

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).

416. La donación de los frutos por nacer de un predio del cual es propietario el donador, usufructuario ó arrendatario, es una donación de bienes presentes. Verdad es, que al verificarse la donación, los frutos todavía no existen; en este concepto son bienes futuros; pero el donador tiene un derecho sobre dichos frutos si nacen; ahora bien, basta que haya un derecho condicional para que los bienes le pertenezcan, porque los derechos condicionales son en nuestro dominio lo que los derechos lisos y llanos.

La aplicación de estos principios ha dado lugar á ligeras dificultades que se han llevado hasta la corte de casación. El donador se reserva el usufructo del bien que dona, y atribuye al donatario el derecho á los arrendamientos del año en el cual llegue á fallecer. En principio, los frutos pertenecen al propietario cuando el usufructo está separado de la propiedad; el usufructuario hace suyos los frutos por la separación si se trata de frutos naturales, por su trueque diario si se trata de frutos civiles. Luego si se arriendan los bienes donados, los arrendamientos pertenecen al donador usufructuario día á día; nada le impide que disponga de tal derecho supuesto que está en su dominio. Y si él hubiera dispuesto en provecho del donatario de la cosecha que se halla en pie á su fallecimiento, él no había donado realmente nada, supuesto que dicha cosecha pertenece de derecho al donatario, propietario del predio. Así fué fallado por la corte de casación: (1)

417. ¿La donación de bienes presentes y futuros es nula por el todo, ó solamente por los bienes futuros? En este punto, el código deroga la ordenanza de 1731; el artículo 15 anulaba la donación misma para los bienes presentes, y

1 Véanse las sentencias en Daloz, "Disposiciones," números 1,340 y 1,341 y en la palabra *Minoría*, núm. 766 y una requisitoria de Merlin. Cuestiones de derecho, en la palabra *Donaciones*, párrafo 4º, núm. 1 (t. 6º, pág. 20).

hasta cuando el donatario hubiese sido puesto en posesión de dichos bienes en vida del donador. La ordenanza derogaba la jurisprudencia que estaba conforme con la doctrina consagrada por el código Napoleón. La dificultad está en saber si la donación de bienes presentes y futuros es divisible ó indivisible. Pothier dice que está en el espíritu de la irrevocabilidad el considerar la donación como indivisible y el gravarla con nulidad por el todo. En efecto, la donación de bienes presentes y futuros contiene en sí la obligación de pagar todas las deudas que el donador contraiga; luego peca por la falta de irrevocabilidad, supuesto que el donador, al reservarse la libertad de hacer pesar sobre su donatario las deudas que el contraiga, con esto se reserva indirectamente la libertad de nulificar la donación de los bienes hasta de los presentes, contrayendo deudas que observan todo su patrimonio. (1) Esto es muy jurídico; el donador se reserva la facultad de revocar indirectamente su donación, él dona y retiene; luego es nula la donación.

Pero la cuestión tiene además otra faz. ¿No debe tenerse en cuenta, ante todo, la voluntad del donador? El dona lo que no tiene derecho de donar, sus bienes futuros; pero el tiene derecho á donar sus bienes presentes. ¿Por qué no había de mantenerse la donación para los bienes de que podía disponer el donador? Si él dijera: "Dono mis bienes presentes y futuros, pero si la donación no puede mantenerse para los bienes futuros, la reduzco á los presentes;" ciertamente que entonces la donación sería válida. Ahora bien, tal es la intención probable del donador; el que quiere donar lo más, entiende en verdad que da lo menos. Los autores del código, que se atienen más á la equidad que al rigor del derecho, han consagrado la doctrina que corresponde mejor á la voluntad del donador.

1 Pothier, "De las donaciones entre vivos," núms. 80 y 81,

¿Quiere decir esto que la donación de los bienes presentes y futuros sea necesariamente divisible? La negativa nos parece clara. Todo lo que resulta del artículo 943, es que los autores del código han reemplazado la presunción de indivisibilidad por la presunción de divisibilidad; así es como el orador del gobierno explica la ley. "En la ordenanza de 1731, dice él, se había declarado nula hasta por los bienes presentes, la donación que comprendía los bienes presentes y futuros, porque se consideraban estas disposiciones como indivisibles, á menos que fuese reconocida la intención contraria del donador. Más natural es presumir que el donador de bienes presentes y futuros, no tiene la intención de disponer de una manera indivisible; la donación no será nula sino respecto de los bienes futuros." (1) Luego esta es una cuestión de intención, como lo enseñaba Ricard (2); solamente la ley presume que la donación es divisible, salvo que la parte interesada prube la intención contraria. Bigot-Préameneu admite que la prueba contraria á la presunción de indivisibilidad era admitida en el antiguo derecho; luego se debe también admitirla contra la presunción de divisibilidad consagrada por el código civil. Esto por otra parte, se halla en armonía con los principios que rigen las presunciones legales, que admiten la prueba contraria, salvo en los casos exceptuados por el artículo 1,352; ahora bien, la presunción de divisibilidad nada tiene de común con dichas excepciones. Luego se vuelve á entrar á la regla, y por consiguiente, las partes interesadas podrán probar que, en la intención del donador, la donación era indivisible.

