empece que hayamos nosotros sostenido que

también en el sistema italiano la donación tiene carácter verdadero y propio de contrato; el legislador no podía por esto considerarla sometida en todo á las leyes que deben regular los contratos, supuesto que las donaciones son en realidad actos de naturaleza especial, en el sentido de que como el donante que dispone á título gratuito y sin compensación alguna, disminuye su patrimonio, y priva, por consiguiente, á sus herederos de los bienes que son objeto de su acto de liberalidad, bajo tal punto de vista las donaciones tocan directamente al derecho hereditario, y deben permanecer sometidas á la ley que ha de presidir el derecho mismo.

Afirmando, pues, en principio, que la ley misma que regula las sucesiones debe regir también la esencia y los efectos de la donación, veamos cómo esta ley debe desplegar su autoridad cuando se encuentre en concurrencia con la *lex rei sitae* ó con la *lex loci actus*, ó con la vigente en el país donde la donación ha de producir sus efectos entre partes y con relación á terceros.

1.504. Los requisitos intrínsecos de la donación, como acto entre vivos, deben determinarse en conformidad con la ley personal del disponente. Se aplicará, pues, dicha ley para determinar, ante todo, en lo que debe consistir la donación para que pueda tener su fuerza jurídica como tal.

Según el Código italiano, la donación es un contrato mediante el cual, el donante espontáneamente transfiere de un modo actual, gratuitamente, en forma de liberalidad y con carácter irrevocable, al donatario, que le acepta, un derecho patrimonial (1). La donación, pues, como acto jurídico, no puede existir, según nuestra ley, más que en virtud del mutuo consentimiento de los dos interesados. De lo que se desprende que no puede tener fuerza jurídica la promesa de donación no aceptada; y como el acto es por su naturaleza irrevocable, é implica la espoliación *actual* de la cosa donada, y su transmisión al donatario, así conforme á nuestra ley, no puede admitirse la *donatio causa mortis* (2), ni se considera eficaz la de los bienes

(1) Art. 1.050.

(2) Art. 1.050.

futuros (1), ni tampoco la que se hace bajo condición, cuya ejecución dependa sólo de la voluntad del donante (2).

Por el contrario, según las leyes de otros países, como ya hemos dicho, no está prohibido en absoluto hacer una donación que deba surtir sus efectos después de la muerte del donante (3). En tal estado de cosas, supongamos que un austriaco haga una donación á un italiano para que surta sus efectos después de la muerte del donante, y que el donatario la acepte; ¿deberá considerarse nula esta donación?

El motivo de la duda se funda en la consideración de que la ley que excluye la donación *causa mortis*, debe entenderse inspirada en motivos de orden público y moral, cuales son, principalmente, los de prevenir las sugestiones y los votos *captandae mortis*, y de favorecer la adquisición de los derechos, para cuyo goce es necesario calcular sobre la muerte. Se podría, por lo tanto, opinar que la autoridad de la ley extranjera, que permite las donaciones *causa mortis*, fuese desconocida, porque de otro modo se derogarían los principios de orden público que han obligado al legislador de nuestro país á excluir la donación *causa mortis*.

Por otra parte, también puede observarse, en sentido contrario, que las disposiciones que conciernen á la donación, en el sistema legislativo de cada país, deben entenderse fundadas en el concepto de la donación misma, según la *mens legislatoris*, y que aun reconociendo las razones de orden público que han impulsado al legislador italiano á excluir la donación *mortis causa*, admitida por el Derecho romano y por los países sujetos al derecho escrito, no se puede por ello deducir que el orden público territorial pueda quedar lesionado, si se reconoce en nuestro país la autoridad de la ley extranjera, que concede á las personas sometidas al imperio del legislador, el hacer válidamente una donación, que haya de surtir efectos después de la muerte del disponente. Cuando no se pueda sostener que están

(1) Art. 1.064.

(2) Art. 1.066.

