

CAPITULO IX.

DE LAS DONACIONES HECHAS POR CONTRATO DE MATRIMONIO A LOS CÓNYUGES Y A LOS HIJOS POR NACER DEL MATRIMONIO.

SECCION I.—Principios generales.

§ I. DE LAS DONACIONES HECHAS POR CONTRATO DE MATRIMONIO.

160 Todo legislador, dice el orador del Gobierno, debe estimular los matrimonios, y los estimula dando el más libre curso á las donaciones, sin las cuales no se formarían tales uniones. Bigot de Prémeneu añade que sería injusto sujetar á los padres donantes á las reglas de las donaciones ordinarias. En efecto, imbuidos los artículos del Código en el espíritu tradicional del derecho francés, vieron con desafecto las donaciones y multiplicaron las trabas contra ellas para conservar los bienes en las familias. (1) Lógicamente, habrían debido desaparecer esas trabas completamente, al tratarse de donaciones hechas en favor del matrimonio, porque no tienen ya razón de ser. Tales donaciones son favorables, como útiles para el matrimonio.

1 Bigot-Prémeneu, Exposición de los Motivos, núm. 81 (Loché, t. 5º, pág. 336).

Generalmente se hacen por un padre á su hijo, y así, no hacen que salgan los bienes de la familia. No fué hasta allá el legislador, pues se limitó á eximir á las donaciones que acompañan al matrimonio, de ciertas formalidades penosas y de ciertas reglas que habrían entorpecido las liberalidades. Esas derogaciones difieren según que las donaciones se hacen por contrato de matrimonio ó fuera de él, pero en su favor.

161. Conforme al art. 1,087, "las donaciones hechas por contrato de matrimonio no podrán impugnarse ni declararse nulas, so pretexto de falta de aceptación." Esta disposición está muy mal redactada y podría creerse que no deben ser aceptadas las donaciones hechas por matrimonio. No es tal, ni puede ser, el sentido de la ley. La donación es un contrato, y no deja de serlo por acompañar á las capitulaciones matrimoniales; y todo contrato exige el consentimiento de los contratantes; no sería concebible una donación sin el consentimiento del donatario. Para comprender la extensión del art. 1,087, hay que combinarle con el 932, que expresa que la donación entre vivos no obliga al donante ni produce efecto sino desde que sea aceptada en "términos expesos." La aceptación expresa es una de tantas formalidades que no tienen más razón que poner trabas á los donaciones, multiplicando las causas de su nulidad. Era menester, pues, exceptuar las que forman parte de las capitulaciones matrimoniales. Tal es el fin del art. 1,087, que no exime las donaciones por contrato de matrimonio, de la condición de la aceptación, porque ésta no es más que el consentimiento, y el donatario debe, necesariamente, consentir; la ley las dispensa de la aceptación expresa, contentándose con el consentimiento tácito; es decir, coloca de nuevo las donaciones hechas en contrato de matrimonio, bajo el dominio del derecho común, tal

como lo expondremos en el título "De las Obligaciones."

162. El art. 1,087 contiene una excepción de una regla fundamental en materia de donaciones, y, por lo mismo, es de estricta interpretación. La donación debe hacerse por contrato de matrimonio para estar exenta de la aceptación expresa, y no basta que se haga en favor del matrimonio. Hay en esto una mezcla de rigor é indulgencia difícil de explicar lógicamente. Toda donación hecha en favor del matrimonio habría debido gozar de un favor que la ley dispensa á las donaciones que aprovechan al matrimonio; ningún motivo hay para mantener una traba que no tiene fundamento racional en liberalidades que la ley entendió libertar de cualquiera condición penosa. Por eso antiguamente decía Furgole que bastaba que se hiciese la donación en favor del matrimonio. (1) Los términos del artículo 1,087 y los principios de interpretación no permiten que se admita ya esa doctrina. (2)

Síguese de ahí que no es aplicable el art. 1,087 cuando se hace la donación por un acto que no es contrato de matrimonio; quiere decir, que no arregla las capitulaciones matrimoniales de los futuros cónyuges. Más adelante veremos una consecuencia de este principio. No basta que se haga la donación por contrato matrimonial, sino que es menester también que se haga á los futuros cónyuges, único caso en que se hace en favor del matrimonio. Cuando, pues, se hizo una liberalidad en el instrumento que contiene las capitulaciones matrimoniales, pero en favor de un tercero, aun cuando sea pariente de los futuros cónyuges,

1 Furgole, *Comentario del Estatuto de 1781*, art. 10 (t. 5º, pág. 83).

2 Bastia, 17 de Marzo de 1840 (Daloz, núm. 1,960). Gaud, 1º de Junio de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 221), y Denegada, 16 de Noviembre de 1836 (*Id.*, 1836, 1, 340). La doctrina está conforme, excepto Guilhon, cuyo parecer está aislado (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 1,960).

No es aquello una donación por contrato de matrimonio en el sentido del art. 1,087, y así, queda sujeta á la aceptación expresa que prescribe el 932. Jaubert lo dice terminantemente en su Informe al Tribunal: "No es la inserción de una donación en un contrato de matrimonio, lo que da ese privilegio á la donación; si ésta se hace á persona que no sea alguno de los dos esposos, se regirá por el derecho común." (1)

163. La aplicación de estos principios tan elementales, ha dado lugar á frecuentes debates que han llegado hasta la Sala de Casación. Suele suceder que los padres de los futuros cónyuges arreglan las capitulaciones matrimoniales sin la concurrencia de sus hijos y hasta ausentes éstos; y aunque es cierto que responden de su consentimiento, celébrase el matrimonio sin que se ratifiquen aquellas capitulaciones. Se pregunta si es válido un contrato matrimonial celebrado así. La negativa está apoyada en una jurisprudencia constante, como lo veremos en el título "Del Contrato de Matrimonio." (2) En vano se ha objetado que la celebración del matrimonio debía tenerse como consentimiento de los cónyuges á las capitulaciones matrimoniales; (3) los fallos responden de una manera concluyente, que puede celebrarse el matrimonio sin necesidad de capitulaciones matrimoniales; desde ese momento es imposible que al casarse los cónyuges manifiesten un consentimiento cualquiera, relativo á unas capitulaciones á las cuales han sido extraños. ¿Qué es, pues, un contrato celebrado así entre los padres? Es un acto inexistente, porque

1 Jaubert, Informe, núm. 84 (Loché, t. 5º, pág. 362). Coin-Delisle, pág. 551, núm. 3 del art. 1,081.

2 Bastia, 2 de Marzo de 1835 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 196.

3 Furgole da esta razón débil respecto de las donaciones. *Comentario al Estatuto de 1731*, art. 30 (t. 5º, pág. 83), la cual reprodujo Troplong, núm. 2,469.

no hay contrato sin consentimiento, y no le dieron el uso los futuros cónyuges.

Esto resuelve la dificultad de si son válidas las donaciones comprendidas en un contrato como ese. Es cierto que en el caso no puede aplicarse el art. 1,087, porque no hay contrato de matrimonio. No podría tener, pues, valor la donación sino conforme al derecho común; por lo cual sería menester una aceptación expresa por medio de instrumento auténtico, con notificación al donante. Mas suponemos que los cónyuges se casaron sin confirmar las capitulaciones formadas sin su presencia y sin haber aceptado ellos las donaciones. La celebración del matrimonio, que ni siquiera puede valer como consentimiento tácito, mucho menos es aceptación expresa. Esto es decisivo, y en ese sentido se ha formado la jurisprudencia. (1)

Sin embargo, hay fallos que admiten que la donación hecha á los cónyuges es válida cuando se trata de un dote en numerario y los esposos han percibido la cantidad prometida. (2) Pero tales fallos dan muy malas razones para apoyarlos; uno invoca el art. 1,340; otro pretende que hay donación, á lo menos de hecho. (3) Basta leer el artículo 1,340 para convencerse de que es inaplicable. En efecto, supone él que la donación nula en cuanto á la forma se ejecuta por los herederos del donante; en cuanto á éste mismo, no puede hacer válida la donación con ningún acto confirmativo; así formalmente lo dispone el art. 1,339. Decir que la donación es un hecho, es no decir nada; un contrato solemne, inexistente como tal, no puede valer como hecho. Lo único que se puede sostener, es que la donación que consista en valores muebles puede perfeccio-

1 Nimes, 8 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 188). Tolosa, 20 de Julio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 124).

2 Casación, 11 de Julio de 1853 (Daloz, 1853, 1, 281).

3 Tolosa, 5 de Marzo de 1852. Pau, 1º de Marzo de 1853 (Daloz, 1853, págs. 123 y 124).

narse restituyendo la cosa al donatario; valdrá como dón manual; lo cual descarta por completo el art. 1,087.

164. El art. 1,087 se aplica á toda donación hecha por contrato de matrimonio, á la donación de bienes presentes lo mismo que á la institución convencional; la ley no distingue, ni había para qué distinguiera. Cuando la donación comprende los bienes futuros, adquiere un carácter completamente distinto, que es la institución de un heredero por contrato. La ley lo exime de la mayor parte de las reglas que establece para las donaciones entre vivos, lo mismo en cuanto á la forma que en cuanto á la substancia; más adelante, cuando tratemos de la institución convencional, expondremos esas derogaciones. También se puede hacer la donación de bienes presentes bajo condiciones que el Código prohíbe en las donaciones ordinarias. Nos remitimos al art. 1,086, que es el que corresponde á esta materia.

§ II.—DE LAS DONACIONES HECHAS EN FAVOR DEL MATRIMONIO.

165. “Las donaciones hechas en favor del matrimonio no son revocables por causa de ingratitude.” Hemos dado en otro lugar los motivos de esta disposición excepcional; ella da lugar á una cuestión muy discutida, la de si el artículo 959 se aplica á las liberalidades que uno de los esposos hace á favor del otro; nos remitimos á lo dicho ya en el capítulo “De las Donaciones entre Vivos.” (1)

166. Todas las donaciones, en general, se revocan por supervivencia de hijo; el art. 960 exceptúa las donaciones que uno de los cónyuges hace al otro. Nos remitimos á lo dicho en otro lugar. (2)

167. “Toda donación en favor del matrimonio caducará

1 Véase el tomo 13 de estos *Principios*, pág. 23, núms. 21 y 22.

2 Véase el tomo 13 de estos *Principios*, pág. 86, núm. 79.

si éste no llega á celebrarse" (art. 1,088). Esta disposición no es derogación del derecho común, sino la aplicación de los principios generales relativos á los contratos condicionales. Una donación hecha en favor del matrimonio es una donación condicional; no teniendo más objeto la donación que favorecer el matrimonio, se hace, por lo mismo, bajo la condición de que se celebre éste. Si falta la condición, resulta que nunca hubo donación.

168. La aplicación de los arts. 959, 960 y 1,088 da lugar á diversas cuestiones. Se pregunta desde luego lo que es menester entender por donación en favor del matrimonio. El art. 1,088 da la definición implícita; es una donación hecha con la condición de que siga á ella el matrimonio. ¿Cuándo se puede admitir que se hace la donación con esa condición? Si se hace á los futuros cónyuges por su contrato de matrimonio, tiene por objeto, en esa virtud, favorecer el matrimonio; es, pues, una donación hecha en vista de éste, ó sea una donación condicional. ¿Se dirá que en ello hay una presunción, y que no hay presunción sin ley? Hay un artículo que implica la existencia de esa presunción; el art. 1,541 decide que todo lo que se da á la mujer en contrato de matrimonio es dotal si no hay estipulación en contrario. Basta, pues, que se haga una donación á la mujer por su contrato de matrimonio, para que forme aquélla parte integrante del mismo, y que se refiera á él hasta el punto de que se presume hecha la donación, en vista del régimen que adopten los futuros cónyuges; lo cual equivale á decir que la donación está subordinada al matrimonio y hasta á las capitulaciones matrimoniales de los esposos. Sin embargo, puede suceder que una donación, aunque contenida en el contrato de matrimonio, sea independiente, así de las capitulaciones como del matrimonio mismo. Aquellos que pretenden que una donación, aunque contenida en el contrato de matrimonio, es ajena al

matrimonio, deberán probarlo; tienen contra sí la presunción del art. 1,541, pero se les admite la prueba en contrario, la cual es de derecho común.

Puede hacerse una donación en favor del matrimonio, aunque no esté comprendida en el instrumento que contiene las capitulaciones. Aquí, no hay presunción de ninguna especie; en vano sería decir que es probable que la donación sea ajena al matrimonio; una probabilidad no es presunción legal. Puede suceder que los esposos no hagan contrato de matrimonio, que es lo que acontece en todo caso en que entienden casarse bajo el régimen de sociedad legal; y, sin embargo, puede haber donaciones en favor de ese matrimonio; ¿cómo probarlo? Conforme al derecho común, puesto que el Código no le deroga; consultándose, ante todo, los términos de la donación, y después las circunstancias del caso. (1) Todos los autores hacen notar que no basta que el donante diga que hace la donación para facilitar al donatario un matrimonio ventajoso; no se puede ver condición donde faltan los elementos de ella; y para que el matrimonio sea condición de una liberalidad, es necesario que se diga con quién debe contraerse ese matrimonio, ó, á lo menos, que se pruebe que se hizo la donación en vista de determinado matrimonio; el simple motivo no implica una condición. El principio es cierto; su aplicación es cuestión de interpretación. (2)

169. Se extiende un contrato de matrimonio, conteniendo una donación del tío y de la tía de la futura, en favor del matrimonio. La unión encuentra dificultades á consecuencia de las cuales rescinden las partes las capitulaciones que habían firmado, y el tío, en nombre propio y como heredero de su hermana, declara adherirse á esa res-

1 Compárese á Coin-Delisle, pág. 551, núm. 2 del art. 1,081. Durantón, t. 9º, págs. 658, 667.

2 Grenier, t. 3º, pág. 245, núm. 407. Durantón, t. 9º, pág. 658, número 667.

cisión. Se desvanecen después las dificultades, se celebra el matrimonio, después que los esposos habían hecho otro contrato idéntico al primero, pero sin la intención del donante. Se resolvió que las donaciones hechas en el primer contrato habían caducado por la rescisión y no habían podido revivir á virtud de nuevo contrato. La cuestión, según los hechos y circunstancias de la causa, no era dudosa. Hay que ir más lejos y declarar, como se hizo en Agén, que el único hecho de romper el matrimonio, á pesar de de que no hubiera habido ninguna rescisión de contrato y aunque los padres donantes hubieran sido extraños á la donación, el contrato de matrimonio no es más que un proyecto; lo mismo que el matrimonio, cuando se abandona el proyecto de unión, se abandona, por lo mismo, el de las capitulaciones matrimoniales. En vano se tomaría el proyecto y tendería al matrimonio; porque uno nuevo exige nueva capitulación, y, por consiguiente, nuevo consentimiento. (1)

170. Si se anulara el matrimonio, caerían las donaciones hechas en su favor, porque el matrimonio nulo se considera como si nunca hubiera existido; en consecuencia, no está de por medio la donación hecha en favor de aquel matrimonio. Sin embargo, hay que hacer una excepción en favor del esposo de buena fe, porque, en consideración á él, subsiste el matrimonio, así como las capitulaciones matrimoniales, y también, por lo mismo, las donaciones que forman parte de ellas. Si acaba la donación, la caducidad obra contra tercero; no comprendemos que Delvincourt haya podido sostener lo contrario, y es inútil insistir en un error que todo el mundo reconoce. (2)

La nulidad del contrato de matrimonio gimportaría tam-

1 Agén, 20 de Julio de 1841, y Denegada, 30 de Enero de 1863 (Daloz, palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 430).

2 Troplong, núms. 2,475 y siguientes, t. 2º, pág. 387. Demolombe, t, 23, pág. 275, núm. 254.

bién la caducidad de la donación que él contiene? Ya no se puede tratar de la caducidad, puesto que se celebró el matrimonio en consideración al cual se otorgó la liberalidad. Pero puede sostenerse que la donación es una cláusula del contrato de matrimonio, y que la nulidad del contrato principal entraña la de las estipulaciones accesorias (núm. 188). El art. 1,541 viene en apoyo de esta opinión; nosotros volveremos á este punto en el título “Del Contrato de Matrimonio,” que es el que le corresponde. La cuestión supone que el contrato es simplemente nulo; quiere decir, anulable. Si fuese inexistente el acto, por ejemplo, si se hubiesen hecho constar en documento privado las capitulaciones matrimoniales, no cabría duda, la donación sería inexistente lo mismo que el contrato de matrimonio. (1)

171. Se resolvió que es aplicable el art. 1,088 á las donaciones simuladas bajo forma de contrato á título oneroso. No cabe duda en esto; nunca el fraude puede derogar la ley. Si consta que se hizo una liberalidad en favor del matrimonio no realizado, esa liberalidad debe caer, esté ó no hecha con las formalidades de la ley. (2) Lo mismo sucede con la revocación de las donaciones por ingratitud ó supervivencia de hijo; los arts. 959 y 960 se aplican á las donaciones simuladas; nos remitimos á lo que sobre el particular queda dicho en el capítulo “De las Donaciones.” (3)

SECCION II.—Donación de bienes presentes.

172. Dice el art. 1,081: “Toda donación de bienes pre-

1 Ruan, 10 de Julio de 1824 (Daloz, palabra *Interrogatorio*, número 31, 3°).

2 Denegada, 7 de Marzo de 1820 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 3,113, 1°).

3 Véase el tomo 11 de estos *Principios*, pág. 386, núms. 346 y siguientes; y tomo 13, pág. 85, núm. 77,

sentés entre vivos, aun cuando se haga en contrato matrimonial, á ambos esposos ó á alguno de ellos, estará sujeta á las reglas generales para las donaciones hechas con ese título." Esta disposición se halla concebida en términos muy generales. Indudablemente, las reglas especiales establecidas por los arts. 959, 960, 1,087 y 1,088 se aplican á la donación de bienes presentes; y está sujeta á esas reglas especiales únicamente por haber sido hecha por contrato de matrimonio, ó, á lo menos, en favor del matrimonio. El art. 1,086 consagra una excepción mucho más importante, á la cual volverémos cuando expliquemos esa disposición.

173. Con esas restricciones hay que entender el principio establecido por el art. 1,081; salvo las excepciones que acabamos de recordar, la donación de bienes presentes hecha á los cónyuges queda bajo el dominio del derecho común. De aquí resulta que no se pueden hacer donaciones á los futuros cónyuges si no es con las formalidades legales; sólo la aceptación no debe ser expresa cuando se hace la liberalidad por contrato de matrimonio; por tanto, la donación de bienes presentes, aunque hecha en vista del matrimonio, es un contrato solemne. La jurisprudencia no ha sido siempre fiel al rigor de la ley.

Conforme al art. 1,081, toda liberalidad hecha en atención al matrimonio es una donación de bienes presentes, cuando recae sobre actuales que transmite el donante al cónyuge donatario; y toda donación entre vivos debe hacerse por instrumento auténtico, ya en el mismo del matrimonio, ya por separado. La jurisprudencia admite una excepción en cuanto á las obligaciones naturales que se cumplen en forma de liberalidad, y esa excepción implica la de las pensiones que un padre ó una madre se comprometen á pagar á un hijo que se casa. Hemos combatido el principio de la supuesta excepción; (1) también rechaza-

1 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 494, núms. 355 y 356.

mos la aplicación que de ello se hace. (1) Los motivos que dan los tribunales de Bélgica no siempre son los mismos; en cierto sentido, son también contradictorios. Un solo y mismo fallo dice que la pensión se promete para ejecutar la obligación alimenticia que incumbe á los ascendientes en virtud de los arts. 205 y 207; y el Tribunal legitima esa misma pensión en virtud de la obligación natural que los padres tienen de dotar á sus hijos. Esa vaguedad habla ya contra la jurisprudencia, que quisiera hacer válidas tales pensiones, y no sabe en qué principio apoyarse. Sin embargo, sería necesario ponerse de acuerdo: una sola y misma promesa no puede ser, al propio tiempo, deuda natural y civil. Si fuese verdadera deuda alimenticia, no sería dudosa la cuestión; ¿quién pensaría, pues, en disputar la validez de una obligación contraída por alimentos? Pero éstos no son más que pretexto, pues lo que se llama así no es, en realidad, mas que dote, tal como lo define el art. 1,541: el bien que la mujer trae al marido para soportar las cargas del matrimonio. Si la mujer lo tiene dote, ¿puede reclamar alimentos contra sus padres? Sí; pero con la condición, desde luego, de que el marido no esté en estado de proporcionarle lo necesario para la vida, porque la obligación alimenticia incumbe, ante todo, al marido (art. 214); después, es menester que la mujer pruebe que tiene necesidad, conforme á los principios generales que rigen el derecho á los alimentos, y no tiene esa necesidad sino cuando no puede con su trabajo subvenir á las de la vida. Si la mujer es, en realidad, acreedora, los padres son deudores, y, en ese caso, no hay cuestión.

Ninguno de los fallos de Bélgica habla de las sucesio-

1 Lieja, 19 Diciembre de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 197), y 18 de Diciembre de 1851 (*id.*, 1854, 2, 254). Gand, 14 de Julio de 1854 (*id.*, 1854, 2, 284), y Denegada, 9 de Noviembre de 1855 (*id.*, 1856, 1, 65). Bruselas, 9 de Mayo de 1835 (*id.*, 1835, 2, 193), y 8 de Abril de 1872 (*id.*, 1872, 2, 206).

nes de la mujer, ni de su derecho á los alimentos; lo que hace creer en tal derecho, en el cual se funda la pensión alimenticia, es un pretexto, ó, si se quiere, un motivo de teoría. La verdad es que las condiciones requeridas para que haya deuda alimenticia no existen, y por eso se recurre á la suposición de una obligación natural que se cumpliría por los padres. Aquí volvemos á la teoría que hemos combatido en el capítulo "De las Donaciones." Los motivos que dan los fallos no nos convencen. El Tribunal de Lieja, después de expresar que la pensión se constituyó como auxilio para el matrimonio, añade que, en el caso, el importe corresponde idénticamente á las "mejoras" que los otros hijos habían obtenido al casarse. Una "mejora" que los hijos obtienen al casarse ¿es siempre dote, y no es el dote liberalidad? El Tribunal confiesa que la obligación de dotar no está sancionada por la ley, y que, por consiguiente, no es deuda; y una "mejora" que se hace á un hijo, sin que haya obligación civil, ¿no es donación? Es una obligación, dice el Tribunal de Lieja; lo admitimos; ¿pero qué prueba eso? La obligación natural no tiene otros efectos que los que la ley le reconoce; mas no hay más que un artículo en el Código, que habla de las deudas naturales; según el art. 1,235, no se admite la repetición respecto de las obligaciones naturales que voluntariamente fueron satisfechas. Si, pues, el dote es obligación natural, lo único que de aquí resulta es que no pueden los padres repetir lo que pagaron á ese título. El Tribunal de Lieja va más lejos, al deducir que la obligación natural debe ejecutarse desde que se contrajo por un pacto expreso. ¡Así, el reconocimiento de una deuda natural bastaría para hacer de ella una obligación civil! En vano buscamos un texto ó principio en que se pueda apoyar semejante teoría.

El Tribunal de Gand fué á buscar ese texto en el derecho romano. Éis, dice, el pacto *constitutae pecuniae*. Nada

mejor, si aun estuviésemos bajo el dominio del derecho romano. Pero en vano se habría de querer probarnos que el Código Civil mantuvo el pacto *constitutae pecuniae*. El término y el asunto son ajenos á nuestro derecho moderno. Y la necesidad que se tiene de ir á tomar del derecho romano una doctrina que ignora nuestro Código, no prueba precisamente en favor de la opinión consagrada por la jurisprudencia. ¿En qué se fundaban los jurisconsultos romanos y Pothier, que reproduce su decisión? En la equidad natural. ¿Acaso la equidad enjendra una acción bajo el imperio de una legislación escrita? Tampoco basta para crear una obligación natural. Recurrido el fallo del Tribunal de Gand, la Sala de Casación resolvió que á los jueces correspondía apreciar los convenios, y que habiendo declarado el Tribunal de Apelacion que había obligación á título oneroso, tal resolución irrevocable escapaba á la revision del Tribunal Supremo. Este se cuidó bien de revocar el pacto *constitutae pecuniae*, que no es más que de historia.

El Tribunal de Bruselas se declaró igualmente por la validez de la pensión. En el primer caso que tuvo que resolver, el debate recaía únicamente sobre la extensión de la pensión. El Tribunal establece que la promesa se hizo "para sustento del matrimonio y como dote." ¿No resuelve esto la dificultad? ¿No es el dote liberalidad, aun cuando haya obligación natural en los padres para dotar á sus hijos? El segundo fallo resuelve que, conforme á los términos de la obligación y la tasa módica de la pensión, es cierto que los padres no se propusieron hacer á su hijo una liberalidad propiamente dicha. ¿Qué es, pues? El Tribunal no admite que en todo caso tengan los padres obligación natural de dotar á uno de sus hijos, sino que considera como deuda alimenticia la pensión de 500 francos que los padres se habían obligado á pagar. Ahora bien, los tér-

minos mismos de la obligación invocados por el Tribunal, prueban que en la mente de los padres estuvo que la pensión fuera un dote, quiere decir, una liberalidad, puesto que la eximían de cuenta; ¿y puede cuestionarse acerca de eximir de la cuenta una deuda alimenticia? Los padres se reservaban el derecho de reembolsar la pensión mediante un capital de 10,000 francos; agregando que ese capital debería traerse á cuenta en la sucesión. Nueva prueba de que se proponían hacer una liberalidad, porque aplicaban los principios relativos á las liberalidades: el capital del dote está sujeto á cuenta, mientras que no lo deben estar los intereses.

Hay un fallo, en sentido contrario, del Tribunal de Lieja, que resuelve que la obligación contraída por los padres de pagar una pensión á su hijo, en atención á su matrimonio, constituye una donación y, por consiguiente, un contrato solemne. (1) Tal es el verdadero principio. Toca á la jurisprudencia crear excepciones.

