

No insistimos en estas dificultades, porque son de pura teoría y porque la práctica las ignora. La pretendida presunción que nosotros desechamos, se traduce en hechos, es un convenio tácito que impone al donatario la obligación de pagar las deudas. Tal es la verdadera solución de la cuestión. Que si no hay convenio, los bienes donados deben entregarse al donatario sin ninguna deducción.

*SECCION VI.—De la irrevocabilidad de las donaciones.*

§ I. PRINCIPIO.

*Núm. 1. Donar no equivale á retener.*

407. Al tratar de la irrevocabilidad de las donaciones, Pothier dice: "Es el carácter esencial y distintivo de la donación entre vivos, el ser irrevocable; porque esto es lo que la distingue de la donación por causa de muerte, de donde se sigue que todo lo que sostiene esa irrevocabilidad, es un vicio que anula la donación entre vivos, porque destruye su causa. (1)" El código Napoleón consagra esta doctrina; la definición de la donación, dice que el donador, se despoja actual é irrevocablemente de la cosa donada (art. 894); y el artículo 944 reproduce el tiup adagio del derecho francés, *no son equivalentes donar y retener*, explicándolo. "Toda donación entre vivos hecha con condiciones cuya ejecución depende de la voluntad sola del donador, será nula."

Que la irrevocabilidad es uno de los caracteres distintivos de la donación no puede ponerse en duda, supuesto que la ley lo decide. Sin embargo, reina grande incertidumbre en la doctrina sobre el sentido y el alcance de este principio. La tradición misma deja alguna duda. Cuando Pothier habla de la irrevocabilidad de las donaciones,

1 Pothier, *Tratado de las donaciones entre vivos*, núm. 79.

compara siempre la donación entre vivos á la donación por causa de muerte; sucede lo mismo con Domat. (1) En nuestro derecho moderno, ya no hay donaciones por causa de muerte; por lo mismo, la distinción entre esta donación y la donación entre vivos, carece de interés para nosotros; lo que nos interesa, es el saber en qué difiere la donación, bajo el punto de vista de la irrevocabilidad, de los contratos ordinarios. Ahora bien, acerca de este punto los autores no están de acuerdo. Los hay que consideran el artículo 944 como la aplicación de los artículos 1,170 y 1,774, es decir, que la donación sería nula, como todo contrato, cuando se hace bajo una condición potestativa de parte del donador; y se entiende, por condición potestativa, la que hace depender el convenio de un suceso que está en poder del deudor y hace que llegue á impedirlo. (2) Esta opinión debe desecharse, porque está en oposición con el texto mismo de la ley. De esto resulta, en efecto, que no hay ninguna diferencia entre la donación y los demás contratos. Todos los convenios son irrevocables, supuesto que hacen veces de ley á los que los han celebrado; por esto es que, no pueden ser contraídos bajo una condición potestativa por parte del que se obliga, porque no es obligarse el hacerlo cuando uno quiere. Si se entiende la irrevocabilidad en este sentido, era inútil hablar de ella, puesto que así se desprendía que la donación, así como todo otro contrato, no puede depender de la voluntad del que se obliga. Si el legislador ha creído deber decir, en la disposición misma de la donación, cuál es irrevocable, es porque es de la opi-

1 Pothier, *Introducción á la costumbre de Orleans*, tít. 15, núm. 18: "Siendo la irrevocabilidad el carácter esencial de las donaciones entre vivos, lo que la distingue de las donaciones por causa de muerte." Compárese Domat, *De las leyes civiles*, pág. 109, tít. 10; *De las donaciones entre vivos*.

2 Vazeille, t. 2º, pág. 284, artículo 944, núm. 1; Coin-Delisle, página 245, art. 944, núm. 1.

nión de Pothier, de que la irrevocabilidad es un carácter esencial de las donaciones.