(3) Véase el Código austriaco, art. 956.

en litigio los intereses de los terceros, no se debe desconocer la autoridad de la ley extranjera, que regula la institución de la donación con criterios diversos de los que prevalecen en la legislación italiana. La donación, que debe surtir sus efectos después de la muerte del donante, aunque se haga en forma irrevocable y se acepte por el donatario, está, en esencia, subordinada á la condición resolutoria de que el donante muera antes que el donatario, y no debe sostenerse que se pueda considerar contra el orden público territorial el reconocer, en las relaciones exclusivas entre donante y donatario, eficaz tal donación, hecha en conformidad con la ley personal del disponente. Para el caso de que se discutan los intereses de los terceros, véase á continuación el § 1.718.

En virtud de tales principios, nosotros sostenemos que la donación de que hablamos, debe considerarse válida y eficaz solamente entre las partes.

1.705. La capacidad de disponer á título gratuito por donación, debe determinarse de conformidad con la ley personal del disponente, acerca de lo cual no puede existir duda alguna. Se trata de un acto exclusivamente personal, y no puede, en realidad, desconocerse la autoridad del estatuto personal, en cuanto regula la capacidad de las personas que pueden válidamente realizar tal acto. La donación implica, no obstante, una relación contractual, en el sentido de que para perfeccionarse necesita el consentimiento del donante y del donatario. Ahora bien, no puede sostenerse que hasta la capacidad de adquirir por donación, deba regularse por la misma ley que rija la capacidad del disponente, como hemos dicho anteriormente, al tratar de las sucesiones (1). La relación consensual entre el donante y el donatario depende de la voluntad del uno y del otro, y como tal, se halla dentro del campo de la autonomía de cada uno de ellos, siendo evidente, que así como el acto de voluntad es eminentemente personal, también la capacidad jurídica para consentir eficazmente debe sujetarse, respecto de uno y otro, á su propia ley personal. Por consiguiente, claro está que teniendo

(1) Véanse los núms. 1.419 y 1.420.

en cuenta la necesidad, para perfeccionar el documento jurídico, del consentimiento recíproco de los partícipes, se debe decidir, según la ley personal de cada uno de ellos, acerca de la capacidad jurídica indispensable para prestar eficazmente el consentimiento de dar ó adquirir por donación.

Esta capacidad no está subordinada á las mismas leyes y principios que rigen la capacidad general de enajenar y adquirir. Como ya hemos dicho, la facultad de disponer de los propios bienes á título gratuito, está estrecha y necesariamente unida al derecho hereditario, y por tanto, es necesario tener presentes las normas especiales establecidas por el competente legislador, para decidir á qué individuo puede considerarse capaz de dar y adquirir por donación. Cada legislador, en consideración á la naturaleza particular del hecho jurídico de que nos ocupamos, sanciona ante todo ciertas limitaciones á la capacidad general de enajenar, y alguna vez amplía la capacidad de adquirir. Sucede, sin embargo, que la ley, reconociendo también respecto á ciertas personas la capacidad general de dar y adquirir por donación, la limita, no obstante, en consideración á las relaciones que median entre el donante y el donatario, y les prohíbe dar existencia al acto jurídico en todo ó en parte; como sucede en el caso de las donaciones entre cónyuges, respecto á los cuales, la prohibición de la ley, constituye una especie de incapacidad relativa. Resulta, pues, evidente que se necesita tener en cuenta tales reglas especiales relativas á la capacidad de dar existencia á la donación, para decidir cuándo pueden ó no las partes considerarse capaces.

En general, así como la donación está unida al derecho hereditario, la capacidad de donar se subordina á la de testar; pero teniendo en cuenta que la ley misma por que ha de determinarse la capacidad de testar, debe desplegar también su propia autoridad cuando se trate de determinar la capacidad de donar, conviene, naturalmente, no olvidar las normas especiales sancionadas por la ley expresada, cuando establezca reglas especiales respecto á la capacidad de donar, con las cuales se modifiquen las sancionadas respecto á la de testar.

El legislador italiano, por ejemplo, declara incapaces

para donar á los que lo están para testar (art. 1.052), pero no atribuye la capacidad de donar á los que están en condiciones de testar.