174. Ordinariamente se califica de "donación convencional" la de bienes presentes. Coin-Delisle tiene razón para decir que debería barnizarse ese barbarismo con el lenguaje jurídico; ¿no toda donación es "contrato?" ¿qué es, pues, donación "convencional?" Esta mala expresión la hallamos en los fallos que deciden que la donación de bienes presentes está sujeta á registro. (2) La cuestión no es dudosa y está resuelta por el art. 1,081, que somete la donación de bienes presentes, aunque hecha por contrato de matrimonio á los esposos, á las reglas generales de las donaciones entre vivos; lo cual hace que se aplique el artículo 939, relativo al registro. El art. 1.º de la Ley Hipo-

1 Lieja, 24 de Enero de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 25).

2 Donai, 16 de Febrero de 1846 (*Dalloz*, 1846, 2, 227). Nimes, 31 de Diciembre de 1850 (*Dalloz*, 1851, 2, 80). Grenoble, 17 de Enero de 1867 (*Dalloz*, 1868, 2, 17). Compárese con Aubry y Rau, t. 6º, pág. 80, nota 4, pfo. 704.

tecaria belga no es menos explícito y ordena el registro de "todos" los instrumentos entre vivos á título gratuito, translativos de derechos reales inmuebles. Siu embargo, surge una dificultad en la aplicación del principio. Las donaciones de bienes futuros no están sujetas á registro, como lo diremos más adelante, mientras que sí lo están las de bienes presentes. ¿Cuáles bienes son "presentes" y cuáles "futuros?" Nos remitimos á lo dicho en el capítulo "De las Donaciones." El marido hace donación del usufructo de determinados inmuebles á su mujer, en caso de que ésta le sobreviva. Se resolvió que ésta era donación de bienes presentes; (1) esto no es dudoso. Lo que puede engañar á los ajenos á la ciencia del derecho, es que la donación no tiene efecto sino á la muerte del donante y con la condición de que le sobreviva el donatario. Pero el que un derecho sea eventual no impide que sea él cierto y recaiga en bienes que, á la hora de la donación, están en el dominio del donante; de modo que la donación tiene por objeto bienes presentes.

Resulta, además, del art. 1,081, que la donación de objetos muebles, aunque hecha por contrato matrimonial, está sujeta al art. 948; no es, pues, válida sino para los efectos de que se haya agregado un avalúo á la minuta de la donación. Así lo resolvió el Tribunal de Rennes. (2) Pretendíase, en el caso, que era menester una excepción para las donaciones cuya ejecución se difiere por una cláusula del instrumento: pero aunque se difiera hasta la muerte del donante, debe haber el avalúo, porque el donante no da los muebles que deje al morir, sino los que posee en el momento de la donación, y precisamente por haberse di-

1 Casación, 10 de Marzo de 1840 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 1,595).

2 Rennes, 10 de Julio de 1820 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 1,942).

ferido la ejecución, es necesario el avalúo para asegurar la irrevocabilidad.

175. El segundo párrafo del art. 1,081 contiene una aplicación del principio establecido en el primero; expresa él que la donación de bienes presentes, aunque hecha por contrato de matrimonio, no podrá tener lugar en provecho de los hijos por nacer, si no es en los casos enunciados en el capítulo VI; es decir, en caso de substitución fideicomisaria permitida. Como la ley somete á las reglas generales de las donaciones, la de bienes presentes hecha á los cónyuges, excusado es decir que no puede hacerse en favor de los hijos por nacer, puesto que, conforme al artículo 906, es menester estar, cuando menos, concebido en el momento de la donación, para ser capaz de recibir entre vivos. No se explica esta disposición sino concordándola con el Estatuto de 1731, que permitía (art. 10) dar directamente los bienes presentes á los hijos por nacer de los futuros cónyuges. El Código abroga esa disposición excepcional y pone las donaciones de bienes presentes bajo el dominio del derecho común. (1) Sólo, pues, en los casos en que la ley admite las substituciones, pueden los hijos por nacer aprovecharse de una donación de bienes presentes; quiere decir, cuando un padre da á su hijo, ó un tío á su sobrino, los bienes de que puede disponer, con la obligación de conservarlos y restituirlos á los hijos nacidos y por nacer, del donatario. Los hijos no pueden ser llamados á los bienes dados por una cláusula de substitución vulgar; transmiéndose actual é irrevocablemente la propiedad de los bienes al cónyuge donatario, no puede disputarse el llamar en lugar suyo á los hijos por nacer. (2)

¿Qué hay que resolver cuando se haga la donación en

1 Coin-Delisle, pág. 553, núm. 12 del art. 1,081.

2 Durantón, t. 9º, pág. 655, núm. 665. Aubry y Rau, t. 6º, página 247, notas 4 y 5.

favor de los futuros cónyuges y de los hijos por nacer de su matrimonio? Se ha pretendido que la donación era nula como viciada de substitueión; pero se resolvió, y con razón, que la donación imponía al donatario la carga de conservar y restituir los bienes donados; lo cual pod'a inducirse, cuando más por vía de conjetura; mas no hay institución conjetural. ¿Cuál será el efecto de semejante donación? Los hijos por nacer no pueden estar comprendidos en una donación entre vivos, ni pueden aprovecharse de ella á título de substitutos; la cláusula que los llama debe reputarse, pues, como no escrita, en cuanto á que los hijos que nazcan no pueden obtener el beneficio de la liberalidad, sino á título de hijos; quiere decir, de herederos. (1)

176. La consecuencia más importante que resulta del principio establecido por el art. 1,081, es que la propiedad de los bienes donados pasa inmediatamente al cónyuge donatario, aun cuando se difiera la ejecución de la donación hasta la muerte; una donación así, no es donación de bienes futuros sino presentes; el donante queda desposeído desde que se perfecciona el contrato, y en posesión el donatario, quien puede disponer de los objetos donados. Tal es la donación de una cantidad de dinero con la cláusula de que será tomada de la herencia del donante; en otro lugar hemos examinado las dificultades á que da lugar esa liberalidad. (2) Cuando se hace por contrato, no hay duda en cuanto á su validez; la tendrá, ó como donación de bienes presentes, ó como donación de futuros. La jurisprudencia se ha declarado por la primera interpretación. (3)

1 Deuogada, 7 de Diciembre de 1826 (Daloz, palabra *Substitución*, núm. 312). Toullier, t. 3º, 1, pág. 448, núm. 820.

2 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 586, núm. 425.

3 París, 27 de Diciembre de 1834 (Daloz, palabra *Désposiciones*,

SECCION III.—De la institución convencional.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

177. Conforme al art. 1,082, el donante puede, por contrato de matrimonio, disponer de todo ó parte de los bienes que deje el día de su fallecimiento, tanto en favor de los cónyuges como de los hijos que fueren á nacer del matrimonio. Esto era lo que se llamaba antiguamente "institución convencional," porque el donante instituye su heredero por contrato. Uno de nuestros antiguos autores la define de este modo: "Un dón irrevocable de herencia ó de una parte de ella, hecho por contrato de matrimonio en favor de uno de los dos cónyuges ó de los hijos que resultaren de su unión." (1) La institución convencional nos viene de las costumbres; el derecho romano no la conocía; mejor dicho, la prohibía, puesto que es un convenio acerca de una herencia futura. También el Código prohíbe todo pacto hereditario (art. 1,130); la institución convencional es, pues, una derogación del derecho común: transmite la herencia del donante á los futuros cónyuges, por vía de contrato. Lo que la caracteriza es que el donante no se despoja actualmente en favor de los donatarios, ni les da bienes presentes, sino bienes futuros, los que deje al morir. El donante conserva la propiedad de los suyos y la facultad de disponer de ellos á título oneroso, de una manera ilimitada. Sin embargo, la institución convencional es irrevocable en el sentido de que el donante no puede disponer de los bienes á título gratuito; los donatarios son herederos por contrato, y el donante no los puede despojar de esa calidad, ni directamente invocando la institución, ni directamente haciendo liberalidades.

núm. 1,346, 2º). Denegada, 12 de Agosto de 1846 (Daloz, 1846, 1, 297).

1 De Laurière, *De las instituciones convencionales*, capítulo 2º.

178. Antiguamente se preguntaba si la institución convencional era una disposición entre vivos ó una donación por causa de muerte. Unos decían que era lo primero, porque confería al donatario un derecho irrevocable á la herencia del donante, mientras que las disposiciones por causa de muerte, sean donaciones ó testamentos, son esencialmente revocables. Otros asimilaban la institución convencional á una donación por causa de muerte, porque el donante no se despoja actualmente ni da más bienes que los que deje al morir. Había autores que la llamaban "anfibia," porque al mismo tiempo participa del testamento y de la donación. Furgole concluye de aquí que forma una clase aparte con reglas particulares que no toma ni de la donación entre vivos, ni de la donación por causa de muerte, ni del testamento. (1) Sin embargo, se resolvió que ya en el antiguo derecho la institución convencional por causa de su irrevocabilidad se asimilaba á las donaciones entre vivos. El fallo dedujo de ahí la consecuencia de que, bajo el dominio de las costumbres que permitían celebrar un contrato de matrimonio en instrumento privado, la institución convencional debía hacerse, pena de nulidad, en instrumento auténtico. (2)

Rigiendo el Código, no es dudoso el carácter de la institución convencional. Ya no puede asimilársela á las donaciones por causa de muerte, puesto que este modo de disponer á título gratuito no existe ya en el derecho moderno. Según el art. 893, no se puede disponer de bienes propios á título gratuito sino por donación entre vivos ó por testamento. Es menester, pues, clasificar la institución convencional, ó entre los testamentos ó entre las donaciones. El Código zanjó la dificultad calificando de donación

1 Furgole, *Comentario del Estatuto de 1791*, art. 13 (t. 5º, págs. 100 y siguientes). Coin. Delisle, pág. 555, núm. 5 del art. 1,082.

2 Casación, 4 de Marzo de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 148).

la institución convencional (art. 1,082¹; fórmase por vía de contrato, puesto que debe, so pena de nulidad, insertarse en el contrato de matrimonio de los futuros cónyuges donatarios, y basta ello para que no se pueda asimilar á un testamento. Por otra parte, el testamento se puede revocar siempre, es uno de sus caracteres esenciales (art. 895), en tanto que la institución convencional es irrevocable. No se puede decir con Furgole que la institución convencional es una disposición particular que tiene sus reglas especiales, porque el Código no le conserva su nombre; (1) é intencionalmente, porque habría podido concluirse de la denominación de "institución convencional" que forma una especie distinta, de lo cual habrían nacido dificultades sobre qué reglas la regían. (2) Al calificarla de donación el Código, es necesario resolver que las reglas de las donaciones entre vivos siguen aplicándose á la donación de bienes futuros, salvo las derogaciones que la ley hace y que son muchas.

179. ¿Por qué permite el Código que se deroguen las reglas fundamentales de nuestro derecho en las instituciones convencionales? Nuestros autores antiguos están de acuerdo para decir que las instituciones convencionales fueron autorizadas para favorecer el matrimonio, y el favor debido á éste es el que explica las muchas derogaciones que el Código admite por el derecho común en esta materia. Dícese que Dumoulin y los demás comentadores de nuestras costumbres, se engañaron; que era menester buscar el origen de la institución convencional en las costumbres germánicas. (3) Es cierto que la ciencia histórica

1 Coin-Delisle, pág. 555, núms. 5 y 6 del art. 1,082.

2 Jaubert les da el nombre que tienen en el antiguo derecho (In. forme, núm. 83, en Loaré, t. 5º, pág. 362).

3 Eschobachen, *De la institución convencional* en la *Revista de Legislación*, t. 11, págs. 127 y siguientes. Coin-Delisle, pág. 555, números 2 y 3 del art. 1,082.

de nuestros antiguos autores no siempre es exacta, pero no se engañaron al decir que la institución convencional fué admitida porque favorece el matrimonio con favorecer las donaciones. El hombre tiene un apego natural á sus bienes, de los cuales no gusta despojarse en vida; los padres mismos están poco dispuestos á hacer donaciones entre vivos, algo considerables, á sus hijos. Si pueden darles sin despojarse ellos mismos, lo harán con mejor voluntad. Tal es la ventaja de las instituciones convencionales; el donante continúa siendo dueño de su fortuna y asegura su herencia á los donatarios; éstos tienen, pues, un derecho irrevocable que no les da su calidad de reservatarios; ya el donante no puede dar su parte disponible, con perjuicio de ellos. Con mayor razón son ventajosas tales instituciones cuando aseguran á los cónyuges la herencia de un pariente de que no son reservatarios. Sin embargo, se ha notado que no es frecuente esta manera de disponer. (1) La razón es que los esposos necesitan recursos actuales, inmediatos; y prefieren una donación menos extensiva, pero que les proporcione bienes presentes, á otra más considerable de bienes futuros. De ahí el uso casi universal de los dotes ó pensiones dotales.

180. ¿En qué términos debe estipularse la institución convencional? La cuestión prueba por sí sola que ese modo de disponer no entró en nuestras costumbres; si fuese la cosa usual, lo sería también el nombre, y el nombre bastaría para prevenir toda dificultad. Es cierto que no hay términos sacramentales, puesto que el Código no emplea la expresión usada en el derecho antiguo. Sin embargo, hay expresiones tradicionales que se encuentran á veces en los instrumentos modernos. Tal es la promesa de guardar la herencia para un hijo que se casa; esto se entendía antiguamente en el sentido de que el padre tenía intención de

1 Demolombe, t. 23; pág. 299, núm. 272.

disponer convencionalmente de su herencia, y todavía hay que darle hoy la misma significación. (1) Poco importan, por lo demás, los términos, con tal que el donante manifieste claramente su voluntad de disponer de sus bienes futuros.

Léese en un fallo de Casación, que, hasta en el antiguo derecho, no debía expresarse en términos solemnes la institución de heredero por contrato de matrimonio; en materia de donaciones, lo mismo que de testamento, hay que atenerse únicamente á la voluntad del disponente. En el caso, el contrato de matrimonio contenía esta cláusula: "Se ha convenido que, en caso de morir sin descendencia la futura esposa, no estará obligado el esposo á dar á los herederos colaterales de la misma, por todo derecho hereditario que pudiese pretender en la sucesión, más que la cantidad de 2,000 francos libres de cualquiera deuda." La Sala de Casación declaró que de esa cláusula resultaba que la intención de la donataria era investir á su marido de la totalidad de los bienes que dejara á su fallecimiento, lo cual constituye una institución convencional. (2)

181. Hay donaciones que por su naturaleza son instituciones convencionales, porque necesariamente tienen por objeto los bienes que el donante deje al morir. Tal es la donación que un padre hace á su hijo, al casarle, de todo ó parte de su disponible; esa liberalidad, dice la Sala de Casación, no puede producir efecto sino á la muerte del donante, porque sólo entonces se puede determinar lo disponible.

La Sala añade que, en el caso, también el padre lo había entendido así, puesto que después de haber dado á

1 De Laurière, *De las instituciones convencionales*, capítulo 5º, número 17. Compárese con lo resuelto en Amiéns, á 15 de Diciembre de 1858 (Daloz, palabra *Mayorazgo*, núm. 17, 1º).

2 Denegada, 29 de Junio de 1842 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 1,986, 6º).

su hijo la parte disponible, le daba el goce de una alquería, en espera de que muriera el donante. (1)

182. ¿No tendríamos que decir otro tanto de la donación de una cantidad que se debiera tomar de la herencia del donante? Hemos dicho en otro lugar, que esta disposición da lugar á serias dificultades cuando se hace en instrumento ordinario: ¿es una donación de bienes presentes, ó una donación por causa de muerte? Si es lo segundo, es nula, á menos que se haga en contrato matrimonial, en el cual caso valdría como institución convencional. Conforme á la opinión generalmente seguida, admítase que la liberalidad puede valer como donación de bienes presentes si el donante entendió conferir al donatario un derecho actual, difiriendo sólo su ejecución para la muerte. (2) Con encontrarse, pues, en un contrato de matrimonio, puede dársele doble significación, viendo en ella una donación de bienes futuros. Casi siempre se declaran los tribunales por esta última interpretación. En interés de los principios, conviene hacer constar los motivos de tales decisiones.

Los padres constituyen en dote á su hijo una cantidad de 60,000 francos, que se le entregará incontinenti después del matrimonio; asegúranle, además, y le dan “desde luego, en la mejor manera que pueda haber donación,” ... 150,000 francos, “para tomarlos de sus sucesiones” y antes de la partición. ¿Esta última liberalidad es una donación de bienes presentes, ó una institución convencional? El Tribunal de Metz la interpretó en este último sentido; los motivos que da son completamente generales, y se aplican también á una donación hecha fuera de contrato matrimonial. No se trata, en el caso, de un objeto cierto y presen-

1 Denegada, 12 de Junio de 1832 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 1,986, 2°).

2 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 586, núm. 425.

te, tal como un inmueble ó un contrato cuya propiedad pasa en el acto al donatario, á menos que no comience su goce sino á la muerte del donante; se trata de una cantidad en numerario que no constituye sino una cosa incierta ó eventual, porque puede no existir al abrirse la sucesión; no siendo ni presente ni actual, no puede conferirse actualmente al donatario; siguiéndose de aquí que es una donación de bienes futuros. Interpuesto el recurso, se falló en contra, pero la Sala de Casación no reproduce los motivos que acabamos de referir, sino que únicamente se funda en las cláusulas del contrato de matrimonio; y comprendía dos liberalidades, una actual de bienes presentes, la otra futura de bienes futuros; ésta última, era, pues, una institución convencional. (1)

Así, la Sala de Casación se funda en la institución del donante, mientras que el Tribunal de Metz decide la cuestión en derecho, como lo dijimos en el capítulo "De las Donaciones."

El Tribunal de Ruan dió un fallo en el mismo sentido que el de Metz. Los padres de la futura esposa constituían á su favor y en contrato de matrimonio, un dote, como anticipo de herencia, de 800,000 francos, "exigible" á los seis meses del fallecimiento de ellos, y que produjera una renta anual de 12,000 francos. Ateniéndose á la palabra "exigible," podía sostenerse que la donación era actual y que sólo se había diferido su ejecución. El Tribunal interpretó el instrumento como lo hemos hecho nosotros; los donantes, dijo, no se despojan actual é inevitablemente del capital de 800,000 francos, sino que le retienen en su poder y siguen siendo dueños de enajenarle y de disipar su fortuna; de modo que con hechos propios hicieron que la donación fuera competentemente nula. De ahí concluyó el

1 Metz, 5 de Agosto de 1819, y Denegada, 1º de Marzo de 1821 (Dalloz, núm. 1,985, 1º).

Tribunal que era una donación por causa de muerte, válida como institución convencional. (1)

Hay un fallo, en sentido contrario, del Tribunal de Burdeos, que resuelve que la liberalidad es una donación de bienes presentes, aunque la ejecución se difiera hasta la muerte del donante. Era el caso que se había dicho que se pagarían las cantidades prometidas en bienes raíces ó en numerario, á elección de los herederos del donante. Este era tío de los futuros, y les constituía un dote con motivo de su matrimonio; las circunstancias del caso concurrían, pues, á probar que la institución del donante era conferir un derecho actual é irrevocable. (2)

183. Lo que caracteriza la institución convencional, es que el donante no se despoje actualmente y conserve la libre disposición de sus bienes; el donatario no tiene derecho más que á los bienes que existan al fallecimiento. El donante da, por contrato de matrimonio, el cuarto por mejora en los bienes particularmente designados. Esta donación será, regularmente, una donación de bienes presentes; pero si resulta del conjunto del instrumento, que el donante no entendió dar una cosa presente á la futura esposa, y que no quiso desprenderse de la propiedad de una parte de sus bienes, hay que resolver, como lo hizo el Tribunal de Riom, (3) que es una donación de bienes futuros, y, por lo mismo, institución convencional.

184. Cuando hay desprendimiento actual, la liberalidad es donación de bienes presentes, sean cuales fueren, por lo demás, las cláusulas ó expresiones más ó menos impropias del instrumento. Al casar un padre á su hijo, le hace donación de bienes presentes, encargándole que los devuelva á la masa para que se partan, con sus otros bie-

1 Ruau, 27 de Junio de 1832 (Dalloz, núm. 1,986, 1^o).

2 Burdeos, 15 de Julio de 1839 (Dalloz, núm. 1,979).

3 Riom, 6 de Marzo de 1819 (Dalloz, núm. 1,986, 5^o).

nes, entre todos sus hijos, "conforme al derecho que puedan tener." Aunque con malísimas razones, se pretendía que esa donación era una institución convencional. El padre daba actualmente, y, por lo mismo, bienes presentes; sometía al donatario á la cuenta, y no se traen á ella más que los bienes recibidos como donatario, esto es, como propietario. La cláusula que llamaba á todos los hijos, "conforme á su derecho," al morir el donante, implicaba que éste se reservaba la facultad de disponer de la parte disponible; no instituiría, pues, un heredero por contrato. La Sala de Casación lo resolvió así; (1) y no valía, en verdad, la pena, llevar ante los tribunales un asunto tan claro como la luz.

Suele haber alguna duda, porque las diversas cláusulas parecen contradictorias. Un padre instituye por contrato matrimonial, heredera á su hija. El donante estipula á su favor la reserva del usufructo. De esa cláusula se prevallieron para sostener que había, en el caso, donación de bienes presentes; si el instituyente, se decía, hubiese tenido intención de hacer donación de bienes futuros, habría sido perfectamente inútil reservar el usufructo, puesto que habría conservado la propiedad, y, mayormente, el goce de sus bienes. Sin embargo, el Tribunal de Burdeos resolvió que había institución convencional; la cláusula concerniente al usufructo era una de esas cláusulas inútiles que los notarios insertan en sus contratos y que no pueden alterar la voluntad claramente expresada de las partes contratantes. (2)

La duda es á veces más formal. Un tío da á su sobrino bienes presentes; después añade que el donatario tomará, además, de la herencia del donante, una parte igual á la

1 Denegada, 13 de Enero de 1814 (Daloz, núm. 1,981).

2 Burdeos, 17 de Noviembre de 1828 (Daloz, núm. 1,986, 3º). Bruselas, 18 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 63).

de sus hermanos, sobrinos también suyos. ¿Esta segunda cláusula instituíla al nuevo heredero por contrato? Podría creerse; ¿á qué venía reservarle sus derechos hereditarios si el tío no había entendido asegurárselos con otro título que el de heredero *ab intestato*? El Tribunal de Lyon prefirió una interpretación más natural y más probable; el tío no manifestaba la voluntad de hacer una institución convencional además de la donación de bienes presentes; simplemente preveía lo que debiera suceder á su muerte: previsión inútil, pero que no debe interpretarse contra la intención del disponente. En Casación se declaró que había duda en cuanto al sentido y carácter de la disposición; que desde ese momento los jueces habían podido interpretarla en el sentido que les parecía más conforme á la intención de las partes. (1)

185. Para la interpretación de las instituciones convencionales, hay que seguir la regla que manda interpretar restrictivamente las disposiciones excepcionales. El Tribunal de París estableció muy bien el principio. Por una parte, al autorizar la institución de un heredero por contrato, el legislador derogó muchos principios de derecho común en razón del favor que se dispensa al matrimonio; y, por otra parte, el que hace una disposición semejante, renuncia un derecho importante y precioso, que es el de disponer á título gratuito. De ahí sacó el Tribunal la consecuencia de que el juez no debe interpretar con demasiada latitud las estipulaciones de las cuales surge algún litigio; es menester, por el contrario, restringirlas al caso expresamente previsto, no sólo encerrándose en el sentido literal de los términos empleados, sino buscando cuál era, cuando el contrato, la situación de las partes, y cuál pudo ser la del instituyente. (2)

1 Denegada, 3 de Enero de 1843 (Daloz, núm. 1,984, 7°).

2 París, 1° de Diciembre de 1855 (Daloz, 1855, 5, 159).

La Sala de Casación aplicó este principio en el siguiente caso. Habíase dicho en el contrato de matrimonio, que la madre concedía á su hija su parte íntegra en los bienes que compusieran su herencia, con excepción de determinado terreno que ella se reservaba para darle á su hijo como mejora. Murió éste, y la madre hizo otras disposiciones de mejora, dejando á su hija su reserva. Se creyó que la institución convencional aseguraba á la hija la totalidad de los bienes de la madre. El Tribunal de París resolvió que el caso que se había realizado por la muerte del hijo no estaba previsto en el contrato; que no se podía extender una institución convencional á un caso no previsto. De lo cual resultaba que la hija quedaba reducida á su reserva de la mitad de los bienes y que no podía atacar las liberalidades hechas por la madre sobre su parte disponible. Esta interpretación restrictiva de la institución convencional fué sostenida por la Sala de Casación. (1)

§ II.—CONDICIONES.

Número 1. Formalidades.

186. El art. 1,082 dice que los donantes pueden, “por contrato de matrimonio,” disponer de todo ó parte de los bienes que dejen al fallecer. Se pregunta si la institución convencional debe hacerse por contrato de matrimonio para que sea válida, ó si basta que se haga en favor del matrimonio en instrumento auténtico. La cuestión está discutida, pero no vemos la menor duda en ella. Las instituciones convencionales derogan principios fundamentales del derecho común; el legislador no autoriza esas derogaciones sino en favor del matrimonio; para tener la certidumbre de que la donación reconoce como causa única el

1 Denegada, Sala Civil, 28 de Junio de 1853 (Dalloz, 1858, 1, 331)

matrimonio en cuyo favor se hizo, la ley exige que esté comprendida en el contrato de matrimonio. Pero todavía hay otra razón para ese rigor; frecuentemente se hace la liberalidad en vista del régimen adoptado por los futuros cónyuges; bueno es, pues, que se haga la donación por el contrato mismo de matrimonio, en el cual llega á figurar de ese modo como una cláusula. Puede reprocharse al legislador el haber mostrado un excesivo rigor en una materia en que, por otra parte, muestra una indulgencia extrema; pero esto no impide que el intérprete esté ligado por la ley. Es un sistema muy fijo de los autores del Código. El art. 1,083 dice que la donación, "en la forma prescrita en el precedente artículo," será irrevocable. El artículo 1,084, que trata de la institución acumulativa, dice también: "La donación *por contrato de matrimonio* podrá hacerse acumulativamente." El art. 1,086, que permite derogar las reglas de la irrevocabilidad de las donaciones, limita esa excepción á la donación "por contrato de matrimonio." Lo mismo hace el art. 1,087, que dispensa de la aceptación expresa las donaciones hechas "por contrato de matrimonio." Lo que completa esta demostración es que el Código no ha hecho más que seguir la tradición del derecho consuetudinario. Dumoulin se expresa con su precisión habitual: no basta, dice, que se haga la donación en favor del matrimonio; es menester que se halle en el contrato mismo de matrimonio, de suerte que sea la institución convencional una cláusula de las capitulaciones matrimoniales. Lebrún dice que la primera condición de esas instituciones es que se hagan en contratos de matrimonio, porque siendo contrarias al derecho, no han sido admitidas sino por el favor extremo de esos contratos. Merlin presenta, además, otras pruebas, y dice que podría añadir la autoridad de todos los jurisconsultos franceses que han escrito sobre la materia. Cuando la ley, los principios y la

tradición están de acuerdo, no debería haber ya controversia. (1)

187. De aquí resulta que la institución convencional está sujeta, al mismo tiempo, á las formalidades de las donaciones y de los contratos de matrimonio. En general, esas formalidades son las mismas, puesto que ambos contratos son solemnes; pero hay una condición especial para la validez de los de matrimonio, y es que, so pena de nulidad, deben extenderse antes del matrimonio (artículo 1,394); de modo que la institución convencional, parte integrante de ese contrato, no puede celebrarse después del matrimonio, (2) si bien puede hacerse después de autorizado el contrato de matrimonio; en el cual caso, deben observarse las formalidades de los arts. 1,396 y 1,397 para la validez de las contraescrituras, que expondremos en el título "Del Contrato de Matrimonio."