408. Queda por precisar lo que quiere decir la irrevocabilidad. El artículo 944 no hace más que reproducir el adagio: *no equivalen donar y retener*. Supuesto que trata de un principio tradicional lo que debe interrogarse es la tradición. Pothier dice que es fácil percibir la razón por la cual nuestro derecho requiere la irrevocabilidad para la validez de la donación. Vamos á escucharlo; sus palabras son de consideración y merecen transcribirse. “El espíritu de nuestro derecho francés se inclina á que los bienes permanezcan en las familias y pasen á los herederos; las disposiciones de las costumbres sobre los propios y sobre las reservas consuetudinarias, lo dan bastante á conocer. Con esta mira, como se podía despojar justamente á los particulares del derecho que cada uno tiene naturalmente para disponer de lo que le pertenece, y por consiguiente, de donar entre vivos, nuestras leyes han juzgado á propósito, conservando este derecho á los particulares, *poner, sin embargo, un precio que les dificulte su ejercicio*. Por esto es, que han ordenado que ninguno pudiese válidamente donar, que no se despojase, desde la época de la donación de la cosa donada, y que no se privase para siempre de la facultad de disponer de ella, *á fin de que el natural afecto á lo que se posee y la aversión que se tiene al despojamiento, desviara á los particulares de donar.*” (1)

Así es, que la irrevocabilidad es una traba; luego debe entenderse en el sentido de que restringe la facultad de disponer de sus bienes á título gratuito. He aquí una diferencia capital entre la donación y la venta. Muy lejos de coartar la libre circulación de los bienes, el legislador la favorece, y tal es la base de nuestro orden económico. Queremos por ver en qué consiste la traba al derecho de dis-

1 Pothier, *De las donaciones entre vivos*, núm. 65.

poner que resulta de la irrevocabilidad. En el antiguo derecho, la respuesta era fácil; la costumbre de París daba la explicación de la máxima: *no es válido donar y retener*. “Es donar y retener cuando el donador se ha reservado el poder de despojar libremente de la cosa por él donada, ó que permanece en posesión hasta el día de su fallecimiento (art. 274).” La primera parte de su definición es evidente; el código la reproduce en el artículo 946, que más tarde explicaremos; la segunda parte, la concerniente á la necesidad de la tradición, ya no se aplica en nuestro derecho moderno, porque no se exige ya el traslado de la propiedad, ni en la donación ni en la venta (art. 938); ya hemos expuesto esta gran innovación (núm. 321), en lo concerniente á las donaciones entre vivos.

409. En definitiva, la historia, á la vez que nos explica el espíritu de la máxima consuetudinaria: *Donar y retener no es válido*, no nos enseña qué diferencia jurídica establece esta regla entre la donación y los contratos á título oneroso. La dificultad reside en la naturaleza de las condiciones que pueden fijarse á las diversas especies de contratos. Ninguna diferencia existe respecto á las condiciones puramente potestativas, tales como las define el artículo 1,170; éstas repugnan á la esencia de todo contrato, supuesto que destruyen el lazo del derecho, sin el cual no haya obligación (1). Pero existen otras condiciones potestativas, que el código llama mixtas y que define de este modo: “La condición *mixta* es la que depende á la vez de la voluntad de una de las partes contrayentes y de la voluntad de un tercero;” y hay que añadir de la casualidad; porque ésta, más que la voluntad de un tercero, hace que la condición cese de ser potestativa en el sentido del artículo 1,170. Así, pues, la cuestión está en saber si los convenios pueden

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 205.

hacerse bajo una condición potestativa mixta. El artículo 1,174 la decide para los contratos á título oneroso; él no anula más que las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa por parte del que se obliga; y en el lenguaje del código, la condición mixta no es una condición potestativa (arts. 1,171 y 1,170). ¿Sucede lo mismo con las donaciones?

El texto del artículo 944 deja alguna duda; parece que no anula la donación sino cuando se hace bajo una condición que depende de la *sóla voluntad* del donador, es decir, de una condición puramente potestativa. Si se entiende el artículo 944 en este sentido, no queda ninguna diferencia entre la donación y la venta; y esto acabamos de ver que es inadmisibile. La ley recibe, además, otra interpretación; puede también significar que la donación es nula desde el momento en que depende, sea por lo que fuere, de la voluntad del donador, lo que excluye la condición potestativa, mixta en las donaciones. Esta interpretación rigurosa está en armonía con el espíritu tradicional del derecho francés: equivale á donar y retener el poder, ayudando en ello la casualidad ó la voluntad de un tercero, revocar la donación. ¿Se dirá que nuestra explicación no tiene fundamento racional? De buena gana lo confesamos; bajo el punto de vista de los principios, no hay diferencia entre la donación y los contratos ordinarios. Pero la regla, *No es válido donar y retener*, es tradicional; luego por la tradición tiene que interpretarse; y la tradición exige evidentemente una interpretación restrictiva, y hasta hostil á las donaciones. Esto nos parece decisivo. Hemos citado las palabras de Pothier; he aquí la consecuencia que él deduce de ellas: "Toda cláusula que deja al donador el poder de destruir ó de alterar el efecto de su donación la vuelve nula." Y Ferrière es igualmente explícito: "Se presume que un donador dona y retiene cuando, por alguna cláusula con-

tenida en el contrato de donación, puede directa ó indirectamente revocar y volver inútil la donación que hubiese hecho (1)."