En efecto, niega la capacidad de donar al menor, que está autorizado para hacer testamento desde los dieciocho años (1); la niega al inhabilitado, y á la mujer casada, que puede hacer testamento (2) pero no donar sin autorización del marido (3). Respecto al incapacitado, cuando no se ha decretado su interdicción para establecer su incapacidad de testar, bastará la prueba de la enfermedad mental en el momento en que hizo el testamento; por el contrario, para la donación, cuando la incapacidad no se haya promovido antes de la muerte del donante, para impugnar el acto de la donación por falta de capacidad, es necesario que la prueba de la enfermedad resulte del acto mismo (4).

Es, pues, preciso considerar en principio, que se debe aplicar la ley personal del donante para establecer si, con arreglo á ella, se le considerará capaz de contratar, y si tiene además la capacidad especial para hacer eficazmente un acto de donación.

1.306. Este principio debería aplicarse hasta en el caso de que hubiera sido objeto de donación un inmueble existente en país extranjero; supongámoslo radicante en territorio francés. En efecto, aun cuando conforme al artículo 3.º del Código civil francés los inmuebles, incluso los pertenecientes á extranjeros, deben someterse á la ley francesa, no es posible sostener que en virtud de la máxima sancionada en tal artículo, se haya de aplicar éste á fin de decidir acerca de la capacidad del extranjero para disponer de sus bienes mediante acto entre vivos. Más bien debe considerarse que cuando la validez del acto sea contradicha por razón de la incapacidad personal de su autor, será necesario referirse, para decidir acerca de la ca-

(1) Art. 763; confr. con el art. 1.052.

(2) Arts. 762 y 763.

(3) Art. 134.

(4) Art. 337.

pacidad, á la ley personal del extranjero que realiza el acto de liberalidad.

La circunstancia de que el donante, mediante el acto entre vivos, haya dispuesto de un inmueble situado en territorio francés, no puede tener una importancia decisiva para atribuir validez al acto por él ejecutado, cuando no tenía capacidad bastante según su ley personal para realizarlo válidamente.

Suponiendo, pues, que conforme á la ley personal reguladora de las relaciones de familia, el padre lo pueda donar á su hijo, ni aun con motivo del matrimonio, más que una determinada parte de los bienes, ó que no pueda hacer la donación dispensando al donatario de la obligación de la colación, y que la donación de un extranjero se impugne por razón de nulidad, de acuerdo con el estatuto personal del disponente, no sería procedente fundarse en el artículo 3.º del Código civil francés, para sostener la validez, conforme á la ley francesa, de la donación, que debe considerarse nula por defecto de capacidad, según la ley personal del disponente. En realidad, sería un error manifiesto querer referirse en tal caso á la regla sancionada en el artículo 3.º, que no puede servir para atribuir á un extranjero una capacidad que no le corresponde, según su misma ley personal (1).

En conformidad con la misma ley, debe decidirse la controversia de si las personas jurídicas pueden ó no considerarse capaces de donar.

1.307. La capacidad de adquirir por donación, debe regularse, como ya hemos dicho, por la ley personal del individuo beneficiado. De lo que se deduce, que aun cuando en virtud de la donación, que, como hemos dicho, ha de sujetarse á la ley extranjera respecto al donante, se quiera beneficiar á una persona ó á una Corporación moral sujeta á la ley del Estado, se debe decidir, conforme á la misma ley, si el beneficiado puede ó no

(1) Tales principios fueron aplicados por la Corte de Casación de París á propósito de la validez de una donación hecha por el Conde García de la Palmera, español fallecido, á la Condesa Antonelli, su hija (sentencia de 12 de Marzo de 1881, *Journal du Dr. int. privé*, 1881, página 355).

reputarse capaz de adquirir por donación. Aplicando tal principio, se puede sostener que, aun cuando la ley personal del donante no prevea el caso de donación á favor de una persona que aun no haya nacido, dado que la donación se haga al hijo por nacer de un italiano determinado y viviente, ésta debe tenerse por eficaz, siempre que esté perfeccionada conforme á la ley del donante, en razón á que según el Código civil italiano, el hijo futuro de una persona determinada, mientras ésta viva, está considerado capaz de adquirir por donación (1).