Aplicándose estos principios, se ha resuelto que el mandato para consentir una institución convencional debe constar en instrumento auténtico, lo mismo que la donación. Efectivamente, el mandato contiene el consentimiento del donante y ese consentimiento no es válido; más aún, no existe si no se expresa en forma auténtica. El mismo fallo decide que también debe constar en instrumento auténtico la autorización que necesita la mujer para otorgar una institución convencional. (3) Hemos examinado esta cuestión en el capítulo "De las Donaciones."

Síguese del mismo principio que no son propias de la institución convencional las formalidades peculiares de

1 Coin-Delisle, pág. 557, núm. 13 del art. 1,082, refuta la opinión contraria de Vazeille y de Toullier. Merlín parece inclinarse á esa opinión (*Repertorio*, palabra *Institución convencional*, pfo. 3º, t. 15, página 202).

2 Grenier, t. 3º, pág. 336, núm. 427. Merlín, *Repertorio*, palabra *Institución convencional*, pfo. 3º, núm. 2, y núm. 2 bis (t. 15, pág. 203).

3 Denegada, 1º de Diciembre de 1846 (*Dalloz*, 1847, 1, 15).

los testamentos. Conforme al art. 968, no pueden dos personas testar, en un mismo acto, en favor de un tercero, y esta disposición no es aplicable en la institución convencional, que muchas veces hacen los padres en favor del hijo común. La razón de esta diferencia se debe á la revocabilidad del testamento, mientras que la institución convencional es irrevocable (art. 1,083). (1)

188. ¿Debe registrarse la institución convencional? Según el art. 939, las donaciones de bienes susceptibles de hipoteca están sujetas á registro; siendo, pues, la institución convencional una donación, podría seguirse que también debe registrarse; pero se responde que la ley exige el registro en favor de terceros, acreedores hipotecarios y adquirentes; y como el donante puede enajenar é hipotecar, carecen de interés los terceros para la publicidad de la institución convencional. La respuesta no es completamente decisiva. Según el art. 941, la falta de registro puede oponerse por cualquier interesado; y los donatarios posteriores á la institución convencional, tienen interés en conocerla, y le tienen asimismo en que se haga pública, puesto que el instituyente no tiene derecho para hacer donaciones. La cuestión sigue siendo, pues, dudosa, conforme al Código Civil. Los autores y la jurisprudencia han estado por la negativa. (2) Lo que nos resuelve á unirnos á esa opinión, es que antiguamente las instituciones convencionales no estaban sujetas á registro, y se daba por razón que ningún interés tenían en ellas los acreedores. (3) El interés de los donatarios subsecuentes no habrá parecido suficiente; y en una materia tradicional, el derecho antiguo es de gran autoridad. En cuanto á la calificación de

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 252, nota 11.

2 Grenier, t. 3º, pág. 338, núm. 430 y todos los autores. Pau, 2 de Enero de 1827 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 173, 2º). Denejada, 4 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 65).

3 Furgole, *Sobre el art. 20 del Estatuto de 1731* (t. 5º, pág. 187).

donación que da el Código á la institución convencional, implica, ciertamente, que son aplicables los principios de las donaciones entre vivos á la de bienes futuros, pero con los límites en que hay analogía; mas cesa la analogía cuando se trata del interés de tercero, por ser la donación entre vivos translativa de propiedad, mientras que el donante que instituye á un heredero por contrato, queda, sin embargo, como propietario.

Es distinta la cuestión de saber si se requiere el registro, en Bélgica, según nuestra ley hipotecaria, y en Francia, por la ley de 23 de Marzo de 1855. Esto lo examinaremos en el título "De las Hipotecas."

189. ¿Debe ir acompañada la institución convencional de un avalúo, cuando tiene por objeto bienes muebles? Indudablemente que nó, porque tal cosa no se exige por asegurar la irrevocabilidad de la donación entre vivos; mas la institución convencional es revocable en el sentido de que el donante no transmite al donatario su mobiliario presente sino el mobiliario que dejará á su fallecimiento; y así, no tiene razón de ser el avalúo. (1)

Núm. 2. ¿Qué bienes puede comprender la institución convencional?

190. Según el art. 1,082, la institución convencional puede comprender "todo ó parte de los bienes que los donantes dejen á su fallecimiento." Los términos de la ley son idénticos en la substancia á los del art. 895, que define el testamento: el acto por el cual dispone el testador, para un tiempo en que ya no ha de vivir, "de todo ó parte de sus bienes." Es una diferencia capital entre la donación entre vivos y la institución convencional; la primera no puede comprender más que los "bienes presentes" del donante, y

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 252 y nota 13. Compárese con lo resuelto en Riom, 5 de Diciembre de 1825 (Daloz, núm. 2,395).

es nula si comprende bienes futuros (art. 948); mientras que en la institución convencional el donante no da sus bienes presentes, sino sus bienes futuros, los que deje al morir. Hemos dado la razón de este carácter distintivo de la institución convencional (núm. 179). Bajo ese concepto, se asemeja al testamento: el donante puede dar lo que el testador puede legar.

191. Puede, dice el art. 1,082, dar todos los bienes que deje al morir; en ese caso, la donación es universal y se asemeja al legado universal por el cual da el testador la universalidad de los bienes que deje á su fallecimiento (artículo 1,003). La institución universal, lo mismo que el legado, comprende toda la heredad del disponente, "sin que se pueda buscar la naturaleza de los bienes, ni con qué título y por qué suceso vinieron á la posesión del difunto cuya herencia forman." Tales son los términos de un fallo de Casación. (1) El Tribunal de Ruan aplicó este principio en el siguiente caso. Un esposo hace, en contrato de matrimonio, donación universal á su cónyuge de todos los bienes que posea al morir, subscribiendo después durante el matrimonio un contrato de seguros sobre la vida, en el que estipula que, al morir él, se pague "á sus herederos ó á su orden" la cantidad de 25,675 francos, y encargando en su testamento á su ejecutor testamentario que cobre esa cantidad y la distribuya entre los que ya había designado. Se declaró que ese capital pertenecía al donatario universal llamado á recibir la herencia del donante. El que hizo una institución universal no puede ya testar, si no es dentro de los límites en que se le permite disponer á título gratuito, es decir, en cantidades módicas, por vía de recompensa ú otra manera; mas, en el caso, el legado de 25,000 francos comprendía el cuarto de la herencia; no entraba, pues,

1 Denegada, 7 de Noviembre de 1832 (Daloz, núm. 1,985, 2º).

en la excepción, y quedaba comprendido en la institución. (1)

192. La institución convencional puede también no comprender más que una parte de la herencia del instituyente. Puede ser á título universal, como el legado. Así, la institución convencional puede recaer en los inmuebles que al morir deje el donante. ¿Qué sería de ese legado si aquél enajenara todos sus inmuebles como tiene derecho á hacerlo? Supónese que la venta no se hizo para defraudar al instituido; ¿podría éste reclamar el precio ya pagado ó que se debiese? Todos los autores y la jurisprudencia están por la negativa. Nosotros no vemos en ello la menor duda. Ni el donatario ni el legatario pueden reclamar sino lo que se les dió; mas, en el caso, el donatario no tiene derecho más que á los inmuebles que haya en la herencia del donante; si no los hay, ninguno tiene. En vano sería decir que la subrogación es de derecho en las sucesiones; no admitimos ese pretendido principio, porque, á nuestro juicio, no hay subrogación sin ley, y, en el caso, nadie le admite. Si el donatario universal tiene derecho al precio pagado ó debido por los bienes vendidos, no es á virtud de subrogación, sino por estar llamado á todos los que el donante deje á su fallecimiento, mientras que el donatario á título universal de inmuebles, sólo tiene derecho á cierta clase de bienes; lo cual resuelve la dificultad. (2)

193. ¿Puede comprender bienes particulares la institución convencional? Discútese la cuestión. Es una de aquellas controversias que difícilmente comprendemos, puesto que las resuelve la ley. ¿Qué dice el art. 1,082? El donante puede disponer de todo ó "parte" de los bienes que deje á su fallecimiento. ¿Qué debemos entender por "parte de

1 Ruan, 28 de Junio de 1868 (Daloz, 1869, 2, 120);

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 250, nota 6, pfo. 739 y los autores que citan. Demolombe, t. 23, pág. 307, núm. 281.

los bienes?" ¿Quiere esto decir una parte alicuota, un tercio, un cuarto de todos ellos? El art. 895 contiene la misma expresión en materia de testamento, y así, en una materia completamente análoga. ¿Y qué se entiende por "parte de los bienes" en los legados? Son los legados á título universal y á título particular. Si se pueden legar tales bienes ¿por qué no podrían donarse cuando la donación, lo mismo que el legado, recae en los bienes que deje el disponente al morir? ¿Sería porque la expresión "institución convencional" despierta la idea de una herencia, y, por tanto, de una universalidad? Se responde que tal expresión no se encuentra en el Código, y que la que él usa, "parte de los bienes," tiene un sentido técnico y se aplica no sólo á una universalidad, sino á bienes particulares. Es la opinión generalmente seguida (1)

La jurisprudencia está vacilante. Hemos citado los fallos que resuelven que la donación de una cantidad que se debe tomar de la herencia del donante, es institución convencional. Hay otros en el mismo sentido. Un contrato de matrimonio expresa que el futuro esposo dé á su mujer 15,000 francos en plena propiedad y goce, para tomar los del dinero más legítimo de su herencia; el instrumento califica esa liberalidad de donación entre vivos; pero se declaró, y con razón, que debe determinarse la naturaleza de un hecho jurídico, no por los términos de que usen las partes, sino por el conjunto de las cláusulas del instrumento. ¿Se despojó el marido, y la mujer entró en posesión actual é irrevocablemente de la propiedad de la cantidad donada? No; luego no fué aquello donación entre vivos. ¿Esa donación era irrevocable? Sí, en el sentido de que el donante no la podía revocar por disposiciones á

1 Coin-Delisle, pág. 553, núms. 15 y 16 del art. 1,082. Aubry y Rau, t. 6°, pág. 250, nota 7. Demolombe, t. 23, pág. 306, núm. 260. En sentido contrario, Durantón y Pujol.

título gratuito; pero podía hacerla ineficaz por medio de actos á título oneroso. Véanse claramente los caracteres de una institución convencional. Podría decirse que la donación tenía por objeto una cantidad de dinero, y, por lo mismo, un objeto particular. Parece que aun no se ha propuesto la objeción, porque nada responde á ella la Sala. Esto quiere decir que el punto es muy evidente para que se le pueda discutir con formalidad. (1)

Con todo, hay fallos que resuelven lo contrario. El Tribunal de Burges dice que hay diferencias esenciales entre la donación de un cuerpo cierto y la institución convencional; entendiendo por institución la donación que recae en todos los bienes que el donante deje al morir. (2) Indudablemente hay diferencias: así, el donatario universal está obligado con las deudas y no lo está el particular. ¿Pero no sucede lo propio con los legados? Y de que haya diferencias entre los particulares y los universales ¿se ha de inferir que los primeros no son legados? El Tribunal de Metz resolvió que la donación de varios inmuebles, con reserva del usufructo, es donación de bienes presentes. Puede, indudablemente, ser donación entre vivos, y, en el caso, no cabía duda, si era cierto, como lo dice el fallo, que los donantes se habían desprendido de la propiedad de manera que no podían ya enajenar ni hipotecar, ni conservaban realmente más que el goce de los bienes donados. Pero la donación puede ser también una institución convencional, si el donante no se despoja y conserva la facultad de enajenar é hipotecar. (3) Igualmente, la donación de una cantidad de dinero puede ser donación de bienes presentes cuando el donante se deshace del capital, reservándose úni-

1 Ruan, 11 de Julio y 20 de Diciembre de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 109 y 110). Besangón, 9 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 116). Bruselas, 12 de Agosto de 1862 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 45).

2 Burges, 2 de Marzo de 1807 (Dalloz, núm. 2,063, 1º).

3 Metz, 3 de Diciembre de 1812 (Dalloz, núm. 2,063, 2º).

camente el goce de él; así se resolvió en París, en un caso en que la donante afectaba sus bienes presentes al pago de la cantidad donada, de suerte que ya no podía disponer de él con perjuicio del donatario. (1) Esto no impide que ordinariamente la donación de una cantidad que debe tomarse de la herencia del donante, sea donación de bienes futuros, y, por lo mismo, institución convencional.

194. La asimilación que se hace de la institución convencional y del testamento, en lo que concierne á los bienes de que el donante y el testador pueden disponer, no debe tomarse en sentido absoluto. Hay una diferencia esencial: el testamento no da ningún derecho actual al legatario, pudiendo siempre el testador revocar su liberalidad; la institución convencional es irrevocable, en el sentido de que inviste al donatario del carácter de heredero por contrato; el donante no puede ya quitársela, y, en consecuencia, no puede disponer de sus bienes á título gratuito. De ahí que la mujer casada bajo el régimen dotal puede legar sus bienes dotales, pero no darlos por institución convencional. Puede legarlos, porque legándolos nada enajena, por no transmitirse al legatario la propiedad de los bienes legados sino al morir el testador; y, en ese momento, ya no hay régimen dotal ni bienes dotales. No puede darlos por institución convencional, porque al darlos enajena una parte de su derecho de propiedad, el derecho de disponer á título gratuito.

Sin embargo, mucho se controvierte este punto, aunque la solución, á nuestro juicio, no es dudosa. El Tribunal de Pau la estableció con una certidumbre que se puede calificar de evidencia. Según el art. 1,554, los inmuebles constituidos en dote no pueden enajenarse ni hipotecarse durante el matrimonio, salvo las excepciones que admiten los arts. 1,555-1,559. El 1,554 consagra una

1 París, 15 de Febrero de 1822 (Dalloz, núm. 2,063, 3°).

prohibición general, absoluta, en cuanto á que ella se aplica á toda enajenación, sean cuales fueren su causa y su carácter. Falta saber si la institución convencional contiene una enajenación. ¿Qué es la propiedad? El art. 544 responde que es el derecho de disponer de una cosa, de la manera más absoluta; de aquí se sigue que todo hecho jurídico que restringe el derecho absoluto de disponer, es enajenación; y como el art. 1,083 declara que el instituyente no puede ya disponer á título gratuito de los objetos comprendidos en la institución, la consecuencia es manifiesta: el derecho de propiedad queda disminuido por la institución convencional, puesto que le quita al donante la facultad de disponer á título gratuito. (1) El argumento es decisivo y nunca se ha respondido á él. Veamos una de las últimas resoluciones dictadas en sentido contrario, la de Grenoble. (2)

195. El Tribunal parte de un principio muy distinto. Dice que la mujer, aun casada bajo el régimen dotal, es capaz de contratar y disponer de sus bienes; que las condiciones á las cuales la sujeta la ley, son excepciones ó restricciones que es menester limitar á los casos que especialmente ha previsto. Esto no es exacto. La mujer casada, lejos de ser capaz en lo general, está colocada entre los incapaces; para ella, lejos de ser la regla, es la excepción la capacidad. Cuando está casada bajo el régimen dotal, aumenta aún su capacidad, y no puede disponer de sus bienes dotales, aunque la autorizaran para ello su marido ó el juez. Esta prohibición de enajenar forma la regla, y el derecho de enajenar los bienes dotales, la excepción.

1 Pau, 26 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 132).

2 Grenoble, 11 de Junio de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 71). Compárese con la de Nîmes, 1º de Febrero de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 134). Burdeos, 8 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 5). Véanse las citas en Aubry y Rau (t. 6º, pág. 250, nota 8). Demolombe (t. 33, página 310, núm. 284), y Dalloz, 1854, 2, 71, nota, y 1868, 2, 132, nota.

Es menester, pues, inventar el principio formulado por el Tribunal de Grenoble: la mujer es incapaz de enajenar sus bienes dotales, y no puede hacerlo sino en los casos previstos por la ley, y esas excepciones se deben interpretar con rigor.

Partiendo de ese principio falso, el Tribunal debe llegar á una consecuencia igualmente falsa. Ningún artículo del Código, dice, niega terminantemente á la mujer la facultad de disponer de sus bienes dotales por una institución convencional; luego tiene ese derecho. Lo contrario hay que decir con el Tribunal de Pau: la ley prohíbe á la mujer enajenar sus bienes dotales; y pues que la institución convencional es una enajenación parcial, la mujer dotal no puede dar sus bienes por institución convencional, salvo que una disposición terminante haga alguna excepción de la prohibición del art. 1,554.

El Tribunal de Grenoble invoca el espíritu de la ley. ¿Por qué el Código prohíbe enajenar los bienes dotales? Responde el Tribunal que el dote se entrega al marido para subvenir á las cargas del matrimonio, y que la prohibición de disponer de él no tiene otro motivo que asegurar ese destino; mas la institución convencional no priva al marido del goce de los bienes dotales; desde ese momento la prohibición de enajenar no es aplicable á la institución convencional. El principio de donde parte el Tribunal, es inexacto una vez más; el de Pau dice que al declarar inenajenables los bienes dotales, no entendió la ley asegurar su goce al marido, sino que quiso armar á las mujeres contra su debilidad y su dependencia; cuando la mujer tiene facultad para enajenar sus propios, es de temerse que los enajene bajo el dominio de un temor moral que el marido ejerce en ella; y no hay más que un medio de garantizarla contra ese abuso de la autoridad marital, que es el de prohibirla la enajenación de bienes dotales. La ley quie-

re que la mujer conserve su propiedad entera; luego debe estarle prohibido que enajene parcialmente, desprendiéndose del derecho de disponer de ella á título gratuito.

El Tribunal de Grenoble confiesa que la institución convencional quitaría á la mujer la facultad de transmitir sus bienes á título gratuito; pero esa facultad, dice, no entra para nada en el empleo del dote. Es otro error. El artículo 1,555 dice que la mujer puede, con licencia marital, ó, á falta de ella, con autorizacion judicial, dar sus bienes dotales para establecer á los hijos que hubiere tenido de un matrimonio anterior. Hé ahí, según la misma ley, uno de los destinos del dote. Pues bien, cuando la mujer haya dispuesto de sus bienes dotales por institución convencional, no podrá dotar á sus hijos de otro matrimonio; prueba evidente de que por una institución enajenó un derecho esencial de propiedad, un derecho que la ley garantiza á la mujer, permitiéndole que dote á sus hijos, aun apesar del marido.

Finalmente, el Tribunal de Grenoble invoca la tradición; á decir verdad, sería el único argumento que nos haría vacilar si estuviese fundado. Ciertamente que antiguamente la mujer dotal podía hacer una institución convencional; pero el Código Civil estableció principios absolutos donde, en la antigua jurisprudencia, reinaba una arbitrariedad sin límites; cada parlamento admitía excepciones á la inenajenabilidad del dote. El Código puso fin á esa incertidumbre, sentando una regla y precisando las excepciones, fuera de las cuales se vuelve á esa regla misma. Esto es decisivo; la institución convencional está prohibida, únicamente por no haber sido autorizada. (1)

1 Agén, 28 de Enero de 1856 (Daloz, 1856, 2, 96). Compárese con lo resuelto en el mismo Agén, á 6 de Noviembre de 1867 (Daloz, 1868, 2, 134).

Núm. 3. ¿Quién puede hacer una institución convencional?

196. El art. 1,082 dice que los padres y demás ascendientes, los parientes colaterales de los cónyuges, y hasta los extraños, pueden hacer una institución convencional. Esta enumeración está tomada del Estatuto de 1731 (artículo 10). Furgole hace notar á este respecto, que el favor de las donaciones hechas por contrato matrimonial no se debe al carácter de los disponentes, sino que es favorable la naturaleza del contrato, sean quienes fueren los donantes. Sin embargo, las instituciones convencionales son disposiciones á título gratuito, y para disponer á título gratuito, es menester una capacidad especial, la cual varía según que se dona entre vivos ó por testamento. De ahí una dificultad: ¿qué capacidad debe tener el instituyente, la del donante ó la del testador? Ya hemos respondido á esta pregunta (núm. 178). La institución convencional, según la ley, es donación, luego el instituyente debe tener capacidad para donar. Esto se funda también en la razón. La ley se contenta con una capacidad menor para prestar, porque el que testa no se despoja á sí mismo, sino que despoja á sus herederos, y á toda hora puede revocar sus disposiciones; pero el que dona, enajena actual é irrevocablemente, se despoja á sí mismo sin compensación alguna; por lo cual necesita plena capacidad. Bajo este concepto, la institución convencional se acerca á la donación entre vivos más que al testamento; lo prueba el art. 1,083, puesto que declara irrevocable, hasta cierto grado, la institución convencional; luego es menester que tenga el instituyente la capacidad necesaria para hacer una donación. (1)

197. Ninguna dificultad ofrece la aplicación del princi-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 252, nota 14 y los autores que citan.

pio, cuando se trata de un menor de dieciséis años: la ley le permite que disponga de sus bienes por testamento hasta donde concurren con la unidad de aquellos de que el mayor puede disponer; pero el art. 905 está concebido en términos muy restrictivos: "el menor no podrá disponer sino por testamento." Esto resuelve la dificultad, puesto que la institución convencional no es testamento; siendo inútil insistir en este punto, en el cual todos están de acuerdo. Más adelante veremos qué disposiciones puede hacer el menor cuando se casa.

En cuanto á la mujer casada, es de todo punto evidente que no puede hacer institución convencional sin licencia marital ó autorización judicial. El art. 217 la declara incapaz de "donar" y "enajenar," y la institución convencional es donación, puesto que importa enajenación parcial del derecho de propiedad, como lo acabamos de decir (número 194). El art. 905 reproduce la disposición del 217, declarando que la mujer no puede dar entre vivos; y en cuanto al derecho de disponer, la institución convencional se asimila á la donación entre vivos (núm. 196). Uno de nuestros buenos autores, Grenier, ha sostenido, sin embargo, que la mujer puede hacer una institución convencional sin autorización alguna, porque el art. 905 le permite que disponga por testamento, sin consentimiento de su marido ni autorización judicial. Tan evidente es el error que creemos inútil insistir en él. Puede consultarse á Durantón, que le refuta largamente. (1)

Las personas sujetas á consejo por debilidad de ánimo ó por prodigalidad, no pueden enajenar sin la asistencia del consejo mismo; luego no pueden hacer institución convencional sin esa asistencia. Más adelante examinaremos la cuestión de si pueden disponer á título gratuito en favor de su cónyuge.

1 Durantón, t. 9º, pág. 715, núm. 723.

198. No puede haber duda respecto de instituciones convencionales hechas por un individuo sujeto á interdicción. Hase preguntado si se debe aplicar el art. 504 á las instituciones convencionales hechas por una persona que se cree haber padecido demencia, aun cuando no se haya pedido su interdicción ni resulte del mismo instrumento la prueba de la demencia. Conforme á la doctrina hoy generalmente seguida, no se aplica el art. 504 á los testamentos y las donaciones, las cuales pueden impugnarse en virtud del art. 901, probando que el disponente no estaba en el pleno uso de sus facultades intelectuales. ¿Se rige la institución convencional por el art. 901 ó por el 504? Se resolvió que debe asimilársela á las donaciones; sobre esto no cabe duda; siempre la institución convencional es liberalidad, ya se la considere como testamento ó como como donación; luego es aplicable el art. 901. (1)

Núm. 4. ¿En favor de quién puede hacerse la institución convencional?

199. Conforme al art. 1,082, puede hacerse la institución convencional, tanto en favor de los cónyuges como de los hijos por nacer del matrimonio, caso de que sobreviva el donante al cónyuge donatario. La disposición debe entenderse en un sentido restrictivo. Para favorecer al matrimonio, permite el legislador la institución convencional, la cual, empero, no le favorece sino cuando aprovecha á los futuros esposos y á los hijos que nacerán de su unión. Luego la institución convencional no puede hacerse más que en su favor.

200. Se hace la donación á los futuros cónyuges; ¿aprovecha á cada uno de ellos por mitad, ó se estima hecha por el todo á uno de los dos? Generalmente no es dudoso el

1 Gand, 13 de Febrero de 1849 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 219).

punto por más debatido que él esté. Cuando se concede á una de dos personas un derecho divisible, se divide entre ellas y cada una tiene sólo la mitad. Luego la institución convencional se divide entre los dos cónyuges. Así lo declaró el Tribunal de Caen en un caso en que los términos del instrumento resolvían la dificultad. El padre del futuro esposo hace dón "á los futuros," por la buena amistad que "les" profesaba, de todos los bienes que dejara á su fallecimiento; y estaba convenido que el cónyuge superviviente gozaría de ellos en plena propiedad. Los dos esposos aceptaron. (1)

Hay una resolución en sentido contrario, del Tribunal de Bruselas. El instrumento expresaba que la donación se había hecho á los dos futuros cónyuges; no se puede suponer, dice el Tribunal, que haya sido la intención de las partes, que la mitad del inmueble donado perteneciese á la futura esposa; si el instrumento habla de dos futuros cónyuges, es porque debían disfrutar conjuntamente de la liberalidad. (2) Indudablemente, no es posible que tal sea la intención del donante, pues en ese caso cuidará de expresarlo; si dona á ambos esposos, hay dos donatarios, á menos que se pruebe que los términos de la donación no corresponden á la mente del donante. El Tribunal de Bruselas parece haberse guiado por las presunciones que se segulan en el derecho antiguo. Cuando era extraño el donante, se presumía que había querido agraciar á los dos cónyuges; cuando era un padre el que donaba colectivamente á los futuros cónyuges, admitíase que no había querido agraciar sino á su hijo; también se admitían otras presunciones, fundadas todas en la probable intención del disponente. (3) Es evidente que esas presunciones no tienen

1 Caen, 7 de Agosto de 1848 (Daloz. 1849, 2, 112).

2 Bruselas, 23 de Noviembre de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 243), y 9 de Junio de 1810 (Daloz, núm. 2,253).