410. El artículo 944 pronuncia la nulidad de la donación cuando se hace con una condición que depende de la sólo voluntad del donador. Esto es una consecuencia de la importancia extrema que el derecho francés da á la irrevocabilidad de las donaciones; es el alma de la donación entre vivos, dice Ricard, y lo que la constituye como tal (2). Aun cuando el donador no haya hecho uso de la cláusula que le permite retener lo que ha donado, no por eso la donación dejará de ser nula, porque se haya viciada en su esencia. El artículo 946 lo dice, de la cláusula por la cual el donador se ha reservado la libertad de disponer de un efecto comprendido en la donación; el mismo principio se aplica á toda cláusula que vuelve revocable la donación.

Y esto es así aun cuando la donación se hubiese encubierto bajo la forma de un acto oneroso. Al dispensar al donador de la observancia de las solemnidades prescritas por la ley, la jurisprudencia no ha podido eximir á la donación encubierta, de una condición que dimana de la naturaleza de las donaciones y que es el alma de éstas, según la expresión de Ricard. La corte de casación ha mantenido sin embargo una donación encubierta que, en la intención del donador, era esencialmente revocable. Al fallecimiento de una persona, se encuentra en sus papeles, entre las hojas de un testamento, un escrito por el cual reconoce que debe á su criada una suma de 20,000 fran-

1 Pothier, *Introducción á la costumbre de Orleans*, t. 15, núm. 18; Ferrière, *Comentario sobre la costumbre de Paris*, artículo 274 (t. 3º, pág. 1.245). Compárese Aubry y Rau, t. 6º, pág. 65 y nota 76, párrafo 696; Marcadé, t. 3º, págs. 592 y siguientes, núm. 1 del artículo 944. En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 404, núm. 420.

2 Ricard, *De las donaciones*, 1º parte, núm. 900 (t. 1º, pág. 230).

cos. La corte de Grenoble validó esa liberalidad, y su decisión fue confirmada por una sentencia de denegada apelación (1). La corte de casación se limita á decir que la ley autoriza las liberalidades encubiertas; que, en este caso, la donación, para que sea válida, no está sujeta más que á las formas exigidas para el contrato bajo el cual ella está encubierta. Sin duda que sí; la liberalidad era válida en la forma, según la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Pero no es esa la cuestión. La sentencia comprobaba que el difunto había permanecido siempre en posesión del billete, porque él no había querido crear un título definitivo en favor de la legataria, y porque en el momento en que él lo subscribió, no pretendía obligarse de una manera irrevocable, que se reservaba el poder de nulificarlo si tenía que quejarse de la criada. Esta es ciertamente una liberalidad revocable, es decir, nula. Lo que ha inducido al error á la corte de Grenoble, es que ella ha apreciado el escrito como un acto oneroso; el difunto quería, dice ella, que la conservación del billete fuese la prueba de que él mantenía su obligación. Y, ¿cómo es que la corte puede hablar del *mantenimiento de una obligación* cuando ella misma hace constar que no hay ninguna? Era, pues, preciso aplicar los principios que rigen las donaciones; y, ¿puede haber una donación, cuando el donador se reserva revocarla?