1 Bigot-Préameneu, Exposición de motivos, núm. 46 (Loaré, tomo 5º, pág. 327).

2 Ricard, "De las donaciones," 1ª parte, núms. 1,024 y siguientes (t. 1º. pág. 260).

*Núm. 2. De la donación pagadera al fallecimiento del donador.*

418. Según los términos del artículo 894, el donador debe despojarse actual y virtualmente de la cosa donada. El despojamiento del donador debe, pues, ser actual; y el donatario debe ser investido de la cosa donada, en el momento de la donación. Esto no quiere decir que el donador debe inmediatamente ejecutar la donación; basta que él transfiera el derecho á la cosa en el momento de la donación; la entrega puede hacerse en cualquier momento. Así, pues, la donación puede hacerse á plazo, y éste puede ser la muerte del donador. Cuando la donación tiene por objeto un cuerpo cierto, esto no tiene duda alguna; el donatario adquiere su propiedad desde el momento en que se perfecciona la donación; luego está investido actual é irrevocablemente. (1) ¿Sucede lo mismo si la donación comprende una suma de dinero? La cuestión está muy controvertida, y reina una verdadera anarquía en la doctrina, y la jurisprudencia también está vacilante.

419. En teoría, si se hace abstracción de la tradición, la solución no sería dudosa. Yo dono mil francos pagaderos á mi fallecimiento; el donatario tiene desde el instante mismo de la donación, un derecho á una suma de mil francos; dicho derecho está en su dominio, puede disponer de él; él lo transmite á sus herederos, el donador no puede quitárselos, luego él está actual é irrevocablemente despojado, y por lo tanto, es válida la donación. Esto se funda también en la razón. ¿Qué importa la naturaleza de la cosa donada, que sea una suma de dinero, ó un cuerpo cierto? En uno y otro caso, el donador transmite un derecho de donatario, derecho actual é irrevocable. Luego se está

1 Coin-Delisle, artículo 943, núm. 6, pág. 241.

dentro de los términos como dentro del espíritu del artículo 894.

Tal es la decisión de la cuestión conforme á los principios. Pero ya hemos hecho notar que en la materia de la irrevocabilidad de las donaciones, es muy eventual apoyarse en los principios; casi se podría afirmar que una opinión que está en armonía con los principios está en oposición con la regla de la irrevocabilidad, porque la regla *Donar y retener no es válida* es precisamente una derogación de los verdaderos principios. Luego hay que prescindir de la teoría, para ceñirse al espíritu tradicional del derecho francés. Colocada en este terreno, creemos que la cuestión debe recibir otra solución. Recordamos las palabras de Pothier y de Ferrière que acabamos de citar (núm. 409). Basta, dice Pothier, que una cláusula deje al donatario el poder de destruir ó de alterar el efecto de su liberalidad, para que sea nula la donación. Ahora bien, si yo dono mil francos pagaderos á mi fallecimiento ¿no estará en mi poder destruir el efecto de mi liberalidad ó alterarlo? Bástame disipar mi patrimonio, y la liberalidad quedará destruida ó alterada: en lugar de una suma de mil francos, el donatario tendrá una acción contra una sucesión insolvente. No obstante, Ferrière nos dice que el donador no puede, ni aun indirectamente, volver *inútil* la donación que ha hecho, y ¿no la vuelve inútil si no deja bienes? El que dona una suma pagadera á su fallecimiento dona, pues, con facultad de reducir á la nada su donación, y ¿no es esto donar y retener. (1)

Es preciso, hemos dicho, atenerse á la tradición. Se la invoca también para la opinión contraria; luego debemos insistir en ella. ¿Qué dice Pothier, el guía habitual de los autores del código? "Cuando alguno me hace donación de

1 Championeri y Ricard, *Tratado de los derechos de registro*, t. 2º, núms. 1,546 y 1,547, pág. 475, y t. 3º, núm. 2,201, pág. 334.