3 Coin. Delisle, pág. 561, núm. 26 del art. 1,082.

fuerza alguna bajo el imperio de una legislación que no admite más que presunciones establecidas por la ley; no hay texto, luego no hay presunción, y, por consiguiente, debe resolverse el punto, como lo acabamos de hacer nosotros, según los principios generales.

201. Conforme al art. 1,982, puede hacerse la institución convencional en favor de los cónyuges y de los hijos que nazcan del matrimonio. La ley no dice que el donante puede instituir directamente á los hijos por nacer, con exclusión de los cónyuges. Y como en esta materia excepcional todo es de la más rigurosa interpretación, es menester decidir que lo que no permite la ley, está prohibido, por lo mismo, si á ello se oponen los principios generales. Mas no se puede hacer donación en favor de un hijo por nacer (art. 902); si la ley lo permite en la institución convencional, es con la condición que ella determina: es menester que se haga la institución en favor de los cónyuges y de los hijos. También esto se funda en razón; la donación se hace en favor del matrimonio; mas ¿favorecería ella el matrimonio si los principales interesados, que lo son los futuros cónyuges, no se aprovecharan de ella?(1) Si se hiciera la institución en favor de los hijos por nacer, con exclusión de los cónyuges, sería radicalmente nula, es decir, inexistente, puesto que no habría donatario, por no poder ser agraciados los hijos no concebidos. (2)

202. El art. 1,082 dice que el donante puede disponer de sus bienes futuros en favor de los esposos y de los hijos por nacer de su matrimonio, en el caso de que el donante sobreviva al esposo donatario. Si el disponente comprendió en la institución á los hijos que nazcan del matrimonio, éstos obtendrán el beneficio de la liberalidad por sí mismos, como herederos convencionales. No reciben la heren-

1 Darantón, t. 9º, pág. 676, núm. 678 y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 258, nota 30, pfo. 739.

cia por transmisión, puesto que el esposo donatario, falleciendo antes que el donante, nunca tuvo derechos ni pudo, por consiguiente, transmitirlos. No la reciben por representación, porque el derecho de recibir una herencia por representación es un derecho excepcional que la ley no admite más que en favor de los herederos *ab intestato*, sin que disfruten de él los testamentarios ni los convencionales. De ahí que los hijos instituidos como herederos pueden recibir la herencia del instituyente, á pesar de que renuncien la del padre. (1)

Siendo herederos por contrato los hijos instituidos, es tan irrevocable su derecho como el del cónyuge donatario. Se ha declarado, aplicándose este principio, que el instituyente no puede hacer al instituido donación de los bienes comprendidos en la institución. En el caso, la donación se había hecho en fraude de la institución convencional, para permitir al esposo donatario que distribuyera desigualmente entre sus hijos bienes á los cuales no estaban llamados éstos por derecho igual; la donación fué anulada. (2) También se declaró que el instituido no podía dar al instituyente los bienes comprendidos en la institución; si muere, no tiene ningún derecho ni puede disponer, con perjuicio de los hijos instituidos en el mismo título que él, de los bienes donados. Esos bienes son donados irrevocablemente á los hijos, el instituyente no los puede privar del título de herederos, y el esposo donatario no tiene derecho alguno si muere antes que el donatario. (3)

203 ¿Qué sucederá si los hijos no están comprendidos expresamente en la institución convencional? El segundo párrafo del art. 1,082 decide que “aunque se haga solamente en favor del esposo ó de uno de ellos, siempre se

1 Coin-Delisle, pág. 564, núms. 40 y 41 del art. 1,082.

2 Riom, 21 de Agosto de 1829 (Daloz, núm. 2,027, 3°).

3 Nimes, 5 de Julio de 1826 (Daloz, núm. 2,028, 1°).

presumirá, en el caso dicho de supervivencia del donante, que la donación se hizo en favor de los hijos y descendientes que nazcan del matrimonio." Esta presunción se funda en la intención del donante; él hizo una donación en favor del matrimonio, y así, en favor de la familia que se va á formar; el esposo que se casó, en consideración de esa liberalidad, contó por su parte con que de ella se aprovecharían sus hijos si llegaba á morir antes. Los autores y la jurisprudencia están acordes en ver á los hijos como substitutos vulgarmente. Ya en el derecho antiguo se admitía que toda institución convencional comprendía una substitución tácita en favor de los hijos del instituido. Bajo el dominio del Código Civil, se enseña igualmente que se reputan los hijos como substitutos de los cónyuges donatarios. (1) La jurisprudencia ha consagrado la opinión universal. (2) Sin embargo, no dice la ley que haya substitución vulgar, y con razón se ha notado que, según los principios, no podía haber substitución. En efecto, las substitución vulgar implica que, en el momento mismo de hacerse la disposición, el substituto y el instituido pueden entrar y entran en ella, uno á falta de otro; luego los hijos por nacer no pueden ser substitutos de su padre donatario. Vale más no admitir una explicación que, en materia, no es jurídica y que puede inducir á error, como lo diremos más adelante. La intención de los contratantes basta para explicar el llamamiento de los hijos, aun no diciendo nada el instrumento.

204. La ley llama á los "hijos y descendientes" por nacer del matrimonio, luego llama á todos con igual título y sin distinción, como entran á la herencia *ab intestato*; lue-

1 Véanse los testimonios en Demolombe, t. 23, pág. 315, número 286. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 256, nota 27.

2 Metz, 7 de Julio de 1824 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 2,0269.

go la sucesión convencional es una imagen. Lo mismo sucede cuando el donante expresamente comprendió á los hijos en la institución; el primer párrafo del art. 1,082 habla también, en términos generales, de los hijos "por nacer del matrimonio." La ley quiere, pues, que se llame á todos los hijos, y le es ajena toda idea de desigualdad. Lo propio sucede con las substituciones fideicomisarias permitidas; la ley no permite que se haga distinción entre los hijos, en razón de su sexo ó de la primogenitura; todos están en la misma línea. Con mayor razón debe suceder así en una donación que el legislador no autoriza sino para favorecer el matrimonio. De ahí que el donante no podría llamar á la institución al hijo mayor ó á los varones, de preferencia á los demás. Esto resulta desde luego de la mente del legislador, como acabamos de manifestarlo conforme al tenor del art. 1,082. Los principios no dejan lugar á duda alguna. No se puede disponer por acto entre vivos, en favor de hijos no concebidos, sino en dos casos: por substitución fideicomisaria y por institución convencional; mas la cláusula que llamara á algunos de los hijos á la herencia del donante por contrato, no entraría en ninguno de esos dos modos de disponer; esto no sería institución convencional, puesto que no comprendería, como lo quiere la ley, todos los hijos por nacer del matrimonio; sería, pues, una donación no prevista por la ley, y, por lo mismo, no autorizada, porque es menester una disposición terminante para autorizar el llamamiento de los hijos por nacer. (1)

Se pregunta si podría reservarse el donante, en caso de morir el instituido, la facultad de distribuir desigualmente entre los hijos del donatario, los bienes comprendidos en la institución, ó de aplicarlos exclusivamente á algunos. Se enseña que sí; pero conviene precisar el sentido de tal

1 Durantón, t. 9º, pág. 689, núm. 692 y todos los autores.

doctrina. El donante no puede, de antemano, en el instrumento de la donación, derogar la ley de la igualdad, lo cual sería un pacto sucesorio fuera de los casos en que lo admite por excepción la ley; pero nada obsta para que limite el beneficio de la institución á los cónyuges, reservándose disponer de los bienes como le parezca, en el caso de que los cónyuges donatarios llegaran á morir antes. En este sentido, la cláusula es válida; á decir verdad, es inútil, porque caducando la institución por la muerte de los esposos, vuelve el donante á su pleno derecho de propiedad, y dispondrá de sus bienes como le parezca. (1)

205. ¿Pueden los hijos quedar excluidos de la institución convencional? Esa es la opinión general, excepto el disentiimiento de Coin-Delisle, cuyo parecer no ha tenido apoyo. Creemos que aquélla se funda en el texto y en el espíritu de la ley. El art. 1,082 comienza por decir que el donante puede disponer de sus bienes futuros por contrato de matrimonio, tanto en favor de los cónyuges como de los hijos que puedan nacer de él; la ley no dice que los hijos deban estar comprendidos en la institución. Lejos de eso, prevée el caso de que no estén comprendidos en ella, y presume entonces que la donación se hace en favor de los hijos y de los descendientes. Tal presunción se funda en la intención del donante y de los donatarios y descansa en la voluntad probable de los contratantes; luego cuando la ley no hace más que presumir la voluntad de las partes, les permite, por lo mismo, que manifiesten una voluntad contraria. Es derogar los principios generales llamar á los hijos por nacer; es volver á ellos limitar la disposición á los futuros cónyuges. La donación será, empero, una liberalidad en favor del matrimonio, puesto que se hace en favor de los que tienen el mayor interés en ella.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 257, nota 23, pfo. 739.

Por otra parte, en el espíritu de la ley está dejar cierta latitud al donante; mientras más se quiere encadenar su voluntad, menos dispuesto estará á dar. (1)

Coin-Delisle confiesa que la opinión general se funda en la interpretación literal de la ley; interpretación que llama él minuciosa. Esta confesión basta para condenar su disentiimiento. Es menester una interpretación minuciosa en una materia en que no se puede ni añadir ni quitar nada á la ley. Las consideraciones morales que invoca Coin-Delisle nos admiran. No se puede tachar de egoístas á los esposos donatarios que consienten en la exclusión de sus hijos, porque no son los donatarios quienes dictan la ley, sino el donante quien dispone de sus bienes como le parece, pues los donatarios no hacen más que aceptar lo que el donante quiere darles.

206. ¿Puede hacerse la institución convencional en favor de otras personas que no sean los cónyuges y los hijos por nacer? Indudablemente que nó. La donación de bienes futuros deroga los principios fundamentales del derecho, los que conciernen al orden público y á las buenas costumbres. Se ha necesitado todo el interés que merece el matrimonio, para que el legislador autorizara un pacto sobre una herencia futura, pacto que prohíbe como inmoral. Hé ahí por qué el art. 1,082 limita las personas en cuyo favor puede hacerse la institución: los esposos y los hijos por nacer del matrimonio. Fuera del caso en que permite la ley uná excepción, se vuelve á la regla, y ésta, en el caso, es la prohibición severa de todo convenio acerca de una herencia futura. El principio está admitido por la doctrina y por la jurisprudencia. (2) Vamos á hacer una aplicación de él.

1 Delvincourt, nota 12, sobre la pág. 110, seguido por todos los autores. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 362, núms. 29-33.

2 Grenier, t. 3º, núm. 429 y todos los autores. Limoges, 26 de Febrero de 1821 (Daloz, palabra *Disposiciones*, núm. 2,043).

¿Los hijos nacidos de un matrimonio anterior ó posterior del cónyuge donatario, están comprendidos en la institución? Antiguamente había sus disensiones en este punto, y se prevalían del texto del art. 1,089 para sostener que la institución aprovecha á los hijos del donatario, cualquiera que sea el matrimonio de que procedan. La ley dice que caduca la institución convencional cuando sobrevive el donante al cónyuge donatario y á su "posteridad." Grenier, fundándose en la palabra general de "posteridad," enseñó desde luego que comprendía á todos los hijos del cónyuge donatario; pero rectificó su error. Es menester no aislar el art. 1,089 del 1,082; la muerte de la posteridad significa, pues, los hijos por nacer del matrimonio del cónyuge donatario. El espíritu de la ley no deja lugar á duda; en vista del matrimonio que debe celebrarse es como el donante da su herencia, pues, ciertamente, no se propone darla al futuro matrimonio, después de disuelto el primero. En cuanto á dar á los hijos de ese primer matrimonio, no lo puede, porque dar á los hijos nacidos de un matrimonio disuelto, no sería, en verdad, favorecer el que está por celebrarse, como no se suponga que el cónyuge que vuelve á casarse vende su consentimiento, especulación muy poco moral que el legislador no puede alentar. (1)

Por igual motivo hay que resolver que los padres que hacen una institución convencional en favor de uno de sus hijos que se casa, no pueden hacerla en el mismo contrato en favor de otro que no se casa. La disposición valdrá en favor del hijo que contrae matrimonio, y será nula respecto al otro. Así lo resolvió el Tribunal de Limoges, y la cosa no tiene duda. Sosteníase, en el caso, que la disposición nula debía aprovechar al hijo casado por derecho de acre-

1 Coin-Delisle, pág. 564, núm. 36 de art. 1,082, y todos los autores. Bruselas, 26 de Febrero de 1821 (Dalloz, núm. 2,043).

cer; pero el Tribunal resolvió, y con razón, que no podía tratarse de acrecencia cuando no había colegatarios. En vano se invocaba la analogía que no había. El donante no había llamado á los dos hijos conjuntamente á su herencia, sino que había hecho dos instituciones convencionales, una válida y la otra nula; no pudiendo producir ésta ningún efecto, los bienes que en ella se comprendían quedaban en la herencia *ab intestato*. (1)

207. En el derecho antiguo se había imaginado una cláusula para eludir la aplicación de los principios, tales como los acabamos de exponer: la cláusula de asociación. Se instituía al futuro cónyuge con la carga de asociar, quiere decir, de hacer que participaran terceros, por ejemplo, hermanos del donatario, del beneficio de la institución. ¿Se permitiría esa cláusula conforme al Código Civil? Todos los autores, salvo Merlin, la condenan, y con razón. No se puede hacer indirectamente lo que prohíbe la ley que se haga directamente; y la cláusula de asociación no era otra cosa que institución convencional en favor del tercero asociado; quiere decir, institución ilegal. Esto es decisivo; creemos inútil responder á las malas razones de Merlin, como ya se ha hecho. (2)

Sin embargo, hay una dificultad. ¿Qué sucede con la parte que debía restituirse al tercero asociado? Se ha creído que la carga de asociar era una de tantas condiciones como el art. 900 reputa no escritas, y se ha inferido de ahí que el cónyuge instituido se aprovechaba él solo del beneficio de la institución. La consecuencia es de tal manera inadmisibles, que Merlin se valió de ella contra la doctrina de la cual parecía emanar. Creemos que el art. 900 no es aplicable á la carga de asociación. A decir verdad,

1 Limoges, 26 de Febrero de 1821 (Daloz, núm. 2,043).

2 Durantón, t. 9º, pág. 690, núm. 694. Coin-Delisle, pág. 507, número 52. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 251, notas 22 y 23. Demolombe, t. 23, pág. 319, núms. 293 y siguientes.

no es esa una carga sino una condición del legado. Conforme á la mente del donante, hay dos instituciones, una directa y legal en favor del hijo que se casa, y la otra indirecta é ilegal en forma de cláusula de asociación; es menester hacer á un lado la forma que el legislador no puede tener en consideración, puesto que su único fin es defraudar á la ley. ¿Qué queda entonces? Dos instituciones convencionales, nula una y válida la otra; ésta valdrá, la otra se tendrá como no hecha; los bienes comprendidos en ella, quedarán en la herencia *ab intestato*. Tal es la mente del donante. Si se aplicase el art. 900, el cónyuge instituido recibiría toda la herencia, y el asociado quedaría excluido de ella; mas cuando el asociado es hermano del cónyuge, muy lejos de excluirle de la herencia, el donante quiso asegurarle su parte en un contrato irrevocable; si no puede recibirla como instituido, es menester, por lo menos, que la reciba como heredero. (1)

Núm. 5. Nulidad.

208. La institución convencional que no se hizo con las formalidades y condiciones de la ley, es nula. ¿Es esa nulidad propiamente dicha, ó es inexistente la donación? Sería inexistente, conforme al derecho común, si fuese nula en cuanto á la forma; quiere decir, si se hubiese hecho en instrumento privado ó auténtico, pero nulo como tal. ¿Qué debe resolverse si no se hizo por contrato de matrimonio? Que sería una institución de heredero por contrato, es decir, un convenio acerca de una herencia futura, fuera de las condiciones en que la autoriza la ley, y, por consiguiente, un pacto hereditario. A nuestro juicio, tal pacto es

1 Durantón, t. 9º, pág. 693, núm. 695. Coin-Delisle, pág. 569, números 56-62. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 254, nota 24; pág. 258, nota 32. Demolombe, t. 23, pág. 322, núm. 295.

inexistente, y volveremos á este punto en el título “De las Obligaciones.” (1)

Por la misma razón, debería considerarse como inexistente la institución que se hiciese en favor de otras personas que los cónyuges y los hijos por nacer de su matrimonio. En consideración á ellos, la donación es un pacto sucesorio no autorizado, y, por lo mismo, inexistente, conforme á nuestra opinión.

¿Sería también inexistente si se hiciese en favor de los hijos por nacer, con exclusión de los cónyuges? La afirmativa no es dudosa, admitida la teoría de los actos inexistentes. No hay contrato sin consentimiento; y, pues, los hijos no nacidos no pueden consentir, ni nadie puede por ellos, no hay, pues, donatarios; y sin donatarios, puede haber donación?

209. La institución convencional sería simplemente nula si se hiciese por incapaces, como una mujer casada sin autorización marital. Tal es la aplicación de los principios relativos á los actos nulos ó inexistentes; volveremos á este punto en el título “De las Obligaciones.”

210. Los autores, excepto M. Demolombe, no hacen esas distinciones, sino que declaran nula en todo caso la institución convencional; es decir, anulable. Lo que dicen de la acción de nulidad no se aplica, siguiendo nuestra opinión, más que al caso de que la institución sea nula por incapacidad. Se pregunta en qué término deben pedir los causahabientes la nulidad. Hay alguna duda en ello. Si la acción de nulidad se entabla por el donante incapaz, se aplicará el art. 1,304, puesto que se trata de una demanda intentada por uno de los contratantes. Si los herederos son los que proceden, ¿podrá oponérseles también la prescripción de diez años? Depende la solución de saber si se esti-

1 Aubry y Rau aplican el art. 943 (t. 6º, pág. 259, nota 33, párrafo 739).

man como partes los herederos en el instrumento como representantes del difunto. Así sucede por lo general; los herederos no tienen más derechos que los de su autor. Pero hay una excepción de este principio cuando se trata de actos á título gratuito que en su nombre impagnan los herederos; y tal es, sin duda, la acción de nulidad de una institución convencional hecha por el difunto. Desde ese momento no se puede decir que los herederos hayan estado representados en el acto por el difunto; y así, continúan bajo el dominio del derecho común, y su acción se rige por el art. 2,262. (1)

211. ¿Cuándo comienza á correr la prescripción? Si se admite que los herederos tienen un derecho suyo propio, que reciben de la ley, hay que decir que su acción nace al morir el donante, puesto que hasta entonces produce efecto la institución. En cuanto al donante, sigue bajo el dominio del derecho común. Si por incapacidad ataca la donación, puede proceder, según el art. 1,304, desde el día en que cesa la incapacidad. Se ha objetado con el art. 2,257, conforme al cual no corre la prescripción respecto de un crédito suspendido por una condición sino hasta que se realice ésta. Basta leer la ley, para convencerse de que no se aplica á la acción del donante, quien no tiene crédito contra el instituido, sino que obligado por un contrato que no le permite disponer á título gratuito, pide su nulidad para poder hacer nuevas disposiciones; nada le impide proceder inmediatamente, y aun tiene interés en ello, para volver al libre ejercicio de su derecho de propiedad. Quiere decir, está en el derecho común y no en la excepción prevista por el art. 2,257. (2)

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 259, nota 36. En sentido contrario, Denegada, 1º de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 15).

2 En sentido contrario, Besangón, 30 de Marzo de 1844 (Daloz, 1845, 4, 365).

§ III.—EFECTOS DE LA INSTITUCION.

Número 1. Con relación al instituyente.

212. El donante dispone de los bienes que deje á su fallecimiento; ningún derecho actual á los bienes que posee al tiempo de la donación transmite, pues, al instituido, sino que conserva su propiedad, así como la de los que adquiriera en lo sucesivo. Su derecho de propiedad no está restringido sino por lo que hace á la facultad de disponer á título gratuito. El donante instituyó un heredero por contrato y no puede revocar esa institución haciendo nuevas liberalidades (art. 1,085). Salvo esta excepción, el donante conserva la propiedad absoluta de sus bienes. Esto no tiene duda. (1) Ese es el carácter distintivo de la institución convencional, y la razón por la cual la autorizó el legislador; se supone que los que quieren hacer liberalidades á los futuros cónyuges se resolverán más fácilmente á ello si pueden quedar al frente de su fortuna toda su vida. El único derecho de que se despojan es la facultad de disponer á título gratuito; más cierto sería decir que usan de ella al instituir un heredero; y habiendo dispuesto de su herencia á título gratuito, es natural que no puedan hacerlo ya más adelante, deshaciendo lo hecho. Bajo este concepto, dice el art. 1,085, es irrevocable la institución. Lo cual implica que no lo es respecto de los actos á título oneroso.

213. Quedando como propietario el donante, conserva el derecho de disponer de sus bienes á título oneroso, como le parezca. Se resolvió que los puede vender, mediante una renta vitalicia, en un caso en que la venta comprendía todos los bienes del donante. Conforme á derecho, la reso-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 260, nota 39, pfo. 739, y los autores que citan. Hay que añadir á Demolombe, t. 23, pág. 335, número 310, y Bruselas, 18 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 63).

lución es indiscutible. El art. 1,968 expresa que la pensión vitalicia puede constituirse "á título oneroso," mediante una cantidad de dinero ó por una cosa mueble apreciable, ó por un inmueble. Luego la venta que el donante hace de todos sus bienes por un precio consistente en una renta vitalicia, es un contrato á título oneroso; y el donante tiene un poder ilimitado para disponer de sus bienes á título oneroso; lo cual resuelve la dificultad. Se objetaba que si el donante enajena todos sus bienes á renta vitalicia, nada quedará en su herencia, y de aquí se concluía que esa venta era una revocación indirecta de la institución convencional; lo cual no tiene derecho de hacer el instituyente. Es cierto que no tiene ese derecho disponiendo á título gratuito (art. 1,085); pero puede revocarla indirectamente vendiendo sus bienes y disponiendo del precio de la venta; y no otra cosa es la enajenación de los bienes mediante una renta vitalicia. (1) No hay más que una restricción que hacer á esa decisión, y es que el instituyente no puede hacer liberalidad en forma de contrato oneroso; y cabe decir aquí que le está prohibido hacer indirectamente lo que la ley le prohíbe que haga directamente. La enajenación mediante una renta vitalicia se presta al fraude, pues puede fijarse tan baja la tasa, que la pretendida venta sea una donación. Toca á los jueces apreciar los hechos conforme á las circunstancias.

214. Puesto que el donante puede enajenar, puede también gravar los bienes con derechos reales, con hipoteca y con servidumbre. El derecho es indisputable. Pero ¿quó habrá que hacer uua institución para el caso de que el donante obre en fraude del instituido? La Sala de Casación, resolviendo que el donante puede conceder una servidumbre en los bienes comprendidos en la institución, añade

1 Denegada, 15 de Noviembre de 1836 (Daloz, núm. 2,070).

que el instituyente no puede proceder por repugnancia á la institución por él hecha. (1) ¿Qué se debe entender por "fraude" en esta materia? Es cierto que las liberalidades disfrazadas con la forma de un contrato oneroso son nulas; el donante hace, en ese caso, lo que no tiene derecho de hacer. (2) Se admitiría la prueba de simulación que ofrecieran los herederos, y si se hubiese establecido que el acto es una liberalidad, debería anularse aplicando el artículo 1,085; aun cuando no sean cómplices de la simulación los terceros, por no tratarse de la acción pauliana, la nulidad se funda en la incapacidad de disponer á título gratuito, y así, basta probar que hay donación, directa ó indirecta, para que deba anularse. Hay alguna incertidumbre sobre este punto entre los autores, que confunden la acción pauliana del art. 1,167 con la que nace del artículo 1,085. (3)

Pero se puede preguntar si además de la acción que nace del art. 1,085 tienen los herederos la pauliana. Esta acción no pertenece más que á los acreedores contra los actos ejecutados por su deudor en fraude de sus derechos. Mas los herederos no son acreedores, el donante no es su deudor, y el único derecho que tienen es la calidad de herederos de que no les puede despojar el instituyente. El donatario sigue siendo propietario, y como tal puede usar y abusar; y en no haciendo donación, está en su derecho, aunque disipe los bienes comprendidos en la institución. Síguese de ahí, que por más perjudiciales que sean los ac-

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1825 (Daloz, palabra *Servidumbre*, núm. 1,010).

2 Bruselas, 18 de Febrero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 63). Riom, 12 de Diciembre de 1818 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 358). Compárese con la Denegada de 5 de Noviembre de 1806 (Daloz, *id.*, núm. 618). Grenier, t. 3º, pág. 268, núm. 412, y todos los autores.

3 Durantón exige la complicidad de los terceros (t. 9º, pág. 708, núm. 714); lo mismo que Demolombe, t. 23, pág. 337, núm. 312.

tos ejecutados por el donante, no tienen los instituidos derecho para quejarse, pues se les contestaría que el que usa de su derecho no causa perjuicio.

215. ¿Podría renunciar el instituyente el derecho de disponer de sus bienes á título oneroso? Troplong dice que no hay duda acerca de la validez de semejante causa, aun que se haya discutido. Parécenos que hay muy buenas razones para dudar. Renunciar la facultad de enajenar sus bienes presentes y futuros, con el fin de asegurar los derechos del heredero convencional, ¿no es hacer una estipulación acerca de una herencia futura, estipulación que está prohibida? Es, además, un convenio contrario al orden público, puesto que pone los bienes del donante fuera del comercio, durante toda su vida; el instituido no puede enajenarlos, porque su derecho no comienza sino al morir el instituyente; y éste está privado de la facultad de enajenarlos.

Troplong dice que el instituyente habría podido dar su cosa irrevocablemente, ó darla reservándose el usufructo; ¿por qué se le había de prohibir obligarse por una promesa que le acerca al usufructuario? Mala razón; no es cierto que el donante puede dar irrevocablemente todos los bienes comprendidos en la institución convencional; puede dar los presentes, pero no los futuros. Si da sus bienes presentes, sigue en el derecho común; el donatario se hace propietario, y los bienes no quedan fuera del comercio; nada hay, en ese convenio, de ilícito ó contrario al orden público. Lo mismo sucede respecto de la donación con reserva de usufructo. Absolutamente distinta es la cláusula por la cual se priva el instituyente de una facultad de orden público, la de enajenar, y estipula acerca de los bienes futuros. Troplong confunde, pues, contratos de naturaleza especialmente distinta. Si el donante quiere conferir al donatario un derecho irrevocable, debe darle sus bienes pre-

sentés ó hacer una donación acumulativa de los presentes y de los futuros, como lo veremos más adelante. (1)

216. El instituyente no puede ya, por lo general, disponer á título gratuito de los bienes comprendidos en la institución. Esto es lo que dice el artículo 1,083, concebido así: "La donación, en la forma que expresa el artículo precedente, será irrevocable únicamente en el sentido de que ya no podrá el donante disponer á título gratuito de los objetos comprendidos en la donación, á no ser por cantidades módicas, á título de recompensa ó de otro modo."