*Núm. 2. Aplicación.*

411. Hay aplicaciones que no son dudosas, por más que el debate se haya llevado ante los tribunales. La corte de Bruselas ha fallado en varias ocasiones que la donación puede hacerse con condición de la supervivencia del donatario. (2) Ella dice muy bien, que semejante donación se

1 Denegada, 6 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1854, 1, 411).

2 Bruselas, 5 de Marzo de 1829 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,369 y (*Pasicrisia*, 1829; pág. 86) y denegada de la corte de ca-

hace con condición suspensiva; ahora bien, la donación puede ser condicional, con tal que la condición no dependa de la voluntad del donador, y ¿debe añadirse que la supervivencia del donatario es una condición esencial? Lo que hace que se engañen las personas extrañas á los estudios jurídicos, es que el donador conserva la propiedad y el goce de los bienes donados; parece pues, que no se despoja actual é irrevocablemente, como lo quiere el artículo 894. El error es palpable. El donador se despoja realmente, supuesto que el donatario tiene un derecho irrevocable á la cosa; sólo que este derecho depende de la condición de supervivencia. (1)

No debe confundirse la condición de supervivencia con la cláusula por la cual el donador se reserva hasta su fallecimiento la propiedad y el usufructo de los bienes donados. El donador sigue siendo propietario en virtud de esta cláusula, luego tiene derecho á disponer de la cosa; puede pues, decirse de él, que dona y que retiene: y donar y retener no es válido. La corte de Bastia había considerado esta cláusula como equivalente á la condición de supervivencia, ella quizás tenía razón de hecho, bajo el punto de vista de la voluntad del deudor, pero la escritura, tal como estaba redactada, mantenía el derecho de propiedad del donador hasta su fallecimiento, luego éste no se despojaba actual é irrevocablemente, como lo quiere el artículo 894: ¿Se dirá que en la donación con condición de supervivencia, el donador conserva también la propiedad y el goce hasta su muerte? Si, pero con condición de que el donatario no sobreviva. Así pues, es grande la diferencia entre las dos hipótesis. En la donación condicio-

sación de Bélgica, 27 de Marzo de 1833 (Dalloz, núm. 1,360, y (*Pasicrisia*, 1833, 1, 70).

1 Compárese Tolosa, 29 de Diciembre de 1825 (Dalloz, núm. 709), y Lyon, 13 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 219); Duranton, t. 8º, pág. 539, núm. 480; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 63 y nota 3.

nal, si el donatario sobrevive, los actos de disposición hechos por el donador vienen por tierra; mientras que si el donador se ha reservado la propiedad, puede disponer, y si dispone, aun cuando sea por acto de última voluntad, la donación se vuelve caduca; es decir, que es irrevocable, y, por lo tanto, nula. La sentencia de la corte de Bastia fué casada. (1)

412. Pothier dice que la promesa hecha con la condición de que yo vaya á París, es válida. Esta decisión es conforme á la doctrina que acabamos de enseñar, fundándonos en la autoridad de Pothier. El cumplimiento de la condición no depende enteramente á la voluntad del que se ha comprometido; él está ligado, porque no puede dispensarse de ejecutar su compromiso sino dispensándose de ir á París. Luego hay un lazo de derecho, y, por lo tanto, una obligación. Pero si se hace una donación bajo semejante condición, habría que decidir cuál es nula, porque ella depende en parte de la voluntad del donador, ahora bien, que de él dependa hacer inútil la donación para que ésta sea nula, en virtud de la máxima de que no es válido donar y retener. (2)

Por aplicación de los mismos principios, debe decidirse que la donación sería nula si estuviese hecha con la condición; si me caso ó si no me caso. Esta última condición únicamente de la voluntad del donador: luego puede invocarse la letra del artículo 944, así como los artículos 1,170 y 1,174. La condición, si yo me caso no está en el poder del solo donador, supuesto que el matrimonio exige dos consentimientos; sin embargo, como el mayor número de veces el donador puede casarse si quiere, puede

1 Casación, 6 de Julio de 1863 (Daloz, 1863, 1, 286).

2 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 48; Duranton, t. 8º, página 529, núm. 477.

decirse que él dona y que retiene, y, que por lo tanto, la donación es nula. (1)

Hay acerca de esta cuestión de aplicación, como acerca del principio mismo, grande incertidumbre en la doctrina. Toullier objeta los términos del artículo 944, y la definición que da el artículo 1,171 de la condición mixta, es decir, que aplica el derecho común en una materia en que una tradición secular, mantenida por el código Napoleón, deroga los principios generales. Verdad es que el código se aparta de la sencillez del derecho natural; pero el derecho natural no entra en juego en una materia que es toda de derecho positivo. (2) La opinión de Toullier debe desecharse, por el hecho sólo de que no está en armonía con los verdaderos principios.