una cierta suma, pagadera únicamente después de su muerte, por lo cual se constituye deudor conmigo; pienso que la donación es válida y que debo considerarme suficientemente puesto en posesión de la cosa donada, por la escritura misma de donación, por la cual soy constituido, de una manera irrevocable, acreedor del crédito que se me dona, y por la cláusula de despojamiento por la cual el donador se despoja á mi respecto, de sus bienes, hasta la debida concurrencia, gravándolos con esa deuda á mi respecto." (1) Pothier comienza por exponer los principios tal como nosotros lo hemos hecho; pero no se conforma con esto, sino que exige, para la validez de la donación, una cláusula de despojamiento; quiere que el donador se despoje en provecho del donatario de sus bienes, hasta debida concurrencia, y con esto entiende que los bienes quedan gravados con dicha deuda hacia el donatario. ¿Por qué se agregan estas restricciones? La cosa es evidente; estas máximas estaban ordenadas por la máxima *donar y retener no es válido*. Había que garantizar al donatario contra el poder que el donador tiene de disponer de sus bienes y de destruir la donación ó alterarla. Sólo mediante el despojamiento de los bienes hasta la concurrencia de la suma donada, la donación se hacía válida asegurando al donatario contra toda revocación indirecta. Sin el despojamiento, la donación era nula, supuesto que dejaba al donador el poder de reducirla á la validez. Dícese que no debe verse en estas palabras de Pothier más que imperfecciones de lenguaje. (2) Esto no es serio; Pothier es fiel á los principios tradicionales del derecho francés; exige formalmente que el donador se despoje de sus

1 Pothier, "Introducción al tít. 15 de la costumbre de Orleans," núm. 24.

2 Demolombe, t. 20, pág. 270, núm. 392.

bienes hasta debida concurrencia; este despojamiento es lo único que valida la donación.

Ricard es del mismo parecer. Al tratar de la donación de los bienes futuros, asienta este principio restrictivo, que el donador no debe tener la libertad de hacer inútil la donación; de esto concluye que las donaciones para ser irrevocables, deben estar compuestas de cosas ciertas. Esto es suficiente para decidir la cuestión que estamos discutiendo. La suma de dinero que el donador promete al donatario es cierta, en el sentido que se halla escrita en el contrato; es incierta, en el sentido de que ella no da al donatario un derecho cierto, al abrigo del poder que el donador conserva en sus bienes. ¿Cómo dar esa certeza al donatario? Ricard examina la cuestión de saber si la donación de mil libras de renta por tomar, sobre los bienes del donador, para empezar á disfrutar de ella después de su fallecimiento, es válida. El no ve en esto ninguna dificultad, con tal que la tradición de que se haga sea tradición de derecho: con esto entiende que los bienes del donador estén afectos á la renta desde el momento en que se hace la donación. (1) Esto, literalmente, es la doctrina de Pothier. La jurisprudencia estaba de acuerdo con esta opinión.

Citaremos, además, el testimonio de Ferrière; él no hace más que resumir con inteligencia las opiniones reinantes; su testimonio es de mucha consideración. Práctico antes que todo, el comentador de la costumbre de París no vacila en decidir que la donación de una suma de dinero pagadera á la muerte, no es válida como donación entre vivos; y da para esto una razón, y es que el donador no transfiere propiedad al donatario; lo que es verdad en el sentido de que él puede enagenar, vender é hipotecar todos sus bienes; él podría hasta donarlos y legarlos, prueba

1 Ricard, *De las donaciones*, 1ª parte, núms. 1,001 y 1,006 (t. 1º, págs. 254 y 253).

de que el primer donatario no tiene ningún derecho en los bienes del donador. Ferrière admite, no obstante, que dicha donación puede tornarse válida; es preciso para esto que la escritura imponga hipoteca sobre los bienes que el donador tiene al verificarse la donación (1). Esta es siempre la opinión de Ricard y de Pothier. Esta opinión ha sido reproducida, bajo el dominio del código, por Grenier (2) y consagrada por varias sentencias. Se objeta que la hipoteca no es más que un accesorio del crédito y que la disposición accesoria no puede hacer válida la disposición principal, si ésta es nula. La objeción no tiene en cuenta la causa particular que vuelve nula la donación. ¿Por qué la donación es nula en nuestra opinión? Únicamente porque es contraria á la máxima *Donar y retener no es válida*. En virtud del derecho común, ella es válida; luego si se aparta el vicio de revocabilidad, la donación se vuelve plenamente válida. Pues bien, la hipoteca impide que el donador altere la donación, que la vuelva inútil; luego ella valida la donación asegurando el derecho del donatario contra el poder ilimitado que tiene el donador para disponer de sus bienes y, por lo tanto, para destruir la donación. Nada más jurídico, si se coloca uno en el terreno de la irrevocabilidad de las donaciones, y ese es el verdadero terreno del debate (3).

Se ha propuesto otro medio de conciliar la irrevocabilidad de las donaciones con los verdaderos principios, según los cuales la donación de una suma pagadera al fallecimiento del donador, es plenamente válida: y es el circunscribir la donación sobre los bienes que el donador posea

1 Ferrière, *Comentario sobre la costumbre de París*, t. 3º, pág. 1,229, núms. 5 y 6.

2 Grenier, t. 1º, pág. 277, núm. 7 y 7 bis. Vazeille, art. 943, número 3 y t. 2º, pág. 278.

3 En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 367, núms. 391.