De aquí se sigue que el que dispuso de todos sus bienes por institución convencional, no pudo hacer ya nueva institución. Esto sería revocar la primera, á lo menos en parte; mas el instituido es heredero por contrato, y el instituyente no le puede quitar ese derecho. (2) Sin embargo, nada obsta para que el donante haga segunda donación, vivo el primer donatario, subordinándola al fallecimiento de éste; no debiendo la segunda producir efecto si no caduca la primera, en nada afecta á ésta. El caso se presentó ya respecto de una institución hecha por una mujer en favor de su marido, por contrato de matrimonio, y la misma hizo otra nueva por si el marido llegaba á morir antes que ella. Objetóse que el primer donatario no podía renunciar el beneficio de la institución en vida de la donante; pero el instrumento mismo en que la mujer hacía nueva institución contenía una reserva expresa de los derechos eventuales de su marido, reserva sancionada por éste, que estuvo presente al acto. (3)

217. El que dispuso de todos sus bienes por institución

1 Durantón, t. 9º, pág. 707, núm. 713; Demolombe, t. 23, página 338, núm. 314. Riom, 4 de Diciembre de 1810 (Daloz, número 2,070). En sentido contrario, Troplong, t. 2º, pág. 327, núm. 2,349. Tolosa, 18 de Enero de 1820 (Daloz, núm. 2,074).

2 Burdeos, 14 Pluvioso, año IX. (Daloz, núm. 2,080, 1º).

3 Denegada, 29 de Noviembre de 1858 (Daloz, 1859, 1, 132).

convencional ¿puede todavía hacer otra á título universal? Nó, porque instituyó un heredero, y no puede instituir otro con perjuicio del primero; mas disponer á título universal, es instituir un heredero que vendría á quitar al primero una fracción de su derecho hereditario; sería, pues, revocar la primera institución en cuanto á esa fracción, y el art. 1,083 dice que la institución de heredero es irrevocable. Añade que el donante no puede disponer ya sino por cantidades módicas y á título de recompensa ú otro; lo cual implica una disposición á título particular, y excluye, por consiguiente, cualquiera donación á título universal, aunque fuese de una fracción mínima de los bienes del donante. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo, y no cabe duda, puesto que la ley resuelve la dificultad, no haciendo más que reproducir el derecho antiguo. (1)

Si el donante hiciese una disposición de parte alícuota ¿tendría lugar la reducción, ó sería nula en todo? La reducción supone que el donante tenía derecho de disponer, pero que se excedió de la parte disponible. Ahora bien, el que después de dar todos sus bienes da una parte de ellos, dispone de lo que no tiene derecho de disponer; hace, pues, una disposición nula. Así se declaró en Casación, en el siguiente caso. Después de dar á su hijo todos los bienes que deje al morir, se casa de nuevo el padre y hace donación á su segunda esposa, del cuarto de los bienes que le pertenezcan al morir. La donación fué anulada por el Tribunal de 1.ª Instancia, y en apelación, el Tribunal de Amiéns declaró válida la donación reduciéndola á la sexta parte de la herencia. El fallo está muy mal motivado, pues se dice en él que el instituyente conserva la libertad de disponer de una parte de sus bienes, lo que puede hacer á título universal, con tal que sea sin fraude, y sin perjuicio

1 Grenier, t. 3º, pág. 269, núm. 413, y todos los autores. Aix, 17 de Febrero de 1829 (Dalloz, núm. 2,080, 2º).

de reducirla si es excesiva. El fallo fué recurrido, y para mejorar el recurso dijo el hijo donatario que el art. 1,083 prohíbe al donante que revoque la institución convencional en que dejó un heredero universal; y equivale á revocarla dar á un tercero una parte alicuota de los bienes, porque es crear un segundo heredero que quite al primero el cuarto de su derecho hereditario. El fallo fué casado. (1)

218. Tampoco puede disponer el donante á título particular, sea por donación, sea por testamento, de los objetos comprendidos en la institución; esto resulta de los términos generales del art. 1,083 y de la excepción que admite á la regla general, en cuanto á las disposiciones á título de recompensa ú otro análogo. En efecto, si el donante tuviera facultad ilimitada para disponer á título particular, podría consumir su herencia en donaciones ó en legados y revocar indirectamente la institución de heredero que la ley declara irrevocable.

219. ¿Puede el donante modificar las condiciones y cargas con que hace la institución? Antiguamente se estaba por la negativa. Léese en una requisitoria del Abogado General Chanvelín: "Las instituciones convencionales se tienen como actos irrevocables; no son ya susceptibles de nuevas cargas y condiciones, porque éstas importan una especie de revocación en lo que disminuyen el beneficio." Chanvelín añade que tal irrevocabilidad está en el espíritu de la institución convencional. "Dos familias se unen; dos personas se casan con promesas y seguridades de un bien proporcionado á su nacimiento y á la dignidad que les aguarda. Sería peligroso autorizar á los donantes para que cambiaran los derechos de los que se casan con las se-

1 Casación, 23 de Febrero de 1818 (Merlín, *Repertorio*, palabra *Institución Convencional*, pfo. 8°, núm. 6 (t. 15, pág. 256). Ruan, 24 de Mayo de 1841 (Daloz, núm. 1,888).

guridades que se les ofrecieron en un contrato solemne." (1)

Tales son los verdaderos principios. Sólo que es necesario no insistir, como lo hace Chanvelín, en el perjuicio que causan las modificaciones á los instituidos; no es escritura de perjuicio, sino de derecho. La institución convencional es un contrato, que no está en mano de uno de los contratantes cambiar las cláusulas del mismo; en vano se diría que no resulta ningún perjuicio de tales cambios por la otra parte, porque á eso se respondería que los convenios tienen fuerza de ley y no pueden revocarse sino por mutuo consentimiento de los que los celebraron (artículo 1,134).

La jurisprudencia con-agra el principio formulado por Chanvelín, (2) pero no siempre se mantiene fiel. Una institución convencional impone á los hijos donatarios la carga de dejar á la mujer del donante disfrutar de la mitad de los bienes; en su testamento, el marido le concede á su mujer facultad de optar entre ese usufructo y una renta vitalicia de 1,500 francos. Se resolvió que esa conversión no era disposición á título gratuito en que se prohibiera al padre, en razón de que la renta correspondía al valor del usufructo. (3) La resolución es equitativa, pero no jurídica. El padre había violado el art. 1,134, cambiando un contrato de propia autoridad y sin el consentimiento de la otra parte; ese cambio era nulo y debía anularse, no conforme al art. 1,083, sino al 1,134.

220. El art. 1,083 está concebido en los términos más generales; prohíbe al donante que disponga á título gratuito de los bienes comprendidos en la donación. Se ha sostenido que la prohibición no se aplicaba más que á las

1 Merlín, *Repertorio*, palabra *Institución Convencional*, pfo. 8°, número 6 (t. 15, pág. 259).

2 Riom, 8 de Febrero de 1817 (Dalloz, núm. 2,081).

3 Denegada, 26 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 374).

donaciones que tienen por objeto el establecimiento del donatario por matrimonio. En el título "Del Contrato de Matrimonio" veremos como la jurisprudencia decide, en efecto, que el marido contrata á título oneroso, cuando recibe el dote de su mujer para administrarle y restituírle al disolverse el matrimonio, imponiéndose la obligación de subvenir á todos los gastos de éste. Pero hay que guardarse de concluir de aquí que el dote no es liberalidad en las relaciones entre el padre y la hija. ¿Debe aquél un dote á sus hijos? Nó; luego al dotarlos, les hace una liberalidad. Ahora bien, el donante que dispuso de todos sus bienes por institución convencional, no puede disponer ya de ellos á título gratuito. Esto es decisivo (1)

221. Excusado es decir que las donaciones indirectas ó simuladas, ó hechas por interpósitas personas, están comprendidas en la prohibición establecida por el art. 1,083. Son ellas nulas por sólo el hecho de que son liberalidades que el instituyente no tiene derecho de hacer. Poco importa, pues, la forma en que haya dispuesto, bastando con que sea á título gratuito la disposición, para que el donante no tenga derecho de hacerla, porque toda liberalidad que hiciera sería revocación parcial de la institución convencional, y la ley declara irrevocable la institución.

Sin embargo, hace una excepción respecto de las donaciones moderadas, á título de recompensa ú otro, y la excepción se funda en la intención de los contratantes. El que da sus bienes futuros por contrato de matrimonio, si sigue al frente de su fortuna; puede reservarse la facultad de disponer de ella con ciertos límites, mas tal reserva es tácita cuando se trata de dones módicos hechos á un título que implique una obligación. Tal es el título de recompensa que el art. 1,083 da como ejemplo. La ley añade "ú otro," es decir, ú otro título análogo. En el derecho antiguo se ci-

1 Lyon, 28 de Enero de 1855 (Daloz, 1856, 2, 46).

tan los legados piadosos, entendiéndose por ellos los hechos á la Iglesia y á los pobres, y añadiéndose una reserva, la de que las liberalidades fuesen “moderadas.” (1) El Código reprodujo esta doctrina, disponiendo que el instituyente no podía hacer liberalidades en cantidades módicas. El Código, sin designar los títulos ó la causa de las liberalidades módicas que autoriza, se remite para ello al juez del conocimiento. “La modicidad” es una condición absolutamente relativa, que depende, por una parte, de la fortuna del disponente, y, por otra, del servicio que quiere recompensar. Se resolvió que una renta de 1,200 francos era un dón módico en atención á la fortuna del testador. El Código dice también que el testador tenía un motivo legítimo para hacer aquella liberalidad; en todo caso, tocaría á los que sostuviesen que lo hizo por motivos ilícitos, el probarlo. (2) También se declaró que un legado de nueve hectólitros de trigo al año, hecho á los pobres, debía considerarse como módico, cuando el testador dejaba una fortuna de 300,000 francos. (3)

Si la disposición se hubiese hecho á título de recompensa ú otro análogo, tal como una causa piadosa, valdría el legado, pero podría reducirse si fuese excesivo. Por el contrario, habría nulidad si el donante hiciese una liberalidad que la ley no autoriza; tal sería un legado ordinario. El donante se ha despojado del derecho de mostrarse generoso, liberal, formando en vida un heredero; no puede dar lo que ya dió, y si lo hace, la liberalidad es ineficaz. (4)

222. El donante se puede reservar la facultad de disponer de ciertos objetos comprendidos en la institución ó de

1 Véase las citas en Coin. Delisle, pág. 575, núm. 11.

2 Bruselas, 10 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 320).

3 Gand, 25 de Julio de 1853 (*Pasicrisia*, 1854, 2, 121).

4 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 268, nota 47. Durantón, t. 9º, pág. 703, núm. 704.

una cantidad fija que se haya de tomar de sus bienes. Es una de las cláusulas que están prohibidas en las donaciones ordinarias, como contrarias á la máxima "Dar y retener no vale;" la ley las autoriza expresamente en toda especie de liberalidad hecha por contrato de matrimonio en favor de los cónyuges y de los hijos por nacer de su matrimonio. Volveremos á esta cláusula al explicar el artículo 1,086.

Núm. 2. Efecto de la institución respecto del instituido.

I. En vida del donante.

223. La institución convencional es el dón de todo ó parte de la herencia del donante. Así es que el instituido es heredero por contrato en vida de aquel mismo á quien está llamado á suceder. Esta institución es irrevocable en el sentido de que el donante no puede tocarla con liberalidades. Es lo que dice el art. 1,083. Según eso, es fácil determinar la naturaleza del derecho que la institución convencional confiere al donatario. Jaubert dice en su Informe al Tribunado, que el título del instituido es irrevocable, pero que el emolumento no se podrá conocer sino hasta el fallecimiento. ¿Qué se entiende por "título" y por "emolumento?" El "título" es la calidad de heredero de que el instituido está investido por contrato y del cual no puede ya ser despojado con nuevas liberalidades. El "emolumento" de un heredero consiste en los bienes que recibe; ese emolumento no es actual, puesto que el donante sigue como propietario de los bienes comprendidos en la institución (núm. 12); y como no puede disponer á título oneroso de una manera ilimitada, no se sabe siquiera, en vida suya, si habrá emolumento; luego éste es más que desconocido, es incierto; sólo al morir el donante es cuando se realiza, entonces es cuando se abre la sucesión convencional, lo mismo que cualquiera otra.

¿Es esto decir que el instituido no tiene otro derecho que el de heredero *ab intestato* ó de legatario? Es grande la diferencia que hay entre heredero convencional y heredero llamado por la ley ó por la voluntad del difunto. El que está instituido heredero por contrato tiene un derecho convencional, es decir, un derecho adquirido que no se le puede quitar ni por el donante ni por la ley, porque ésta no tiene efecto retroactivo. Por el contrario, el heredero legítimo sólo tiene una esperanza que puede destruir un testamento; los reservatarios mismos no tienen más que esperanza, puesto que una nueva ley puede abolir la reserva ó disminuirla. En cuanto al heredero testamentario, nunca tiene esperanza, puesto que el testamento es siempre revocable, mientras que la ley declara irrevocable el título del instituido.

Pero si el del heredero actual es irrevocable, ese título no le da ningún derecho actual á los bienes del donante; el instituido no recibe los bienes sino al morir el instituyente. Sin embargo, aun bajo este respecto, hay gran diferencia entre el heredero convencional y los legítimos ó testamentarios. El primero puede reivindicar los bienes de que el donante dispuso á título gratuito, después de haberlos dado por contrato de matrimonio; estas donaciones caen cuando el instituido entra á la herencia. Por el contrario, el legatario debe respetar todas las liberalidades que disminuyan su legado, así como las que le extingan. Lo propio sucede con el heredero legítimo que no tiene reserva; y el reservatorio puede sólo pedir la reducción de las liberalidades que consumen la reserva. En este sentido, el heredero convencional tiene un derecho á los bienes del donante, no pudiendo éste disponer á título gratuito de los bienes comprendidos en la institución; pero tal derecho es convencional, porque depende de la supervivencia del donatario. No es lo mismo de las enajenaciones á

título oneroso que haga el donante; tiene derecho de hacerlas; el heredero convencional debe respetarlas; toma los bienes en el estado en que se hallan al abrirse la herencia, lo mismo que cualquier heredero. El derecho de propiedad del heredero convencional no se abre, pues, sino al abrirse la sucesión, y ese derecho no se retrotrae. Es heredero antes de abrirse la herencia, pero no recibe los bienes sino hasta la apertura. (1)

224. ¿Puede ceder el donatario el derecho que le confiere su contrato? Casi todos los autores están por la negativa, y nos parece que con razón. ¿En qué consiste el derecho del donante? Es heredero, pero su derecho no se abre sino al morir el donante; es, pues, un derecho de sucesión que hacía objeto de la venta. Ahora bien, el artículo 1,600 prohíbe, en los términos más absolutos, vender la sucesión de una persona viva, aun con su consentimiento. Se objeta que la herencia del donante es vendida con su consentimiento, en cuanto á que consintió en instituir un heredero por contrato; de suerte que, en cierta manera, puso su herencia en el comercio. Pero no basta ese consentimiento; aunque haya un heredero, no hay herencia, puesto que todavía vive el que instituyó un heredero; y mientras no se abre la sucesión, no está vendida. Decimos que el donante puso, "en cierta manera," su herencia en el comercio; de intento usamos una expresión tan vaga; á decir verdad, la herencia no abierta no puede estar en el comercio; la ley prohíbe todo pacto hereditario; si deroga una prohibición que interesa á las buenas costumbres, hay que limitar estrictamente esta excepción en los términos de la ley. ¿Qué es lo que permite el legislador en favor del matrimonio? Permite que el donante asegure su he-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 263, nota 54, pfo. 739. Compárese con Toullier, t. 3º, 1, pág. 453, núm. 836. Grenier, t. 3º, pág. 265, número 411.

rencia á los cónyuges por un contrato. Eso es todo; fuera de eso, se vuelve á la prohibición de los pactos sucesorios. Esto se funda también en razón. Lo que la ley ha querido, es que el donatario pueda contar con la herencia del donante, y ese fin se consigue con la institución convencional. La ley no ha querido que esa herencia fuese objeto de especulaciones aleatorias y peligrosas; esto sería contrario á la intención del donante. A la familia quiso él beneficiar, y el heredero convencional se adelantaría á renunciar esa herencia, enajenándola por un precio que sería verdaderamente irrisorio, puesto que el comprador puede estar casi cierto de que nada le dejará el donante. Si en el momento de la cesión, el donante posee todavía su fortuna, la especulación es peligrosa; puede hacer que nazca en el cesionario la idea culpable de asegurarse por un crimen de los bienes que se le escapan si sigue viviendo el donante. Luego la prohibición de los pactos sucesorios debe substituir, conforme al texto y al espíritu de la ley. (1)

Excelentes autores sostienen la opinión contraria. Dicen que el derecho del heredero instituido es un derecho convencional; lo cual es evidente, puesto que es heredero por contrato. Pero ¿qué importa? Sea el cedente heredero por contrato, por ley ó por testamento, siempre es una herencia la que vende; MM. Aubry y Rau lo confiesan: es un derecho eventual de herencia relativamente al objeto que es su materia. (2) Pues bien, eso es decisivo, porque por ser la herencia un derecho eventual en cuanto á su objeto, es por lo que la ley prohíbe los pactos hereditarios.

1 Demolombe, t. 23, pág. 345, núm. 324, según Toullier, Grenier, Durantón, Troplong y Vazeille. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Riom, 15 de Abril de 1809 (Daloz, núm. 2,098). Denegada, 16 de Agosto de 1841 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 447). Compárese con la Denegada de 12 de Agosto de 1846 (Daloz, 1846, 1, 296).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 264, nota 55, pfo. 739, Duvergier, *De la Venta*, t. 1º, núm. 232.

De hecho, el derecho del heredero reservatario es tan cierto como el del heredero convencional; sin embargo, le está prohibido cederle. Lo propio debe pasar con el derecho del heredero convencional. Si está en posesión del derecho hereditario, es sólo en cuanto á que el donante está obligado y no puede hacer ya liberalidades que toquen al derecho del instituido; pero ese derecho no es actual, porque el heredero convencional no puede impugnar las donaciones en vida del instituyente; no lo puede sino al morir éste y con la condición de aceptar. El derecho que tiene de repudiar, prueba que todavía no hay herencia y que aun no es definitivamente heredero; lo es si quiere serlo; pero á la muerte del donante es cuando se le llama á expresar su voluntad. Hasta entonces no es heredero, sino respecto del donante, no respecto de tercero.

225. Los mismos principios se aplican á la cuestión de si el heredero instituido puede renunciar su derecho en vida del instituyente. Renunciar un derecho convencional es enajenarle; luego para tener derecho de renunciar, debe tener el heredero facultad de enajenar. A nuestro juicio, no puede ni enajenar ni renunciar. Hay que aplicar al heredero convencional lo que el art. 791 dice en términos generales. "No se puede renunciar la herencia de un hombre vivo, ni aun por contrato matrimonial." La ley no distingue cuál es la calidad del renunciante, si es capaz de heredar por ley, por testamento ó por contrato; sólo se refiere al hecho de que se renuncie la herencia de un hombre vivo; mas cuando el donatario renuncia el derecho que le confiere la institución convencional, renuncia la sucesión del donante en vida de éste. Luego tal renuncia es nula según el art. 791. (1)

Sin embargo, se discute el punto. En la opinión contra:

1 Troplong, t. 2º, pág. 329, núm. 2,355. Benech, *De la Parte Disponible*, págs. 451-456.

ria, se hacen varias distinciones. Admítase que el heredero convencional no puede renunciar en favor de los herederos *ab intestato* del instituyente, porque sería una estipulación acerca de una herencia futura, no teniendo otro derecho los herederos legítimos sobre la sucesión, que los que reciben de la ley, y ese derecho no se abre sino á la muerte, lo cual hace aplicables los arts. 791, 1,130 y 1,600. (1) Nos parece que es idéntico el motivo de decidir cuándo se hace la renuncia en favor de un donatario agraciado por el instituyente con posterioridad á la institución. (2) ¿Qué importa en favor de quién se renuncie? Los artículos del Código que prohíben los pactos sucesorios no entran en esas distinciones, y están concebidos en términos absolutos; el hecho de la renuncia es lo que reprueban, desde que la hay á una herencia no abierta; mas la del instituyente no se abre sino cuando él muere; luego cuando hace una liberalidad después de instituir un heredero y renuncia éste en beneficio de los nuevos donatarios, renuncia la herencia de un hombre vivo; por tanto, celebra un pacto hereditario prohibido por el art. 791.

Todavía se hace otra distinción en la opinión que combatimos. (3) Si renunciase en favor del instituyente el heredero convencional, confiesan que sería nula la renuncia. Pero renunciar en favor de aquellos á quienes agracia el instituyente ¿no es renunciar en favor de éste? La distinción que hacen entre el autor de la nueva liberalidad y aquellos á quienes agracia, es de tal manera sutil que con trabajo se la comprende. El instituyente, se dice, no tiene ningún interés en estipular una renuncia que no debe aprovechar más que á los donatarios. ¿No tiene interés en hacer una donación válida? Interés de ultratumba, se respon-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 265, nota 58, pfo. 739.

2 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 264, nota 56.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 265 y nota 59.

de. Otro tanto podríamos decir de todos los intereses que se agitan en este debate; todos conciernen á la herencia del donante, y, por lo mismo, todos son de ultratumba. Pero ¿es cierto que ningún interés tiene el donante en pedir la renuncia del donatario? Con mayor razón se dice que ordinariamente será esa una renuncia arrancada por fuerza, y para que el donante se tome el trabajo de violentar al instituido, es menester que haya un interés actual. En efecto, ¿en qué circunstancias se hacen las renunciaciones? Con ocasión de liberalidades que hace el donante, sea á un hijo para favorecer el matrimonio que le agrada, sea á un nuevo cónyuge; y ¿quien sabe la pasión que ponen en sus liberalidades aquellos que contraen segundas nupcias?

Creemos que hay necesidad de atenerse á la ley y no introducir distinciones que pugnan con su espíritu. La jurisprudencia es indecisa, y hay resoluciones en sentido opuesto; ninguna conocemos que con claridad haya formulado las distinciones que acabamos de combatir. (1) Hay fallos de Casación que las condenan al decidir de una manera absoluta que toda renuncia en una institución convencional es nula. “Si ese derecho, dice la Sala, es convencional por su origen, si es condicional y subordinado al caso de supervivencia del donatario, si es incierto en su emolumento, estos diversos caracteres no le impiden que sea, en cuanto á sus efectos, un verdadero derecho sucesivo que no puede ejercitarse en una herencia.” La Sala concluye de aquí que es necesario aplicar á esa renuncia los arts. 791, 1,130 y 1,600, que prohíben renunciar una herencia no abierta. (2)

226. El donante sigue como propietario de los bienes

1 Véanse los fallos citados por Dalloz, núms. 2,100 y 2,101.

2 Denegada, Sala de lo Civil, 11 y 12 de Enero de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17 y 21).

comprendidos en la institución durante su vida. Al morir, se abre su herencia en favor del heredero convencional. Ninguna diferencia hay entre esa herencia y la ordinaria, *ab intestato* ó testamentaria. El art. 711 se aplica á toda sucesión cuando dice que la propiedad se transmite y adquiere por sucesión y por testamento; la institución convencional transmite igualmente la propiedad de los bienes donados en el momento de morir el instituyente. Hasta que muere algún heredero no tiene derecho á los bienes que componen el patrimonio del difunto; el derecho de propiedad de los herederos no se abre sino con la herencia, sin efecto alguno retroactivo. Esto es evidente respecto á los herederos *ab intestato* y á los legatarios. También lo es respecto del heredero convencional; es imposible que su derecho se retrotraiga al día de su contrato, pues, en ese caso, el instituido sería propietario en un momento en que el instituyente lo es todavía; el derecho de propiedad del donante excluye el de propiedad del donatario.

227. El principio es indiscutible; vamos á ver sus consecuencias. Puesto que el instituido no es propietario en vida del instituyente, no puede practicar acto alguno de propiedad; no puede, pues, disponer de los bienes comprendidos en la institución, ni á título oneroso ni á título gratuito, ni por testamento ni por donación; no los puede hipotecar ni gravar con derechos reales. Toullier dice que la razón de ello está en que, durante la vida del donante, el instituido no tiene más que simple esperanza de suceder en los bienes que se le donaron. (1) Esto no es exacto. Es heredero por contrato, y así, tiene más que simple esperanza de heredar (núm. 235). Pero la donación le asegura únicamente la calidad de heredero, no le da ningún derecho actual á los bienes. Siguese de ahí que no puede

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 454, núm. 838.

disponer de ellos, ni por testamento ni por donación, en favor de uno de sus hijos; si hiciese una institución convencional en favor de uno de ellos, los bienes de que es heredero convencional no estarían comprendidos en la institución, por no estar en su dominio, sino que pertenecerían al donante, y no se pueden legar ni donar bienes ajenos. (1) Inútil sería decir que tiene un derecho condicional y que, en realizándose la condición, tiene ella efecto retroactivo. El donatario no tiene derecho condicional, tiene derecho hereditario que se le aseguró por un contrato, pero que no se abre sino hasta la muerte del donante. Por la misma razón, los acreedores del donatario no pueden apoderarse de los bienes comprendidos en la institución convencional; no tienen compromiso más que respecto de los bienes de su deudor, y los donados están en el dominio del donante.