Nuestra opinión está consagrada por una sentencia de la corte de Orleans. La corte establece con claridad la distinción entre los contratos á título oneroso y las donaciones. Los contratos onerosos son válidos desde el momento en que existe el vínculo de derecho, por más que el efecto del convenio dependa en parte, de la voluntad de la parte obligada; mientras que en las donaciones el vínculo del derecho no es suficiente, se necesita, además, como dice Pothier, que el donador no tenga el derecho de destruir ó de alterar el efecto de la donación. La sentencia aplica estos principios al caso siguiente: Uno de los esposos, hace á los hijos del otro, nacidos de un precedente matrimonio, una donación, añadiendo: *por la sola condición del matrimonio proyectado*. Luego la donadora estaba en la inteligencia de subordinar el mantenimiento de la donación á la celebración del matrimonio que ella proyectaba; Ahora bien, ciertamente que estaba en su poder realizar ó impe-

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 48; Duranton, t. 8º, pág. 529, núm. 477.

2 Toullier, t. 3º, pág. 163, núms. 272 y 273.

dir dicha celebración, luego el efecto de la donación dependía de su voluntad; ella donaba y retenía, y no es válido donar y retener. (1)

§ II. DE LA DONACIÓN DE BIENES FUTUROS.

Núm. 1. Donaciones generales.

413. El artículo 943 dice: "La donación entre vivos no podrá comprender más que los bienes *presentes* del donador; si comprende *bienes futuros*, será nula á este respecto." ¿Por qué el donador no puede disponer de sus bienes futuros? Esto es una consecuencia de la irrevocabilidad de las donaciones. Siendo libre el donador, dice Pothier, para adquirir ó nó bienes, permanecería en su libertad para dar ó no efecto á la donación; lo que es contrario á la máxima fundamental de que donar y retener no es válido. (2)

414. ¿Qué se entiende por *bienes presentes* y por *bienes futuros*? En una materia enteramente tradicional, hay que remontarse á la tradición. La ordenanza de 1,731 decía en su artículo 15, que la condición no podía comprender más que los bienes que pertenecían al donador en el momento de la donación; en seguida, añadía: "Prohibamos hacer de hoy en adelante, ningunas donaciones de bienes presentes y futuros." Así es que por bienes futuros se entiende, en esta materia, los bienes que no pertenecen al donador en la época de la donación. Furgole explica la definición; vamos á transcribir sus palabras, que son el mejor comentario del código." Cuando los bienes no están en poder del donador y cuando no tiene ningún derecho, ni ninguna acción pura ó condicional para pretenderlos ó esperarlos, es el verdadero caso de los bienes futuros, de los cuales no pueden hacerse donaciones fuera del contrato de matrimo-

1 Orleans, 17 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203).

2 Pothier, *De las donaciones entre vivos*, núm. 80.

nio. Y si se trata de un derecho adquirido al donador, ó de una donación que le compete, ó que pueda competirle en el evento de alguna condición, que puede tener un efecto retroactivo hasta el día de la escritura que establece el derecho ó la acción, esto no es un bien futuro; y la donación que comprendiese semejante acción ó semejante derecho, no sería nulo por haberse hecho con un bien futuro; ella sería de un bien presente, es decir del derecho ó de la acción. (1)"

415. Es fácil la aplicación del principio definido de esa manera. Los bienes que el donador adquiriera después de la perfección de la donación, son esencialmente bienes futuros. Poco importa el título de la adquisición. Cuando es por contrato la cosa, es evidente. Aun cuando fuese por sucesión ó testamento, los bienes de la herencia futura no pueden ser objeto de una donación. Es verdad que el heredero presuntivo tiene una esperanza; y hasta puede suceder que dicha esperanza no se pueda arrebatar si él es reservatario; sin embargo, los bienes que él adquiriera como heredero ó legatario, son bienes futuros; porque la esperanza no le da ninguna acción, ningún derecho actual, ni condicional; puede serle arrebatada por un cambio de voluntad si se trata de un testamento, ó por una ley nueva si se trata de una sucesión *ab-intestato*; ó aquel de quien es heredero presuntivo puede disipar todos los bienes y no dejar por herencia más que deudas. Los bienes que el donador adquiriera, no le pertenecerán sino cuando haga la adquisición de ellos; luego éstos son bienes futuros, según los términos de la ordenanza y según la explicación de Furgole.

1 Furgole sobre el art. 15 de la ordenanza de 1731 (*Obras*, t. 5º, pag. 125).