Lo mismo debemos decir de las donaciones hechas por extranjeros á corporaciones morales existentes en el Estado, respecto á las cuales la capacidad de adquirir por donación, debe establecerse conforme á la ley de aquel en que tales organismos se hallen instituidos, y reproducimos aquí lo que sostuvimos anteriormente, á propósito de la capacidad de las corporaciones morales para adquirir por testamento (2).

1.208. Pasemos ahora á examinar si los principios expuestos deben aplicarse sin reserva para decidir sobre el valor jurídico de las donaciones entre cónyuges.

Las disposiciones del Derecho positivo no están ciertamente contestes.

Según el Derecho romano anterior á los emperadores Septimio Severo y Antonino Caracalla, las donaciones entre los cónyuges estaban prohibidas. En el año 206, á propuesta de los citados emperadores, se publicó un senado consulto, en que se establecía que dichas donaciones debían considerarse válidas, si el cónyuge donante moría perseverando en su voluntad de hacer la liberalidad (3).

No todas las legislaciones modernas han mantenido la prohi-

(1) *Argumentos del art. 1.059*, párrafo 4.º

(2) Véase el capítulo VIII, pág. 1.ª La ley italiana declara nula la donación que tenga por objeto instituir ó dotar beneficios simples, capellanías laicas, ú otras fundaciones semejantes (artículo 1.075, Cód. civ.) Es natural, pues, que se tenga por nula la donación hecha por un extranjero con tal propósito. Para la aplicación del mencionado artículo, véase Ascoli, *Delle donazioni*, cap. VII, párrafo 35.

(3) L. 32, § 2.º, Dig. *De donat. inter virum et uxorem*, cap. XXIV, § 1.º

bición. En Francia, durante el período de la revolución, las donaciones entre cónyuges se admitieron con la ley del 17 de Nivoso, año II. En Austria, dichas donaciones se consideran lícitas y sometidas á las leyes generales de las donaciones ordinarias (1).

En Germania muchas legislaciones suprimieron también la prohibición (2). El nuevo Código para el Imperio germánico no ha sancionado la prohibición de un modo expreso, y por lo tanto, las donaciones entre los cónyuges no se pueden considerar eliminadas. El Código francés modificó la legislación vigente en la época de la revolución, y sancionó en el artículo 1.096 un principio casi conforme con el del Derecho romano después de los dos mencionados emperadores, disponiendo que las donaciones hechas entre cónyuges durante su matrimonio, son siempre revocables, y que la mujer puede revocar la donación hecha á su marido sin necesidad de autorización del mismo ni del Tribunal. En virtud de considerar el legislador francés válida la donación, salvo solamente el derecho del donante, de revocarla, mantiene como eficaz la donación, hasta en el caso de que fallezca antes el donatario, siempre que el donante no se haya valido de su derecho de revocarla. Con todo, la regla de la ley francesa no está absolutamente de acuerdo con la del Derecho romano, que consideraba válida la donación no convalidada, si el donante moría sin revocarla.

De opuesto modo, el Código italiano, siguiendo en esto al Albertino (art. 1.186), sanciona decididamente la prohibición en el artículo 1.054, diciendo en forma absoluta y prohibitiva, «que los cónyuges no pueden, durante el matrimonio, hacerse el uno al otro liberalidad alguna, á no ser mediante actos de última voluntad, en la forma y según las reglas establecidas para los mismos».

Conviene advertir que tal prohibición no establece en verdad una incapacidad relativa, sino que más bien se refiere al contenido del acto jurídico; y, teniendo en cuenta las razones que la

(1) Código civil austriaco, art. 1.246.

(2) Confr. el *Diritto generale, territoriale prussiano*, II, 1, § 310-313.

motivaron, debe considerarse inspirada en principios de orden público y moral. En los trabajos preparatorios de nuestro Código civil se dijo, en efecto, que las liberalidades entre los cónyuges mediante actos *inter vivos*, debían desterrarse, porque podían ser resultado de seducciones que quitasen al acto el carácter de espontaneidad y de libertad (1).