228. Aplicando el mismo principio, debe decidirse que el donatario no puede pedir la nulidad de las donaciones. Más adelante veremos que la acción que le compete, muerto el donante, conforme al art. 1,083, no es la de nulidad sino la reivindicatoria. Ahora bien, durante la vida del donante el donatario no es propietario; no puede, pues, reivindicar. La Sala de Casación resolvió que el donatario podría tomar, en ese caso, sus medidas de conservación en virtud del art. 1,180 que permite al acreedor condicional ejercer todos los actos de conservación de su derecho antes que se realice la condición. (2) Creemos que no es aplicable el art. 1,180; si el derecho del donatario fuese condicional, se retrotraería al día del contrato cuando se cumpliera la condición, es decir, cuando sobreviviese él al donatario; sería, pues, propietario á partir de la donación, y, por lo mismo, dejaría de serlo el donante, y todos los ac-

1 Durantón, t. 9º, pág. 686, núm. 688.

2 Casación, 2 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 193).

tos de disposición que hubiese practicado vendrían abajo. Ahora bien, el art. 1,083 dice lo contrario, puesto que de él resulta implícitamente que el donante conserve la libre disposición de sus bienes á título oneroso (núm. 213). Verdad es que no puede disponer á título gratuito, porque no puede revocar la institución convencional; pero las donaciones que hace no pueden ser impugnadas viviendo él, y así, son válidas, y, por consiguiente, el donatario no tiene por ese capítulo derecho alguno que ejercitar; sólo muerto el instituyente es cuando dejan de subsistir esas disposiciones si sobrevive el instituido. (1) También los reservatarios tienen derecho á los bienes de que el difunto no puede disponer en perjuicio de ellos, pero es derecho hereditario; siguiéndose de ello que, en vida del difunto, no pueden tener acción. Lo mismo sucede con el heredero convencional; la circunstancia de que recibe su derecho de un contrato, no establece, bajo ese respecto, diferencia alguna entre él y el heredero en reserva; uno y otro tienen derecho hereditario, y ese derecho no comienza sino con la muerte de aquel á quien están llamados á heredar

II. Después de la muerte del instituyente.

1. Los instituidos.

229. Puede hacerse la institución convencional en favor de ambos esposos ó de alguno de ellos. Si ambos son instituidos y muere antes uno de ellos ¿acrecerá su parte al cónyuge? Los más de los autores admiten el derecho de acrecer entre los esposos codonatarios, cuando fueron instituidos conjuntamente. Aplican el art. 1,044, que establece el derecho de acrecer en favor de los legatarios en el caso de que se haga el legado á varios conjuntamente; y se reputa hecha así la institución cuando lo es por una

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 266, nota 63, y los autores que citan.

sola y misma disposición y el donante no asignó la parte de cada uno de los dos esposos en los bienes donados.

Nosotros no admitimos esa doctrina sino con una reserva. Los art. 1,044 y 1,045 establecen el derecho de acrecer entre colegatarios, fundándose en presunciones de las cuales se induce que la mente del testador es que si falta uno de los legatarios, su parte acrece á los demás. ¿Pueden aplicarse estas disposiciones á los cónyuges instituidos conjuntamente? Sí y nó. Sí, en el sentido de que el instituyente tiene derecho para declarar que si uno de los esposos no recibe la institución, aprovechará ella en todo al otro. Nó, en cuanto á que no puede haber acrecencia entre los cónyuges, en virtud de los arts. 1,044 y 1,045, no habiéndose hecho tales disposiciones sino por los legatarios, y los cónyuges instituidos como herederos por contrato, son donatarios; mas no puede tratarse de acrecencia legal entre donatarios, puesto que no hay ley. A ello se oponen los principios más elementales. ¿Cuál es el objeto de la institución convencional y cuál el derecho que confiere á los instituidos la institución? El donante forma herederos por contrato; el título de heredero se adquiere, pues, por los donatarios desde que se los llama herederos convencionales. Si hay dos herederos convencionales, se divide entre ellos el derecho de herencia, como los bienes dados por una donación entre vivos se dividen entre los donatarios; cada quien será, pues, heredero por mitad. Así, toda donación hecha á dos donatarios se divide necesariamente; desde entonces no hay conjunción posible entre los donatarios, y, por consiguiente, tampoco hay acrecencia. A menos que el donante haya expresado el ánimo de establecer el derecho de acrecer entre los esposos, la herencia se dividirá entre ellos, y así, cada uno será heredero de una mitad. Se dirá que el derecho de los legatarios se funda también en la voluntad del testador. Es cierto, pero

la ley establece presunciones en favor de los legatarios, y no en el de los cónyuges; y no se hacen extensivas de uno á otro caso las presunciones. Luego no puede tener lugar la acrecencia entre los esposos si no es por voluntad expresa del donante; y decimos que expresa, porque el derecho de acrecer deroga el común, que establece la división entre los donatarios, y toda excepción de los principios debe estipularse expresamente. (1)

¿Qué se dice en apoyo de la opinión contraria? Los autores dan las razones más diversas; lo cual prueba ya que hay cierta incertidumbre. Grenier invoca el antiguo derecho; sin embargo, se ve que estaban divididas las opiniones. Ricard, Furgole y Laurière admitían la acrecencia; Lebrún y Auroux no la admitían. Toullier se funda en la voluntad "presunta" del donante; precisamente, dirémos, porque la teoría de la acrecencia descansa en presunciones, no puede admitírsela en materia de donaciones, porque no hay presunción sin ley. Para prevalerse de los artículos 1,044 y 1,045, se ha recurrido á los más singulares razonamientos. La institución convencional, dice Troplong, es un testamento irrevocable; luego los instituidos son legatarios.

M. Demolombe no acepta este argumento, porque, á su parecer, la institución convencional es una donación; sin embargo, se acomoda á él diciendo que en esta materia prevalece el carácter testamentario. Zachariæ y sus comentadores creen que esto es evidente. Si lo es, ¿cómo es que los partidarios de la acrecencia no se ponen de acuerdo, ni siquiera en el caso en que procede la acrecencia? (2) Una sola cosa hay que se pueda llamar evidente,

1 Coin-Delisle, pág. 461, núms. 23-25. Dalloz, núm. 2,044.

2 Grenier, t. 3º, pág. 298, núm. 422. Toullier, t. 3º, 1, página 456, núm. 844. Troplong, t. 2º, pág. 336, núm. 2,363. Demolombe, t. 23, pág. 349, núm. 326. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 271, nota 84.

y es la voluntad del legislador escrita en el texto de la ley. Pues bien, conforme á los textos, no hay acrecencia más que entre colegatarios. Esto es decisivo.

230. A menos que los haya excluido el donante, los hijos están comprendidos en la institución, sea en virtud de llamamiento expreso del instituyente, sea en virtud de la ley; pero sólo son llamados en el caso de que sobreviva el donante al cónyuge donatario. De modo que si éste sobrevive, no son llamados los hijos, sino que él recibe los bienes, como los recibiría un heredero legítimo; es decir, que entran definitivamente en su patrimonio; ya los hijos no tienen ningún derecho á título de herederos convencionales, porque cesan de serlo. El donatario puede disponer, pues, de los bienes, sin tener en cuenta el llamamiento de los hijos, por haber caducado ya. Si no dispone, los bienes donados, confundidos con otros, pasan á sus herederos, quienes quiera que sean, descendientes, ascendientes ó colaterales. (1)

231. Si el donante sobrevive al donatario, son llamados los hijos á la herencia, á título de herederos convencionales. Su derecho es el mismo que el de los cónyuges; es, pues, irrevocable; ni el donante ni el donatario los pueden despojar del derecho que reciben de la institución; aun cuando se pusiesen de acuerdo el instituyen y el cónyuge instituido, para modificar la institución en lo tocante á los hijos, no podrían hacerlo; en vano dirían que á toda hora pueden los contratantes resolver sus convenios, ó modificarlos; porque se les contestaría que también los hijos son parte en el contrato; por lo demás, el consentimiento de todos los interesados, incluso los hijos, sería ineficaz; se trata de un contrato excepcional, de un pacto hereditario; la ley permite formarle, no resolverle ni modificarle; par..

1 Toullier, t. 3º, l. 1, pág. 454, núm. 839. Durantón, t. 9º, pág. 680, núm. 680.

ticipa de la irrevocabilidad de los convenios matrimoniales de que forma parte. (1)

232. Los hijos son llamados á la herencia del instituyente, en virtud de un derecho que les es propio. No como herederos del cónyuge donatario, porque habiendo muerto éste, jamás tuvo derecho; tampoco es como representantes de su padre, porque no existe representación más que en las sucesiones *ab intestato*; sino como donatarios. De ahí que pueden renunciar la herencia de su padre, y, sin embargo, recibir los bienes comprendidos en la institución, porque esos bienes no se encuentran en el patrimonio de su padre. De ahí también que se admita á los hijos á heredar, aunque fuese indigno el padre; si entraran por derecho de representación, quedarían excluidos, porque no se representa á un indigno; pero entrarían por derecho propio. (2)

233. ¿Cómo se arreglan los derechos de los hijos cuando murieron uno de ellos ó todos dejando descendientes? La cuestión se reduce á si se aplican á la institución convencional las reglas de las herencias *ab intestato*; ¿tendrá lugar en ella el derecho de representación? Si debiese resolverse el punto conforme á los principios del Código Civil en materia de representación, habría que decir que no procede ésta. El Código la define una ficción, ¿y no son las ficciones de la más estricta interpretación? Nunca se las extiende, porque esto sería crearlas, facultad exclusiva del legislador. La ficción de representación se funda en la voluntad presunta del difunto, y también las presunciones son de rigurosa interpretación. Debe hacérselas á un lado cuando se trata de la voluntad del difunto, si pudo manifestarla éste mismo; en los legados no se admite la repre-

1 Grenier, t. 3º, pág. 280, núm. 417. Durantón, t. 9º, pág. 633, números 638-690.

2 Grenier, t. 3º, pág. 285, núm. 418, y todos los autores.

sentación, ni debe admitirse tampoco en las donaciones, sin perjuicio de que el donante manifieste su voluntad. Está, dicen, se sobreentiende; (1) respondemos que una voluntad sobreentendida es presunta; ¿y dónde está la ley que establece esa presunción? Admitimos que tal sea la voluntad probable del disponente; pero una probabilidad no es presunción sino cuando, fundándose en esa misma probabilidad, crea la presunción el legislador. Todavía se pierde de vista que en las herencias *ab intestato* no tiene lugar la representación sino respecto de los descendientes y de los sobrinos; mientras que la institución convencional puede hacerse por un extraño; de modo que aplicando la representación á la sucesión convencional, se extiende aquélla á casos para los cuales no la estableció el legislador: cosa imposible, conforme al rigor de los principios.

Con todo, los autores sostienen la opinión contraria. (2) No vemos más que un medio para justificarla y es la autoridad de la tradición. Antiguamente se admitía por todos la representación, fundándola en la voluntad presunta del donante, y había costumbres que tenían de ella disposición expresa. Pues bien, los autores del Código aceptaron en este punto la tradición, y lo prueba que el artículo 1,082 llama á la herencia á los hijos y á los descendientes. Pueden concurrir, pues, hijos de primer grado con descendientes de otro ulterior; ¿cómo heredarán todos ellos? Aquí es evidente la analogía y favorece á la representación. ¿No debe servir la tradición para interpretar el Código en una materia tradicional? Tal es nuestra opinión.

234. ¿Debe aplicarse á la renuncia lo que el Código dice del finado? Y especialmente, ¿son llamados á la heren-

1 Demante, t. 4º, pág. 490, núm. 255 bis, 4º, seguido por Demolombe, t. 23, pág. 351, núm. 328.

2 Durautón, t. 9º, pág. 683, núms. 684-687, y todos los autores.

cia los hijos cuando renuncia el cónyuge donatario? Sobre este punto hay también sus controversias, estando siempre en desacuerdo los que quieren dar amplitud á la ley y eximirse de un rigor que para ellos no hay con qué justificar. Esto equivale á expresar de antemano nuestra opinión. La ley es terminante; los hijos son llamados en el caso de que el donante sobreviva al cónyuge donatario, y no lo son cuando se abrió el derecho en la persona del donatario y renuncia éste. Únicamente con que sobreviva y ejerza su derecho el cónyuge donatario, caduca el de los hijos. Mas el cónyuge donatario ejerce su derecho al renunciar lo mismo que al aceptar; de modo que carecen de él los hijos, y sería menester que manifestara el donante su voluntad, para llamarlos á la herencia, si no quisiese recibirla el cónyuge. Dado el silencio del instrumento, hay que aplicar la ley.

Se cree que ésta favorece á los hijos. En efecto, ¿con qué título están comprendidos en la institución? En virtud de una substitución vulgar tácita; mas la substitución obra en cualquier caso en que el instituido no recibe el beneficio de la disposición, ya porque no quiera, ya porque no pueda aceptar. En este sentido hay que entender el artículo 1,082, dicen, el cual no prevee sino el caso ordinario; el otro se sobreentiende. Ya tenemos contestada esta argumentación; el Código no habla de substitución vulgar, y, conforme á los principios, ella es imposible en favor de los hijos que no existen al tiempo de la donación. Invócase, además, el art. 1,089, según el cual no caduca la institución si sobrevive el donante al donatario y á su posteridad. Nuestra respuesta se halla en el art. 1,082; el caso que prevee el art. 1,089 es el que prevee el 1,082; es decir, que la ley supone el fallecimiento del cónyuge donatario, dejando hijos ó descendientes. En esa hipótesis, sólo

caducará la institución por morir todos los descendientes. (1)

2. *Derechos y obligaciones de los instituidos.*

235. ¿Tienen derecho de renunciar la institución los instituidos? Ya se entiende que la suponemos abierta por la muerte del donante. Es indudable que los instituidos pueden renunciar la herencia á la cual son llamados. Inútil sería decir que aceptaron con aceptar la donación que los instituyó herederos. Lo que aceptaron fué su calidad de tales, que es todo lo que les confirió la institución, y así, tienen derechos de cualquier heredero; mas el derecho hereditario consiste en aceptar ó renunciar, de modo que el heredero convencional debe tenerle, bien así como el heredero *ab intestato* y el testamentario. El espíritu de la ley no deja lugar á duda; tan pobre puede ser la herencia del donante que ningún interés hubiera en aceptarla, ni aun con beneficio de inventario. Es menester, pues, que los instituidos tengan derecho de renunciarla. (2)

¿En qué forma deben renunciar? La ley no prevee el caso de la renuncia, ni, por consiguiente, la forma en que se puede hacer. Se declaró ya que no es aplicable el art. 784 al heredero convencional. (3) Tal es la opinión que hemos enunciado al tratar de los legados; y nos remitimos á lo dicho, acerca de la renuncia de los legatarios, en el capítulo "De los Legados." (4) Cuando aceptan los herederos convencionales, pueden aceptar con beneficio de inventario; cualquier sucesor tiene ese derecho. (5)

236. ¿Puede todavía renunciar el instituido después de

1 Coin-Delisle, pág. 565, núm. 43. Bonnet, *De las instituciones convencionales*, t. 2º, núm. 370. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 256, nota 27, y todos los autores que citan.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Institución Convencional*, pfo. 11, número 5 (t. 15º, pág. 288), y todos los autores.

3 Casación, 24 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 425).

4 Véase el tomo 13 de estos *Principios*, pág. 717, núm. 564.

5 Casación, 16 de Abril de 1839 (Daloz, núm. 2,107).

haber aceptado? El heredero convencional tiene un derecho idéntico en todo al del heredero *ab intestato*, y puede aceptar ó repudiar; pero cuando ya optó, no puede deshacer lo hecho, porque habiendo ejecutado su derecho, todo quedó consumado. Si renunció, no tiene ya derecho, y se reputa que jamás le tuvo, y así, no se puede tratar de su aceptación. Si aceptó, no puede renunciar, á menos que sea viciada su aceptación. (1) En una palabra, se aplican los principios que hemos expuesto en el título "De las Sucesiones."

237. ¿Los herederos convencionales tienen la ocupación? Todas las cuestiones que afectan á la posesión son más ó menos dudosas, porque la palabra misma tiene una significación incierta; unas veces se la emplea por faltar la transmisión de la propiedad que se opera á la muerte de una persona, y otras por faltar la transmisión de la propiedad. De ahí una confusión inevitable. Es menester comenzar por separar claramente la propiedad de la posesión. La transmisión de aquélla da lugar á una duda. Conforme al artículo 711, la propiedad de los bienes se adquiere y transmite por sucesión; mas el heredero convencional sucede y así adquiere la propiedad de los bienes que componen la herencia del donante, lo mismo que el heredero legítimo; quiere decir, en virtud de la ley, de pleno derecho, desde la apertura de la sucesión. Otra cosa pasa con la posesión. El art. 724 no dice, como el 711, que toda herencia importe transmisión de pleno derecho de la posesión; dice que los herederos "legítimos" entran de pleno derecho en posesión de los bienes, derechos y acciones del difunto, y añade que los sucesores irregulares deben pedir la posesión judicialmente. En el título "De las Donaciones," la ley la concede al legatario universal cuando, muerto el testador, no hay heredero en reserva; mientras que el le-

1 Denegada, 12 de Enero de 1853 (Dallez, 1853, 1, 17 y 21).

gatario universal no está en posesión cuando concurre con una reserva (arts. 1,004 y 1,006).

Tales son las únicas disposiciones que contiene el Código, acerca de la transmisión de la partición. Nada dice del heredero convencional, y nos parece que el silencio de la ley resuelve la dificultad. La posesión es la transmisión que se produce en virtud de la ley á favor de los sucesores universales que ella designa; es menester, pues, que haya ley, para que algún sucesor pueda reclamar la partición. Si el art. 1,006 no hubiese concedido la posesión al legatario universal, éste no la habría podido reclamar, ciertamente, á virtud del art. 724, que no la da más que á los herederos legítimos, porque ese mismo artículo prueba que se puede ser sucesor universal sin la posesión. Luego no hay posesión sin ley. Se dice que el donatario universal por contrato de matrimonio debe tener la posesión por analogía de lo que la ley dice del legatario universal; hay más que analogía, dicen; el donatario tiene un derecho más robusto que el del legatario, puesto que está llamado por un contrato. El argumento no es sólido. No se ratiocina, ni por analogía ni *à fortiori*, cuando se trata de derechos que se fundan en la ley; y extendiéndolos, el intérprete formaría la ley, cuando su misión se limita á explicarla y aplicarla. En nuestro caso, hay una razón particular para no dar una interpretación extensiva al art. 1,006. Después de largos debates y de transigir, fué como los autores del Código concedieron la ocupación al legatario universal; esos debates, lo mismo que la decisión, son ajenos al donatario universal; la ley no le da la calidad de heredero, sino que los autores han tomado de la tradición la palabra "institución convencional" y "heredero convencional;" luego desde el punto de vista de la letra y del espíritu de la ley, ninguna analogía hay entre el donatario universal y el legatario. El único argumento que se puede hacer va-

ler en favor de la opinion contraria, es la tradición: en el derecho antiguo, el instituido entraba en la posesión, y convenimos de grado en que el legislador habría debido concederle la posesión con el mismo título que al legatario universal. Pero no lo hizo, y no basta la autoridad de la tradición para suplir el silencio de la ley en una materia en que todo se funda en la voluntad del legislador; el Código no consagró la antigua doctrina en punto á posesión, sino que derogó la tradición en lo que mira á los sucesores y á los legatarios universales. Desde ese momento es menester atenerse rigurosamente á la letra de la ley. (1)

238. En materia de institución convencional, no tiene la posesión la importancia que para los herederos legítimos. Admítase generalmente que los instituidos tienen derecho á los frutos, aunque no tengan la posesión, y sobre esto hay un argumento decisivo. Conforme al art. 547, los frutos pertenecen al propietario; no hay excepción de este principio sino en el caso de que la ley conceda los frutos á los poseedores; así los concede, en ciertos casos, á los herederos legítimos que están en posesión de los bienes que deben entregar á los legatarios. Pero la ley no deroga el principio en lo que mira á los herederos convencionales; aun cuando concurriesen con otros que estuviesen en posesión, éstos no tendrían derecho alguno á los frutos, por la sencilla razón de que la ley no les concede los frutos de los bienes que pertenecen á los donatarios. Es también una incoherencia en nuestra legislación; porque las mismas razones que hicieron conceder á los herederos legítimos los frutos de los bienes que entregan á los legatarios, existen para darles ese derecho en consideración á los donatarios.

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 494, núm. 256 bis, 5º). En sentido contrario, todos los autores; pero está dividida la opinión entre ellos (Demolombe, t. 23, pág. 356, número 334. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 267, nota 66, pfo. 739).

¿Hay que hacer excepción de los principios en el caso de que la institución convencional tenga por objeto una suma de dinero que se haya de tomar de la herencia del donante? A nuestro entender, nó. La ley no habla de la posesión de los donatarios; no sienta ni una regla, ni una excepción. Seguimos, pues, bajo el dominio de los principios generales; quiere decir, hay que aplicar el art. 547. Sin embargo, enseñan lo contrario; según MM. Aubry y Rau, sería menester aplicar el art. 1,153, conforme al cual no se deben intereses sino desde la instauración de la demanda. Esto nos parece muy dudoso. (1) El art. 1,153 supone una obligación convencional, un acreedor y un deudor; mas los donatarios no son acreedores, sino herederos, y, por consiguiente, propietarios; de modo que pueden invocar el art. 547.

239. ¿Deben los herederos convencionales pedir la entrega de los bienes comprendidos en la institución? También acerca de este punto están inciertos y confusos los autores. El Código no habla de la adquisición de la posesión, en lo que mira á los donatarios universales; luego hay que aplicar los principios generales. ¿Cuáles son ellos? Los sucesores universales que no concurren con herederos legítimos ni tienen la posesión, están obligados á pedirla judicialmente (art. 724). En cuanto á los legatarios que no la tienen, deben pedir á los que la tienen el pago de sus legados. El principio del cual parte el Código, es, pues, que los sucesores que no tienen la posesión, no pueden hacerse de ella de propia autoridad, sino que es menester que intenten una acción, aun cuando tengan, como los legatarios, un título auténtico. Es menester, pues, que los herederos convencionales pidan la entrega. Se quiere que el instituyente haya investido de la posesión á los institui-

1 Aubry y Rau, t. 6º. pág. 268, nota 68. En sentido contrario, Demolombe, t. 23, pág. 359, núm. 334.

dos. (1) ¿Es muy cierto que el instituyente confiere la posesión al instituido? Conserva la propiedad y la posesión de sus bienes; la institución confiere solamente al donatario la calidad de heredero; ¿acaso dándole el título de heredero, el donante le invistió también de la posesión? La ley no lo dice, y es difícil comprender que el instituyente transmita la posesión de la herencia cuando todavía no la hay. ¿No es esto confundir la propiedad con la posesión? Dicese que nada tiene de común con la ocupación legal la necesidad de pedir la entrega. Los textos del Código responden á la objeción. El art. 1,006 dice que el legatario universal que no concurre con herederos reservatarios, está en posesión de pleno derecho, sin tener obligación de pedir la entrega, mientras que el art. 1,004 quiere que el legatario universal pida la entrega á los herederos reservatarios en posesión á virtud de la ley; luego según que estén ó no en posesión, los legatarios no deben ó deben pedir la entrega. Lo mismo debe suceder con los donatarios universales.

En sentido contrario hay un fallo de Casación, de Bélgica. La Sala dice que el donatario “está en posesión” por el contrato de matrimonio, del derecho “en plena propiedad” de los bienes comprendidos en la institución, y que ese derecho produce la “posesión efectiva” de los bienes al morir el donante, puesto que la donación convencional se perfecciona en aquel momento, sin pedir la entrega ni la tradición. La Sala añade que esto es conforme al espíritu general del Código, como se ve por los arts. 938, 1,138 y 1,583. (2) Es una confusión evidente de la propiedad y la posesión. Indudablemente, no se requiere la tradición para la translación de la propiedad; pero de que se adquiriera ésta por efecto del contrato, ¿se sigue que lo mismo acon-

1 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 267 y siguientes, nota 67.

2 Denegada, 23 de Julio de 1858 (*Pasicrisia*, 1858, pág. 241).

tezca con la posesión? El comprador es propietario desde que se perfecciona la venta. ¿Es también poseedor? No, por cierto; no adquiere la posesión sino por la entrega (artículos 1,004 y siguientes). Así también el donatario es propietario desde que se abre la herencia; pero no se hace poseedor sino por la entrega que se le hace de los bienes comprendidos en la institución. El espíritu de la ley conduce á la misma conclusión. Al tratar de los legados, hemos dicho que la demanda de entrega es una garantía para el deudor del legado. El que entrega los bienes donados tiene derecho á la misma garantía.

240. Los herederos convencionales no pueden intentar las acciones que les competen cuando ya obtuvieron la entrega. Es la aplicación de los principios generales; nos remitimos á lo dicho ya en el título "De las Sucesiones." Tal es la acción que tienen derecho de formar cuando el donante dispuso á título gratuito de un objeto comprendido en la institución (art. 1,083). Hay alguna incertidumbre en cuanto al punto de saber cuál es esa acción. No lo es de nulidad, y en esto están de acuerdo; la donación no se puede oponer al instituido, y no necesita pedir su nulidad. Puesto que no se la puede objetar con la donación, ¿no resulta de ello que con respecto á él siempre se reputa como formando parte del patrimonio del donante el objeto que este mismo enajenó? De ahí se sigue que se hace propietario de ese objeto como de los demás comprendidos en su institución, y, por consiguiente, puede reivindicarle. Los editores de Zachariæ dicen que es una acción de restitución. Dudamos que sea exacta la expresión. La palabra "restitución" parece indicar una obligación que incumbe á los que restituyen, mas ningún vínculo de obligación entre los terceros donatarios y los herederos convencionales. Se compara la acción de los instituidos con la de los reservatarios que piden la reducción; aceptamos

la comparación porque, á nuestro juicio, también es reivindicación la acción de reducción. La de los herederos convencionales dura treinta años, como cualquiera acción de reivindicación, á salvo el derecho de tercero para oponer la usucapión. Tal es el derecho común. La prescripción comienza á correr desde la muerte del donante, porque en ese momento comienzan los derechos de los terceros convencionales. Si el donatario enajenó la cosa, los herederos tienen acción contra el tercero adquirente, siempre en virtud del derecho común; la acción de reivindicación se da contra todo poseedor de la cosa. El tercero detentador no puede oponer su título á los herederos, porque ese título no le transmitió la propiedad; no siendo propietario el donatario, no pudo transmitirla. (1)

241. ¿Están obligados por las deudas, y cómo, los herederos convencionales. Cuestión debatida, como todas las análogas relativas á los legatarios. Nada dice el Código de la obligación que incumbe á los instituidos tocante á pagar las deudas; por lo mismo, hay que recurrir á los principios generales. Precisamente sobre ellos es sobre lo que se discute. Hay un punto en el cual todos están de acuerdo, y es el de que los sucesores universales están obligados á las deudas, mientras que no lo están los que lo son á título particular. De ahí se sigue que los donatarios á título particular, lo mismo que los legatarios á título particular, no están obligados por las deudas de la herencia, sino que tal obligación incumbe á los donatarios universales ó á título universal. La única dificultad está en saber si están obligados *ultra vires* ó hasta donde concurra su emolumento. Conforme á la opinión que hemos sustentado, hay que distinguir: los sucesores no están

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 268, nota 69. y pág. 269, nota 73. Besangón, 2 de Junio de 1860 (Daloz, 1861, 2, 60).

obligados por las deudas *ultra vires* sino cuando representan á la persona del difunto; y conforme á la teoría del Código, no representan á esa persona sino cuando tienen la ocupación. Ahora bien, á nuestro juicio, los herederos convencionales no tienen la posesión, y así, no están obligados por las deudas sino como detentadores de los bienes; quiere decir, hasta donde concurre el valor de los que reciben. Objétase que si los legatarios universales deben reportar las deudas *ultra vires*, lo mismo y con mayor razón debe suceder con los donatarios. Nuestra respuesta está en la ley. No hay más que una disposición en el Código, de la que se pueda inferir que los sucesores universales están obligados á las deudas *ultra vires*, y es el artículo 724 combinado con el 802. Pues bien, el primero no impone la obligación ilimitada de pagar las deudas más que á los herederos que tienen la posesión; y sólo un medio tienen para eximirse de esa obligación, que es aceptando con beneficio de inventario. Hay, pues, un vínculo estrecho entre la posesión y la obligación de pagar las deudas. Esto resuelve la dificultad: los herederos convencionales no tienen la posesión, y así, no pueden estar obligados á pagar las deudas *ultra vires*. (1)

242. ¿Están obligados los herederos convencionales con los legados? Sobre esto hay diferencia entre los donatarios y los legatarios; éstos están obligados por las deudas y los legados, como los herederos legítimos, mientras que los donatarios universales no deben soportar los legados; la razón de ello es que el donante no puede otorgar disposiciones á título gratuito, sino con límites muy restringidos; no puede, pues, gravar con legados al donatario, lo cual equivaldría á permitirle que revocara la institución convencional. (2) Tiene sólo el derecho de hacer legados

1 Compárese con Aubry y Rau, t. 6º, pág. 264, notas 75-77.

2 Denegada, 11 de Noviembre de 1857 (Daloz, 1857, 1, 183).

módicos, á título de recompensa ú otro (art. 1,083). Esos legados los debe soportar el donatario universal en cuanto al todo, y por el donatario á título universal hasta donde concurra su parte hereditaria. Si hubiese varios donatarios á título universal, contribuirían para las deudas en proporción á su parte. (1)

§ IV.—DE LA CADUCIDAD DE LA INSTITUCION CONVENCIONAL.

243. Caduca la institución convencional cuando no se celebra inmediatamente el matrimonio en favor del cual se hizo (art. 1,088). Es la aplicación del principio general la que rige en las donaciones hechas en favor del matrimonio (núm. 167).

244. La institución caduca si el donante sobrevive al donatario y á su "posteridad." Tales son los términos del artículo 1,089. Hay que guardarse de inferir de ahí que toda la posteridad del donatario se aprovecha de la institución. Esta no se puede hacer más que en favor de los hijos por nacer del matrimonio; la "posteridad" de que habla el art. 1,089 debe entenderse de acuerdo con ese principio; no se comprende, pues, más que á los hijos y descendientes nacidos del matrimonio en cuyo favor se hizo la institución; si mueren antes que el donatario, caduca la institución, aunque tenga hijos de otro matrimonio el donante. Esto no tiene duda. Sin embargo, hay un fallo que admite la excepción para el caso de que el donante fuese ascendiente de los instituidos. (2) Es menester desechár esa excepción sin vacilar; las instituciones convencionales son de derecho estricto; el ascendiente no podría, aunque lo quisiese, comprender en la institución que ha-

1 Bruselas, 10 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 320).

2 Durantón, t. 9º, pág. 711. núm. 722. Compárese con lo resuelto en Burges, 19 de Diciembre de 1821 (*Dalloz*, núm. 2,115).

ce, á los hijos de un matrimonio anterior ó posterior (número 206); con mayor razón no se puede admitir una voluntad tácita.

245. Caduca además la institución cuando la renuncian los instituidos. Supónese, bien entendido, que la renuncia es unilateral, como la que el heredero *ab intestato* hace ante notario. Si se hiciese á consecuencia de un convenio, habría cesión más bien que renuncia, y, por consiguiente, no caducaría la institución. Una renuncia así, sería acto de aceptación; lo dice de la sucesión legítima el art. 780, y la misma razón hay en cuanto á la institución convencional.

246. ¿A quién aprovecha la caducidad? Se aplica el principio de que la institución caduca, se reputa como si no hubiera existido. Por tanto, aprovecha á los herederos *ab intestato*, si no hay otros legatarios ó donatarios. Si hay dones ó legados, estas disposiciones se aprovecharán de la caducidad, en cuanto á que se ejecutarán, mientras que habrían venido abajo si hubiesen aceptado los instituidos. Se ha creído que en caso de renuncia había que aplicar el art. 786; es decir, que la parte de los instituidos renunciantes debía aprovechar exclusivamente á los herederos *ab intestato*. Esta opinión no ha tenido apoyo, y con razón. Cuando el art. 786 dice que la parte del que renuncia acrece á sus coherederos, supone que hay otros parientes llamados á la herencia con el que renunció; son "coherederos," y aceptando por el todo cada quien de ellos debe aprovecharse de la herencia cuando faltan sus coherederos. Mientras que si hay herederos legítimos y convencionales, no son "coherederos," puesto que unos son llamados por la ley y los otros por contrato. Cuando cae éste, la herencia se arregla como si no hubiese habido institución convencional. Los donatarios y los legatarios reciben los bienes que se les dieron ó legaron; únicamente en favor de los herederos convencionales serían ineficaces las liberalidades;

pero desapareciendo ese interés, recobran éstas toda su eficacia; los herederos legítimos no tienen, pues, derecho de quejarse, como si desde un principio no hubiese habido institución convencional; concurren con donatarios y legatarios y están obligados á respetar esas liberalidades en los límites de lo disponible; desde que no se consumió la reserva, no tienen derecho de proceder. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo. (1)

247. También pierde su eficacia la institución en caso de revocación. Queda revocada de pleno derecho por supervivencia de un hijo (art. 960), pero no por causa de ingratitud (art. 959). Puede quedarlo por no cumplirse con las condiciones con que fué hecha. Un fallo del Tribunal de París nos da un ejemplo de una institución con carga; se estipuló por contrato de matrimonio que, en caso de fallecer la futura esposa, el marido no estaría obligado á dar á sus herederos colaterales más que la cantidad de 2,000 libras, libres de toda deuda. Si no se cumplía con esa condición, habría derecho para pedir la revocación de la institución, aplicándose el derecho común. (2)

§ V.—DE LA PROMESA DE IGUALDAD.

248. La promesa de igualdad es una cláusula de un contrato de matrimonio por la cual se obligan los padres, al casar á uno de sus hijos, á dejarle en su herencia una parte igual á la de los otros. Generalmente se admite que la promesa de igualdad equivale á una institución convencional en favor del hijo á quien se hizo, en el sentido de que los padres le aseguran por contrato una parte hereditaria en la parte disponible. La promesa de igualdad puede hacerse de varios modos. Si todos los hijos se casan, pue-

1 Véanse las citas en Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 272, nota 92.

2 Denegada, 29 de Junio de 1842 (Dalloz, núm. 1,986, 6^o). Tolosa, 6 de Febrero de 1832 (Dalloz, núm. 1,810).

de repetirse en el contrato de matrimonio de cada uno de ellos, de suerte que los padres aseguren á cada uno una porción igual en todos los bienes que posean á su fallecimiento, teniendo en consideración el número de hijos que dejen en ese tiempo. (1) A veces los padres hacen que intervengan los hijos que no se casan, en el contrato de matrimonio del que se casa, y les prometen á todos una parte igual en su herencia. Excusado es decir que no hay términos sacramentales para hacer una promesa que la misma ley prevee.

249. El silencio del Código suscita una cuestión de principio que no carece de dificultad. Se pregunta si la promesa de igualdad es válida y si produce los mismos efectos que una institución convencional. Hay motivos muy formales para dudar. Se confiesa que la promesa de igualdad es un pacto hereditario; esto es evidente, puesto que la cláusula versa sobre la igualdad que deberá reinar entre los hijos, en la futura herencia de sus padres; al hacer éstos tal promesa, se privan de la facultad que les conceden la naturaleza y la ley de disponer de la parte disponible, de modo que se rompa la igualdad entre sus hijos. Ahora bien, la ley prohíbe todo contrato acerca de una herencia no abierta; sólo por excepción le admite, en el matrimonio, bajo la forma de una institución convencional, y por lo mismo que es excepción, es de interpretación rigurosa; desde que no se está dentro de la excepción, se vuelve á la regla que prohíbe severamente todo pacto sucesorio. La cuestión se reduce, pues, á saber si la promesa de igualdad es idéntica á la institución convencional tal como la autoriza la ley.

No son idénticas ambas cláusulas. El que instituye á uno de sus hijos por su heredero, no por eso se obliga á mantener la igualdad entre el instituido y sus otros hijos, pues

1 Burdeos, 20 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 5, 126).

no le asegura más que una cosa, la calidad de heredero por la parte que se fijó en el contrato; no le priva de la facultad de disponer de su parte libre mejorando á uno de sus hijos con alguna liberalidad; si tiene dos hijos, puede dar á uno de ellos el tercio de los bienes que deje á su fallecimiento, y al otro los dos tercios, dándole uno de mejora. La promesa de igualdad va más lejos; los padres prometen á sus hijos una parte igual. ¿No debemos inferir de ahí que esa promesa excede á la institución convencional tal como la autoriza la ley, y que, por consiguiente, es pacto sucesorio prohibido? La promesa de igualdad no tiene por objeto indirecto instituir un heredero por contrato; es una renuncia del derecho que pertenece á los padres para disponer de su parte libre; no estando explícitamente consagrada por la ley esa renuncia, ¿no habrá que concluir de ello que está prohibida á título de pacto hereditario? (1)

A pesar de estos motivos que hay para dudar, adoptamos la opinión generalmente seguida. La razón de resolver es que la institución convencional implica también una renuncia de la facultad para disponer de la parte libre. Cuando un padre instituye á uno de sus dos hijos por la mitad de los bienes que deje al morir, y al segundo por la otra mitad, se despoja del derecho de disponer á título gratuito, si no es con los límites señalados en el art. 1,083. Toda institución convencional contiene una renuncia de disponer á título gratuito en perjuicio del instituido. Si puede hacerse esa renuncia en forma de institución de heredero, ¿por qué no había de poder hacerse en forma de promesa de igualdad? No hay fórmula sacramental por la institución de un heredero por contrato, sino que aquella puede modificarse por los contratantes. Pues bien, la promesa de igualdad es una de esas modificaciones. El padre

1 Compárese con Championniere y Rigault, t. 6º, núm. 2,951, y con Dalloz, núm. 1,994.

no instituye directamente al hijo á quien hace esa promesa; aparentemente, nada le da; pero, en realidad, privándose de la facultad de dar lo disponible á su perjuicio, le asegura su parte hereditaria en los bienes que deje al morir, y asegurar á un hijo su parte hereditaria, es, indudablemente, instituirle heredero por aquella parte.

No hacemos más que una restricción á la opinión general. El Código no habla de la promesa de igualdad; si ella es válida, es como una de las formas ó modificaciones bajo las cuales puede hacerse la institución convencional. Desde ese momento no es posible ya resolver *à priori* y de una manera absoluta, cuál será el efecto de la cláusula; esto depende de la intención de las partes contratantes. Ese es el principio que ya hemos sentado y que consagró un fallo de Casación, de Bruselas. (1)

250. ¿Cuál es el efecto de la promesa de igualdad? Es imposible responder á esta pregunta de una manera absoluta, puesto que todo depende de la voluntad del donante. Se resolvió que era una institución convencional, y, por consiguiente, no puede el padre hacer ya ninguna disposición á título gratuito, conforme al art. 1,083. La cláusula estaba concebida así: "Los padres prometen guardar á la futura esposa, su hija, una igualdad completa y absoluta en su herencia con los demás hijos, y no mejorar á ninguno de ellos á su perjuicio, ni directa ni indirectamente." A la hora del matrimonio, había tres hijos, dos murieron antes que sus padres; la madre se volvió á casar y legó á su segundo esposo la parte de bienes de que la ley le permitía disponer. ¿Tenía todavía una parte disponible que pudiese dar? Nó, dice el Tribunal de Limoges; porque

1 Véanse en las págs. 56 y 57, los núms. 46 y 47. Los autores examinan apenas la cuestión. Merlin, *Repertorio*, palabra *Institución Convencional*, pfo. 6º, núm. 3 (t. 15, pág. 235). Duranton, t. 9º, pág. 648, núm. 655. Coin-Delisle, pág. 570, núm. 65. Troploug, t. 2º, página 330, núm. 2,376.

al prometer la igualdad á su-hija, la instituía hereditaria de todo lo que le correspondiese como hija en su futura herencia; esa es la institución de un heredero por contrato, y así, no podía hacer ya el instituyente liberalidad con perjuicio del heredero instituido. (1) Se resolvió, en sentido contrario, que la promesa de igualdad hecha por un padre á uno de sus hijos, no equivale á una institución convencional universal en favor de ese hijo, para el caso de que sólo él sobreviviera al donatario; de donde concluyó el fallo que la cláusula no quitaba al padre la libre disposición de la parte disponible. La cláusula era en aquel caso más restrictiva: el padre se prohibía cualquiera disposición que disminuyera la "parte igual" del hijo; la expresión "parte igual" implica la idea de una partición, y así, del concurso de otros herederos, y, en consecuencia, una fracción de la herencia y no toda la herencia entera. (2)

251. ¿Puede disponer de su parte libre, en favor de un extraño, el padre que prometió igualar á sus hijos? Si se identifica la promesa de igualdad con la institución convencional, hay que responder negativamente, porque estando instituidos herederos todos los hijos en la cláusula interpretada así, el instituyente habrá dispuesto, en realidad, de toda su herencia; debe aplicarse, pues, el art. 1,083 y decidir que el padre no puede disponer ya á título gratuito. Esta es la interpretación que da Troplong á la cláusula. Otros dicen que eso es excederse de la intención de los contratantes; el padre prometió la igualdad á los hijos entre sí, no se obligó á dejarles su parte disponible. En la

1 Limoges, 23 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 213). En el mismo sentido, Burdeos, 20 de Enero de 1863 (Dalloz, 1863, 5, 126). Bruselas, 4 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 102).

2 Burdeos, 12 Mayo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 155). En el mismo sentido, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 103. Demolombe, t. 23, pág. 332, núm. 307.

institución convencional autorizada por el Código, se admite que el donante puede reservarse la facultad de disponer á título gratuito dentro de los límites de lo disponible. Esta reserva, dicen, se sobreentiende en la promesa de igualar; el padre no se prohíbe más que una cosa, no puede romper la igualdad, pero nada le impide que dé su parte disponible á un tercero. (1) A esto se puede responder que poco importa á los hijos si se les despoja por un tercero ó por uno de sus coherederos; lo que ellos han deseado es que el padre no hiciera liberalidad en perjuicio suyo, lo cual nos conduce al art. 1,083. No tomamos ningún partido en ese debate; el juez resolverá, según los términos de la cláusula, cuál fué la intención de los contratantes.

252. El padre promete la igualdad á sus hijos en el contrato de matrimonio de uno de ellos: ¿le obliga esa promesa con relación á sus otros hijos? Si no intervienen éstos en el contrato, no cabe duda, se aplica el principio de que los convenios no producen efecto más que entre los contratantes. Si intervienen en él ¿podrán invocar el beneficio de la cláusula? Nó, porque la promesa de igualar no tiene valor sino como cláusula de institución convencional; y el padre no puede instituir herederos á hijos que no se casan, ni puede, por lo mismo, prometerles la igualdad. Sobre este particular están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (2)

253. De ahí inferen que la promesa de igualar no produce efecto sino hasta donde concurre la parte hereditaria del futuro esposo en la parte disponible. Si hay, pues, otros hijos al morir el padre, podrá percibir una parte en lo disponible, con tal que no merme la hereditaria del hi-

1 Troplong, t. 2º, pág. 340, núm. 2,378. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 274, núm. 99; pág. 275, núm. 102. Fallo del Tribunal de Lille, 25 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 3, 68).

2 Durantón, t. 9º, pág. 649, núm. 656, y todos los autores. Burges, 4 de Julio de 1808 (Daloz, núm. 1,996).

jo á quien se prometió igualar. Aquí vuelve á comenzar el desacuerdo. Prometer la igualdad, dicen unos, es prometer que será la misma la parte de todos los hijos; y es cumplir con tal promesa mejorar á uno de ellos dándole una fracción de lo disponible? (1) Otros responden: ¿De qué se queja el hijo que tiene su parte hereditaria? Si la igualdad se viola, no es con perjuicio suyo. (2) Dejemos indecisa la cuestión, por serlo de hecho, cuya solución estriba en la intención de los contratantes.

SECCION IV.—De la donación de bienes presentes y futuros.

§ I. —NOCIONES GENERALES.

254. Dice el art. 1,084 que “la donación por contrato de matrimonio podrá hacerse acumulativamente de bienes presentes y futuros.” ¿Qué es esa donación acumulativa? ¿Cómprnde dos liberalidades distintas é independientes, primero una donación de bienes presentes y después otra de futuros; ó no es la donación acumulativa más que la institución convencional, con una modificación que permite al instituido atenerse á los bienes presentes del donante, repudiando los futuros y con la carga de pagar las deudas presentes? En este último sentido debe entenderse la donación acumulativa de bienes presentes y futuros. Así resulta del tenor y del espíritu de la ley.

El art. 1,084 dice: “La donación por contrato de matrimonio.” Trata, pues, de una donación única que debe hacerse por contrato de matrimonio. ¿Cuál es esa donación? A esto responde el art. 1,082: es la institución convencional por la cual instituye el donante herederos á los cónyuges y á los hijos que procedan de su matrimonio; debiendo

1 Besangón. 11 de Junio de 1844 (Dalloz, 1846, 4, 156).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 275, y nota 101, pfo. 739.

hacerse en contrato matrimonial esa institución, la ley la llama "donación por contrato de matrimonio;" si hubiese conservado la expresión tradicional, habría dicho: "La institución convencional" podrá hacerse acumulativamente de bienes presentes y futuros. Por ser la donación de que se habló en el artículo 1,084 la institución convencional del 1,082, no dice la ley quién no puede hacerla, ni en favor de quién; era inútil que lo dijese, puesto que ya lo expresaba el art. 1,082; por consiguiente, conforme al texto, la institución convencional, tal como está organizada por ese artículo, forma la regla; el 1,084 permite introducir algunas modificaciones.

¿Cuáles son esas modificaciones? No hay mas que una y en una sola hipótesis. Si las partes adjuntan al instrumento un estado de las deudas del donante en el día de la donación, tiene el donatario, al morir el donante, el derecho de atenerse á los bienes presentes, renunciando los futuros (artículo 1,084). En la institución convencional del art. 1,082, el donatario no tiene ese derecho, sino que está obligado á recibir los bienes que deje el donante al morir y á pagar las deudas, salvo que prefiera renunciar el beneficio de la institución. Por aquí se ve cuál es el objeto de la donación acumulativa. Ninguna garantía ofrece al donatario la donación de bienes futuros contra las disipaciones del donante; el cual no puede hacer ya liberalidad, es cierto, pero sí disipar de mil modos su fortuna dejando deudas en su herencia. Es verdad que apenas se hace una donación de ese género para favorecer el matrimonio por poco hábito de gastar que tenga el donante. La donación acumulativa remedia ese inconveniente: el donatario conoce la fortuna del disponente, así como las deudas que la gravan; sabe, pues, cuál es la ventaja que le proporcionará la liberalidad; puede contraer matrimonio, estándole asegurada la fortuna presente del donante. Y si, en lugar de di-

si parlos aumenta sus bienes el donante, no usará el donatario del derecho que le da la donación acumulativa, de atenderse á los bienes presentes, sino que aceptará la herencia del donante; de suerte que, en cualquiera hipótesis, la donación es para él ventajosa. (1)

255. Esta interpretación del art. 1,084 es tan evidente que apenas si hay necesidad de mencionar la interpretación contraria que Delvincourt adoptó fundándose en la autoridad de Furgole. (2) La ley no habla de dos donaciones, una de bienes presentes y otra de futuros; no habla más que de una misma, que el Código llama donación por contrato de matrimonio y á la cual los autores y la jurisprudencia han conservado su nombre de institución convencional. El espíritu de la ley, tal como resulta de ella misma, no deja lugar á duda. Si ella quiere favorecer al donatario para favorecer el matrimonio, no olvida que también debe favorecer al donante para obligarle á hacer liberalidades á los futuros cónyuges. Para alcanzar ese fin, no debe obligarse al donatario donante á que actualmente se despoje de sus bienes presentes, sacrificio al cual pocos estarían dispuestos; es menester, antes bien, dejar al donante al frente de su fortuna mientras viva. Pues bien, una donación actual de bienes presentes acompañada de una donación de futuros iría precisamente contra ese objeto, puesto que quitaría al donante sus bienes presentes; quiere decir, regularmente su fortuna entera; mientras que la donación acumulativa deja al donante la disposición de sus bienes, permitiendo al donatario que, muerto aquél, repudie su herencia si está cargada de deudas y se aproveche de los bienes que el donante poseía al tiempo de la donación.

1 Coin-Delisle, pág. 579, núm. 3, y todos los autores, excepto Delvincourt y Guilhón.

2 Delvincourt, t. 2.^o, notas, pág. 431.

256 En este sentido se halla la jurisprudencia. Se declaró ya que la donación acumulativa no transfiere al donatario la propiedad de los bienes, ni la de los presentes ni la de los futuros. El texto mismo del Código la prueba. En efecto, conforme al art. 1,089, la donación hecha en los términos del 1,084 caduca si el donante sobrevive al cónyuge donatario y á su posteridad; la donación entera es la que viene abajo, sin distinción de bienes presentes y futuros. De ahí concluye la Sala de Casación que el heredero convencional no tiene la propiedad de los bienes donados desde el día de la donación; que todo se reduce para él á una esperanza, á una simple expectativa, que pueden desvanecerse con la supervivencia del donante; todo está en suspenso hasta el fallecimiento, y, en consecuencia, no se halla fija la propiedad en la persona del donatario. (1) Lo propio sucedería aun cuando el donatario hubiese sido puesto en posesión de los bienes presentes. Sin embargo, hay en ello un motivo para dudar; podría decirse que el donante se despojó, que su intención fué transmitir al donatario la propiedad de sus bienes presentes, y esa institución sería bastante, como más adelante lo veremos, para producir la transacción de la propiedad. El Tribunal de Montpellier resolvió, no obstante, que el poner en posesión al donatario no bastaba para alterar la naturaleza de la donación tal como la define el art. 1,084. En el caso, los términos del instrumento estaban conformes á la ley, diciéndose en el contrato matrimonial que los padres hacían donación á su hijo de la mitad de sus bienes presentes y futuros que poseían y disfrutaban y de los que más tarde poseyeran. No se podría, dice la resolución, sin violentar el contrato del instituyente, dividir esa donación y hacer de una sola disposición dos distintas, una donación de bienes presentes y otra

1 Denegada, 19 de Diciembre de 1843 (Dalloz, núm. 2,139, 4°).

de futuros. (1) En materia de derecho fiscal, la jurisprudencia está conforme con esos principios, resolviendo que no há lugar á percibir los derechos de mutación sobre los bienes presentes más que sobre los futuros. (2)

257. Tales son los principios. Pero los contratantes son libres para donarlos, por cuanto á que pueden hacer dos donaciones distintas, una de bienes presentes y otra de futuros, en un solo instrumento. Un contrato, dice muy bien la Sala de Casación, puede contener dos donaciones de naturaleza distinta; no basta, pues, que recaiga la donación sobre los bienes presentes y futuros para que, por sólo esto, sea donación acumulativa en el sentido del art. 1,084; es menester atender á las cláusulas del instrumento. En el caso que se resolvió en Casación, casi ni dada había. El contrato de matrimonio hacía donación al futuro cónyuge de los bienes muebles é inmuebles detallados en diez números, y después se decía que los donantes se despojaban al momento mismo en favor del donatario, y le transferían la propiedad de los inmuebles donados. Veamos bien en ella los caracteres de la donación entre vivos tal como la define el art. 894. Venía en seguida otra cláusula en que los donantes daban todos los bienes muebles é inmuebles que poseyeran el día de su fallecimiento. Esta disposición, dice el fallo, ofrece todos los caracteres de una donación de bienes futuros. El contrato de matrimonio contenía, pues, dos distintas donaciones, la primera de bienes presentes y la otra de futuros. (3)

258. Puesto que la donación acumulativa no es más que

1 Montpellier, 28 de Agosto de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 196).

2 Casación, 13 de Abril de 1825 (Dalloz, palabra *Registro*, número 3,870, 2°).

3 Denegada, 18 de Marzo de 1835 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 2,156). En el mismo sentido, Lieja, 27 de Febrero de 1828 (Dalloz, núm. 2,147, 1°). *Pasicrisia*, 1828, pág. 78). Denegada, 30 de Enero de 1839 (Dalloz, núm. 2,147, 2°).

una institución convencional modificada, síguese de aquí que se aplican las reglas generales de esa institución á la donación de bienes presentes y futuros. Hay alguna duda en cuanto á la forma. El art. 1,084 es explícito: “La donación *por contrato de matrimonio*, dice, podrá hacerse acumulativamente de los bienes presentes y futuros.” Es la repetición de lo que dice el art. 1,082; es necesario, pues, decidir que una donación acumulativa hecha en instrumento distinto del del contrato de matrimonio de los futuros cónyuges, sería nula (núm. 186). Podría suceder, empero, que se declarase válida la donación en cuanto á los bienes presentes. Si de los términos del instrumento y de la intención del donante resultara que inmediatamente se transfiriera al donatario la propiedad de los bienes presentes, habría entonces dos donaciones, una de bienes presentes, válida puesto que no se debía hacer por contrato de matrimonio, y la otra de bienes futuros, nula, puesto que no se podía hacer más que en el contrato que contiene las capitulaciones matrimoniales de los futuros cónyuges. (1)

259. El art. 1,084 no dice en favor de quién puede ó debe hacerse la donación acumulativa, y se remite al artículo 1,082; hay, pues, que decir que puede hacerse en favor de los futuros cónyuges y que los hijos están comprendidos en la institución, ya en virtud de la cláusula de la donación, ya en virtud de la presunción de la ley. El artículo 1,089 no deja lugar á duda en este punto, puesto que supone que caduca la donación del art. 1,084 si sobrevive el donante al cónyuge donatario y á su posteridad; luego todo lo que hemos dicho del llamamiento de los hijos en la institución convencional, se aplica á la donación acumulativa de bienes presentes y futuros (núms. 201-205) (2)

1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 277, nota 7, pfo. 740, y los fallos citados en la inmediata anterior á la presente.