En tal estado de cosas, ¿cómo debe determinarse la autoridad de la ley que concierne al valor jurídico de las donaciones de que tratamos?

Considerando los motivos en que se funda la sanción de la prohibición, ¿debe atribuírsele á la ley el carácter que tiene todo estatuto real?

Tal duda puede nacer en virtud de los principios generales que corresponden al estatuto real, y en el sistema de nuestra legislación, la duda se aumenta con mayor motivo, por la disposición sancionada en el artículo 12 del título preliminar, que dice que no puede atribuirse autoridad á las leyes extranjeras, en cuanto deroguen las *prohibitivas* del reino que se refieren á las personas ó á los actos, ó que atienden de cualquier manera al orden público.

Nosotros hemos expuesto anteriormente cómo se debe interpretar, á nuestro modo de ver, la regla limitativa sancionada en el artículo 12 del título preliminar de nuestro Código civil (2), y que la controversia de la autoridad territorial de la ley, debe resolverse según los principios más justos del Derecho internacional privado. Recordando ahora lo que dijimos, sostenemos que no se puede atribuir autoridad de estatuto real á la máxima sancionada en el artículo 1.054 de nuestro Código civil, aun cuando esté expresada en forma prohibitiva, y lo mismo decimos de las disposiciones de las otras leyes que se refieren á la donación entre los cónyuges, ya se expresen en forma prohibitiva, ó en forma facultativa, como lo hace el artículo 1.096 del Código francés.

A nuestro modo de ver, la eficacia ó ineficacia de las dona-

(1) Véase la *Relazione* del Ministro Pisanelli, núm. 132.

(2) Véase § 1.331 á 1.336.

ciones entre los cónyuges, debe determinarse ateniéndose á la ley que ha de regular las relaciones de familia. La licitud ó ilicitud de la donación durante el matrimonio, depende, en efecto, de los criterios aceptados por el legislador para mantener á salvo en la sociedad conyugal el orden, el respeto recíproco y el sentimiento de la dignidad. Puede muy bien ocurrir, que en un país, como sucede en el nuestro, el legislador haya creído ver un aliciente á la seducción y una especie de eventual conflicto de intereses entre los cónyuges, favoreciendo los actos de liberalidad entre los mismos, durante el matrimonio; y nos atrevemos á afirmar que para mantener incólumes las costumbres, el nivel de la cultura de la mujer, el desenvolvimiento actual del sentimiento de la dignidad, y otras circunstancias, es un sistema muy sabio el de la prohibición de las donaciones entre los cónyuges, con la sana intención de mantener de este modo bien ordenada á la sociedad italiana. Sin embargo, esto no quita que los legisladores de los demás países, teniendo también en cuenta los mismos criterios y las diversas circunstancias históricas y morales, no hayan podido menos de estimar que se debían permitir más bien que vedar los actos de liberalidad entre los cónyuges, considerando que de esta manera no se incurría en el peligro de inducir á explotar, mediante la seducción, los más nobles afectos.

Mirando á fondo las cosas, no se puede, en realidad, negar, que las disposiciones sancionadas por el legislador de este ó del otro país, se han inspirado en altas razones de interés moral; pero, no obstante esto, se puede, en buen derecho, negar que las disposiciones dictadas para mantener rectamente ordenada la sociedad conyugal nacional, deban desplegar su autoridad con relación á las familias extranjeras. ¿Qué interés tiene el soberano italiano en sostener con firmeza la prohibición sancionada en el artículo 1.054, respecto á dos cónyuges austriacos? ¿Qué le importa que la prohibición se encuentre sancionada en dicho artículo de un modo absoluto y prohibitivo? Absoluta y prohibitiva se considerará la limitación respecto á los cónyuges italianos, pero no debe admitirse que despliegue su autoridad respecto á la familia extranjera, ni que considere nula la donación que