2. Denegada, 19 de Diciembre de 1843 (Daloz, núm. 2,139, 4º).

La aplicación del principio suscita una dificultad singular. Puesto que los hijos están comprendidos en la donación acumulativa, podrán, al morir el donante, estarse á los bienes presentes; en ese caso, la donación convencional se transforma en una entre vivos. Tal es, por lo menos, la opinión común. De ahí que se reputaron los hijos como donatarios de los bienes que poseía el donante al tiempo del contrato. Pero ¿cómo pueden ser donatarios, es decir, propietarios de los bienes presentes, cuando aun no están concebidos en el momento de la donación? Troplong responde que en los contratos de matrimonio que no tienen más objeto que los hijos, éstos, "en cierta manera," son partes en el pacto de familia. (1) Como se ve, el autor vacila; no se atreve á decir que los hijos son partes, si bien es cierto que, sin estar concebidos, no pueden ser donatarios entre vivos. Creemos, efectivamente, que no lo son. La ley no dice lo que se le hace decir, que la institución se transforma en una donación de bienes presentes; si lo dijese, habría que decidir que los hijos no pueden optar por los bienes presentes, porque no pueden ser donatarios en un momento en que no están concebidos (art. 906). El art. 1,084 dice solamente, que el donatario puede atenerse á los bienes presentes, y así, no los recibe sino al morir el donante, que es hasta cuando se hace propietario de ellos. Nada impide, pues, á los hijos, que ejecuten el derecho de oposición que la ley concede al donatario.

260. ¿Debe registrarse la donación acumulativa? Hay cierta incertidumbre sobre este punto entre los autores. Siendo de principio que la donación acumulativa es institución convencional, hay que resolver que no está sujeta á registro (núm. 188). El motivo por el cual le exige la ley

1 Troplong, t. 2º, pág. 354, núm. 2,409. Demolombe, t. 23, pági. na 358, núm. 352. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 278 y nota 9.

en las donaciones inmuebles no es aplicable á las acumulativas. En favor del tercero se exige ese registro; mas el interés de tercero nada tiene que ver aquí, puesto que el donante conserva la libre disposición de los bienes comprendidos en la institución. La donación acumulativa no es translativa de propiedad (núms. 254-255), y así, no debe registrarse, puesto que la ley no ordena el registro más que de los instrumentos á título gratuito translativos de derechos reales inmuebles: tales son los términos de la Ley Hipotecaria belga (art. 1º)

La aplicación del principio suscita una dificultad. Si el donatario opta por los bienes presentes, y el donante enajenó uno de esos bienes, puede el donatario reivindicarle; mas para ello es menester que pruebe su propiedad, y no es propietario con relación á tercero sino por el registro del instrumento de donación, registro que debe ser anterior á la enajenación hecha por el donante. En vista del derecho de oposición, el donatario debe, pues, registrar la donación, y si no lo hace no podrá reivindicar. Véase el único efecto que producirá, á nuestro juicio, la falta de registro. Si el donante no enajenó, es inútil aquél. El donatario podrá ejercer su derecho de oposición, aun cuando la donación no se haya registrado. Con mayor razón no debe el donatario registrar en la hipótesis de que no optará por los bienes presentes, porque, en ese caso, la donación acumulativa es una institución convencional pura, la cual no se debe registrar. (1)

¿Deberá registrar el donatario en el momento de abrirse la herencia por la muerte del donante? Esta cuestión se liga con el art. 1.º de nuestra Ley Hipotecaria, y nos remitimos al título "De las Hipotecas."

1 En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 380. núm. 3. Demolombe, t. 23, pág. 388, núm. 363. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 244 y nota 3, y los autores que citan.

261. La misma cuestión se presenta respecto al avalúo, y da lugar á una nueva dificultad. Conforme al principio que asimila la donación acumulativa á la institución convencional, habría que decidir que el art. 948 no se aplica á la una más que á la otra (núm. 189). Pero la donación acumulativa no es institución convencional pura, sino que se puede modificar profundamente por la oposición del donatario; cuando opta por los bienes presentes, el donatario tiene derecho á los muebles que poseía el donante en el momento de la donación. En este sentido, la donación acumulativa se torna donación de bienes presentes. Desde ese momento, ¿no hay que aplicar el art. 948, conforme al cual ningún instrumento de donación de objetos muebles es válido sino en cuanto á los efectos cuyo avalúo se hubiere agregado á la minuta de la donación? La cuestión está debatida, y es dudosa. Hay una diferencia entre el avalúo y el registro. Este no se requiere para la validez de la donación, y mucho menos aún para su existencia; mientras que el avalúo se exige para la validez de la donación mueble, y aun se puede sostener que sin avalúo no hay donación. Esto parece resolver la dificultad. La donación acumulativa, reducida á los bienes presente, debe ir acompañada del avalúo, pues sin él nada hay que garantice la irrevocabilidad; y una donación entre vivos, revocable, no es donación.

Sin embargo, la opinión contraria nos parece preferible. La ley no dice que la opinión del donatario transforma la donación acumulativa en donación de bienes presentes; el art. 1,084 dice solamente que el donatario puede optar por los bienes presentes. ¿Cómo se harán constar éstos? Sobre este punto, la ley guarda silencio. ¿Es decir esto que se refiere al art. 948? Este artículo no tiene más que un objeto, que es asegurar la irrevocabilidad de las donaciones muebles; quiere decir, de las donaciones que, en el mo-

mento de hacerse, recaen sobre bienes muebles presentes del donante. No es esa la donación acumulativa, la cual recae en bienes presentes y futuros, es una institución convencional; y conforme á la ley, sigue siendo institución convencional, aunque el donatario optara por los bienes presentes. La dificultad estará en probar la calidad y valor del mobiliario presente, y, como es natural, toca al donatario la correspondiente prueba. Hay otra consideración en favor de esa opinión. El donatario que opte por los bienes presentes, queda obligado á todas las deudas y cargas del donante existentes en el momento de la donación. Si, por falta de avalúo, no puede reclamar el mobiliario presente, deberá soportar el pasivo sin tener derecho á todo el activo; lo cual sería contrario á los principios y á la equidad. (1)

La Sala de Casación resolvió que el avalúo es inútil cuando el donatario no opta por los bienes presentes; los términos del fallo implican que, en concepto de la Sala, sería necesario aquél si el donatario optara por los bienes presentes. Sin embargo, no quedó formalmente zanjada la dificultad. (2)

262. ¿Cuáles son los derechos del donante que hace una institución acumulativa? Conserva la propiedad de los bienes comprendidos en la institución, sin distinción de presentes y futuros. Tiene, pues, derecho para disponer de unos y otros, ora á título oneroso, ora á título gratuito, salvo el del donatario para reivindicar los bienes donados por el instituyente, y aun los vendidos, en el caso de que opte por los presentes. Los más de los autores enseñan que el donante no puede enajenar los bienes presentes, ni aun á título oneroso; de otro modo, dice Toullier, privaría al

1 Troplong, t. 2º, pág. 371, núm. 2,444. En sentido contrario, Demolombe, t. 23, pág. 388, núm. 363.

2 Denegada, 27 de Febrero de 1821 (Daloz, núm. 2,163):

donatario del derecho de dividir la donación. (1) Esto no es exacto y la inexactitud proviene, sin duda, de una mala interpretación. El instituyente no puede hacer ya donación con perjuicio del instituido, conforme al art. 1,083; lo cual no impide que haga liberalidades, á salvo el derecho del donatario por reivindicar los bienes donados (número 216). Con mayor razón puede disponer á título oneroso en la institución acumulativa, porque la ley no lo prohíbe. Sólo que si el donatario opta por los bienes presentes, vienen abajo esas donaciones. El donante se halla, bajo ese respecto, en una posición análoga á la del gravado con substitución; éste puede enajenar también; pero las enajenaciones vienen abajo si se abre la substitución en favor de los substituidos.

263. Ningún derecho tiene el donatario a los bienes donados, ni aun á los presentes (núms. 254-255). No puede oponerse, pues, á la enajenación que hiciera el donante, ni á la posesión que tomaran los acreedores de éste en los bienes donados, aunque éstos fueran presentes. Al morir el donante es únicamente cuando nacen sus derechos; hasta ese momento ninguno tiene, ni siquiera condicional, y, por tanto, no se le podría permitir que tomara medidas conservatorias (número 228), como tampoco lo puede el instituido en la donación de bienes futuros. En efecto, el derecho de oposición que le asegura los bienes presentes, no comienza sino al morir; es un derecho que ejerce como heredero; mas no hay herencia de un hombre vivo; aunque sea heredero convencional no puede, en vida del donante, ejercer ningún derecho hereditario.

264. La donación acumulativa, que es una institución de heredero por contrato, está sujeta á la caducidad, como cualquiera donación de bienes futuros. El art. 1,089 lo

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 460, núm. 856. Grenier, t. 3º, pág. 350, número 433. Durantón, t. 9º, pág. 745, núm. 737.

dice terminantemente; es menester, pues, aplicar á la donación acumulativa lo que hemos dicho de la caducidad de la institución convencional (númsros 243-247).

265. Sin embargo, hay una diferencia importante entre la donación acumulativa y la institución convencional, y ya lo hemos indicado (núm. 253). De ahí el interés de la cuestión de si una donación es una institución convencional pura ó una donación acumulativa. Es cuestión de intención, puesto que todo depende de la voluntad de los contratantes. El juez debe resolver la dificultad conforme á los términos del instrumento. Si cae la donación expresamente sobre bienes presentes y futuros, hay que resolver que es acumulativa, aunque los donantes se hayan reservado el usufructo de los bienes comprendidos en la donación y la hayan calificado de donación entre vivos. Lo es, en realidad, puesto que ya no hay donación por causa de muerte. En cuanto á la reserva de usufructo, es una de esas cláusulas inútiles que erróneamente insertan los notarios en sus instrumentos, porque casi siempre dan lugar ellas á disensiones; pero una cláusula inútil no podría alterar la naturaleza del instrumento. (1)

Todavía puede haber duda acerca de si la donación es acumulativa ó si comprende dos liberalidades, una de bienes presentes y otra de futuros. La dificultad tiene que ser resuelta siempre conforme á los términos del instrumento. (2) Ya hemos dicho que el poner en posesión á los donatarios no bastaba para que la donación, una según el contexto del mismo instrumento, se considere como dividida en dos liberalidades. Antes que todo, la intención de

1 Besançon. 5 de Enero de 1810 (Dalloz, núm. 2,148, 1º), y 3 de Enero de 1808 (Dalloz, núm. 2,148, 2º).

2 Véanse los fallos citados antes, núm. 257, y la Denegada de 28 de Julio de 1856 (Dalloz. 1856, 1, 428). Limoges, 26 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 104).

las partes, tal como se reveló por el contrato, es la que se debe tomar en consideración.

§ II.—REGLAS ESPECIALES.

266. Lo que distingue la donación acumulativa de bienes presentes y futuros, es que el donatario puede optar por los presentes, renunciando el exceso de los bienes del donante. El art. 1,084 determina la condición con que el donatario puede ejercer ese derecho: es menester que las partes agreguen al instrumento un estado de las deudas y cargas existentes el día de la donación. Si hay un estado, puede el donatario dividir la donación, aceptándola en cuanto á los bienes presentes, y repudiándola en cuanto á los futuros. Es una derogación de un principio fundamental en materia de herencia: el heredero no puede aceptar sólo una parte; el donatario es heredero y, con todo, la ley le permite que haga una aceptación parcial, limitándola á los bienes presentes y repudiando los futuros; esto es, aceptando y repudiando al mismo tiempo. Sólo el favor del matrimonio explica esta anomalía.

Para que el donatario tenga derecho de optar por los bienes presentes, es menester que haya un estado de las deudas y cargas en el momento de la donación. Todo heredero que acepta está obligado por las deudas y cargas; luego el heredero convencional que acepta parcialmente la herencia debe quedar obligado a las deudas en proporción á lo que recibe de la misma herencia; si recibe los bienes presentes, debe soportar las deudas presentes. Hé ahí por qué debe haber un estado de las deudas. Si no lo hubiese, difícil había de ser probar la existencia y el monto de las cargas que incumben al heredero; la ley previene esas dificultades y las discusiones á que hubieran dado lugar prescribiendo un estado de las deudas. También los

acreedores tienen interés en ello, y es justo que tengan una acción contra el donatario que recibe los bienes presentes, puesto que éstos eran su garantía. Resulta de ahí que con posterioridad al instrumento de donación, ya los terceros no pueden tratar con seguridad con el donante; desde el momento en que tratan, tienen, ciertamente, como garantía todos los bienes de su deudor; pero si el donatario opta por los presentes, se les quitará esa garantía; es como si la herencia de los bienes presentes se abriese el día de la donación, el donatario recibe esa herencia con las cargas que le son anexas.

267. ¿Qué es lo que debe comprender el estado que exige el art. 1,084? La ley dice: las deudas y cargas; es la expresión de que se sirve al hablar de la obligación que incumbe al legatario universal (art. 1,009); indica que todo el pasivo que haya al tiempo de la donación debe mencionarse en el estado anexo, sin que importe mucho la naturaleza ó causa del adeudo. El estado debe ser completo, claro está; si no lo fuese, faltaría el objeto que se propuso la ley, y seguirían, como si no le hubiese, las disputas y dificultades que quiso hacer terminar. (1)

Ese principio se aplica á los comerciantes y á las deudas comerciales; lo cual no es dudoso, puesto que la ley no distingue. De modo que si el donante tiene cuenta corriente con una casa de banca, debe mencionar el estado el importe de lo que debe aquél en el momento de la donación, aunque no haya cuenta abierta entre las partes. El

1 El Tribunal de Limoges (Noviembre 26 de 1872) resolvió que no puede suplirse el estado de deudas y cargas ni con la declaración de que no reportan gravamen de deudas los inmuebles donados, puesto que esa declaración no se refiere más que á las deudas hipotecarias, ni con la dispensa de contribuir á su pago, lo cual sólo sería un estado negativo, que no sólo se aplicaría á los bienes presentes sino á los futuros, y la ley quiere un estado de las deudas presentes (Daloz, 1873, 2, 104).

caso ocurrió ya en el Tribunal de Montpellier. Un comerciante dona á su hijo la octava parte de sus bienes presentes y futuros, y declara, en el instrumento, que no debe más que el dote de su mujer que asciende á 30,500 francos. El donante tenía cuenta corriente con una casa de banca, y se hizo constar que el día de la donación era deudor, por ese capítulo, de 210,000 francos. Se resolvió en un fallo muy bien motivado, que era incompleta é insuficiente la declaración para obsequiar el deseo de la ley, y, por lo mismo, no tenía derecho el donatario de optar por los bienes presentes. A primera vista, parecía tan evidente esto que no se ve haya razón para dudar. Véase la objeción: mientras continúen las operaciones de cuenta corriente, no hay ni deudor ni acreedor; lo que lo prueba es que no há lugar á la compensación. Verdad es que no puede hacerse la compensación legal, mas para esto hay una razón particular; todo el tiempo que duren los préstamos recíprocos que constituyen la cuenta corriente, no puede tratarse de un pago parcial aislado de la operación colectiva, porque equivaldría ello á detener la cuenta cuando está corriendo. Pero nada tiene de común ese carácter de la cuenta corriente, con el estado de deudas que prescribe el art. 1,084; no se trata ni de un pago real ni de uno ficticio, sino únicamente de hacer constar el importe del pasivo el día de la donación; y es cosa certísima que cada día se puede precisar á qué tanto asciende el haber ó el debe de las dos partes; lo cual basta para que el debe del donante en el momento de la donación figure en el estado de sus deudas. Recurrido el fallo, vino uno denegatorio. La Sala de Casación hace notar, y con razón, que lejos de constituir una excepción en cuanto á las deudas que resultan de las cuentas corrientes, hay una razón especial para comprenderlas en la regla. Si estuviese dispensado el comerciante nego-

ciente de dar á conocer el importe de su debe, se abriría la puerta al fraude y á inexplicables dificultades que la ley ha querido prevenir. (1)

268. ¿Puede reemplazar el donante el estado de deudas y cargas con una declaración del monto de sus deudas que haga en el inventario? Se resolvió que era insuficiente esta declaración. (2) Esto no es dudoso cuando el donante se limita á indicar la cifra á que se elevan sus deudas; la ley exige más, quiere un estado de las mismas; es decir, un inventario detallado del pasivo. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. ¿Por qué subscribe el Código un estado de deudas? Para evitar las dificultades que se presentaban antiguamente en cuanto á saber si tal deuda era ó no anterior á la donación; mas tales dificultades no se pueden prevenir sino cuando el estado da á conocer el objeto y la fecha de cada deuda. Sólo que hay necesidad de no tomar al pie de la letra lo que dice el art. 1,084, que el estado debe ir "anexo" al instrumento; es indudable que si ese estado se incluyera en el cuerpo del instrumento, quedaría satisfecha la ley.

269. ¿Puede eximir el donante al donatario de la obligación de hacer inventario, en el sentido de que el segundo de ellos se libre de pagar las deudas presentes, cuando opta por los bienes presentes? Casi no hay duda para contestar que sí. Las partes pueden celebrar los convenios que juzguen convenientes, con tal de que nada tengan de contrario al orden público y á las buenas costumbres. Sobre todo, en el contrato de matrimonio, la ley deja en absoluta y completa libertad á las partes, porque ese contrato se ve con especial favor. Puede, pues,

1 Montpellier, 7 de Diciembre de 1860 (Daloz, 1861, 2, 180), y Denegada, 13 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1862, 1, 267).

2 Limoges, 19 de Marzo de 1841 (Daloz, núm. 2,158). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 279, nota 12. Demolombe, t. 23, pág. 386, núm. 360.

el donante hacer la donación bajo condiciones más ventajosas que las que supone la ley; dar, por ejemplo, el tercio de los bienes, dejando á cargo de los herederos el tercio de las deudas presentes, caso de que optara el donatario por los bienes presentes. Es otro favor que concede al donatario y del cual nadie tiene por qué quejarse, excepto los acreedores, cuando se hiciese la donación para defraudarlos. La ley resguarda sus intereses concediéndoles la acción pauliana (1) Pero si el donante dejara las deudas presentes á cargo del donatario, en caso de opción, no podría dispensarse de la obligación de agregar un estado de las deudas, porque ese estado tiene por objeto prevenir las discusiones y los fraudes, y, en ese sentido, es de orden público.

270. Además del estado de las deudas ¿debe el donatario formar inventario del activo mueble para gozar del beneficio que le concede la ley de optar por las tres partes pagando las deudas presentes? Parécenos que el silencio de la ley resuelve la cuestión; ella no prescribe el inventario como condición de la facultad de optar, y ¿puede haber obligación sin ley? Sería menester como sanción la caducidad, en el caso de que no se hubiera hecho el inventario; y ¿tiene derecho el intérprete para declarar tal caducidad? Sin embargo, se enseña la opinión contraria, pero importa precisar bien la dificultad. M. Demolombe dice que debe declararse la caducidad del derecho de oposición del donatario si aceptó pura y simplemente la sucesión sin hacer inventario; y Troplong, después de discutir largamente el punto, concluye diciendo que el donatario universal que no hizo inventario debe ser condenado, aun *ultra vires*, á pagar todas las deudas de la herencia. (2) Hay en

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4^o, pág. 503, núm. 258 bis, 2^o, seguido por Demolombe, t. 23, pág. 387, núm. 361.

2 Troplong, t. 2^o, pág. 360, núms. 2,419-2,422. Demolombe, t. 23, pág. 384.

estas decisiones cierta confusión de ideas. El donatario de los bienes presentes y futuros es un heredero convencional, pero tiene un derecho especial, que es el de optar por los bienes presentes; luego tiene una oposición que hacer al morir el donante. Si opta por toda la herencia, queda consumado su derecho, y no puede ya optar por los bienes que el donante deje á su fallecimiento. ¿Cómo se puede saber si opta por toda la herencia? La cuestión se resuelve conforme á los principios de la aceptación: el donatario puede aceptar expresa ó tácitamente; en uno y otro caso, caduca su derecho de opción; mejor dicho, lo habrá ejercido al aceptar la herencia. Aun cuando hubiera hecho inventario, esto no impediría que la renuncia produjese efecto; si aceptó el donatario, aunque haya sido con beneficio de inventario, no podría revocar su aceptación para optar por los bienes presentes, porque aceptar, aun con beneficio de inventario, es optar, y el que optó no puede ejercer el derecho de oposición. Pero mientras el donatario no haya aceptado la herencia, puede optar por los bienes presentes sin obligación de hacer inventario, el cual es inútil, puesto que el donatario está obligado por las deudas presentes personalmente, y, por lo mismo, sobre su propio patrimonio, en que se vienen á confundir los bienes presentes que recibe.

Es distinta la cuestión de saber cuáles son las obligaciones del donatario en lo que mira al pago de las deudas si acepta la herencia por entero. En este caso, se está bajo el dominio del derecho común, como más adelante lo diremos.

271. El estado de las deudas es la condición con que el donatario goza del derecho de oposición; si no hay estado, no puede el donatario dividir la herencia para optar por los bienes presentes; quiere decir, que la donación acumulativa sigue siendo lo que es en su principio: una ins-

titución convencional. Tal es el sentido del art. 1,085, que está concebido así: "Si no se agregó al instrumento que contiene la donación de los bienes presentes y futuros, el estado que menciona el precedente artículo, quedará obligado el donatario á aceptar ó repudiar en todo aquella donación." Esa es la posición del heredero convencional, como de cualquier otro heredero: no se puede dividir la aceptación de una herencia, porque no se puede ser heredero en parte.

272. ¿Cuál será la situación del donatario si renuncia la herencia convencional? Hay que aplicar por analogía el art. 785, según el cual el heredero que renuncia se reputa no haber sido nunca tal. Siguese de ahí que nada puede reclamar el donatario, de los bienes donados, ni retener tampoco nada; si, pues, se le hubiese puesto en posesión de los bienes presentes, como suele suceder, debería restituirlos á los herederos del donante. Así lo resolvió el Tribunal de Grenoble en un fallo bastante mal redactado. Sienta como principio que toda donación de bienes presentes y futuros entraña "necesariamente," por parte del donante en favor del donatario, desprendimiento, ora de la nuda, ora de la plena propiedad de los bienes donados, según que se haya ó no reservado el goce de los mismos. Esto no es exacto; es menester decir, antes bien, que ningún desprendimiento entraña la donación; antes hemos dicho que tal es la doctrina consagrada por la jurisprudencia (núms. 254-255). Si hubiese desprendimiento de los bienes presentes, el donatario sería propietario irrevocable de ellos. El Tribunal de Grenoble, para llegar á la solución de la cuestión que discutimos, dice que si renuncia el donatario, ya los bienes presentes, ya los futuros, ya, en fin, la herencia del donante, esa renuncia entraña la resolución de su derecho, aun respecto de los bienes presentes. Difícil sería concebir esto conforme á la opinión emitida por el Tribunal, de un des-

prendimiento actual producido por la donación: ¿de dónde vendría esa resolución? ¿De una condición legal? No la hay. ¿De una condición estipulada? Tampoco la hay. El Tribunal se metió en una dificultad sin salida, partiendo de un principio falso. No hay desprendimiento de derecho; si de hecho fué puesto el donatario en posesión, esto no obsta para que haya seguido residiendo la propiedad en el donante; al morir él, forman su herencia los bienes presentes y futuros: si renuncia el donatario, renuncia por ende los bienes presentes y los futuros, los cuales constituyen un solo patrimonio, una sola herencia. Únicamente por efecto de la oposición es como hay bienes presentes distintos de los futuros. Ahora bien, en el caso, no hay oposición posible, puesto que no hay donatario, por reputarse que éste nunca fué instituido. (1)

273. También puede aceptar el donatario; pero debe aceptar en todo, por no tener derecho de dividir su aceptación. ¿Qué consecuencias producirá ésta? El art. 1,085 responde que el donatario no podrá reclamar sino los bienes que existan al fallecimiento. Esta redacción no es exacta, y debe rectificarse por el art. 1,083. Ninguna duda dejan los principios respecto á los efectos de la aceptación. La donación es una institución convencional ordinaria (número 271); el instituyente ha tenido derecho para disponer de los bienes á título oneroso; en este sentido, el artículo 1,085 dice que el donatario no puede reclamar más bienes que los de la herencia del donante, y no aquellos, ni aun los presentes, de que dispuso éste á título oneroso; porque el donante tuvo derecho para enajenarlos, sin distinción de presentes y futuros (núm. 262); sólo cuando el donatario opta por los presentes, se distinguen éstos de los futuros; mas el donatario aceptó en todo la institución, y así, no es posible esa distinción de bienes. Sin embargo,

1 Grenoble, 19 de Enero de 1847 (Dalloz, 1856, 2, 11).

si el donante hubiese dispuesto de ellos á título gratuito, podría, ciertamente, reclamarlos el donatario; en efecto, la donación acumulativa es una institución convencional, y sigue siéndolo cuando el donatario acepta en todo. Hay que aplicar, pues, el art. 1,083. Toda institución convencional asegura al instituido el carácter y los derechos de heredero; luego en toda institución se priva el donatario de la facultad de disponer á título gratuito, puesto que, haciendo liberalidades, revocaría la institución de heredero, que es irrevocable. De aquí que el donatario que acepta la institución en todo, puede reclamar los bienes de que haya dispuesto el donante á título gratuito; el donante no tuvo derecho de disponer, y, en ese sentido, existen los bienes donados en su herencia, á diferencia de los enajenados á título oneroso, que salieron definitivamente de su patrimonio. En este sentido están los autores y la jurisprudencia. (1)

Entre los bienes existentes al morir el donante, hay que comprender los muebles, aun cuando falte el avalúo. No puede tratarse de exigirle cuando no hay donación de bienes presentes; y cuando el donatario acepta en todo la institución, no hay ya más que un patrimonio, el cual comprende sin distinción los bienes presentes y los futuros; esto excluye la aplicación del art. 948, que supone una donación de bienes presentes. (2)

274. En cuanto á las deudas, el art. 1,085 dice que el donatario que acepte en todo la institución, queda sujeto al pago de "todas" las deudas y cargas de la herencia. La

1 Casación, 31 de Marzo de 1840 (Dalloz, núm. 2.188). Deuegada, 27 de Febrero de 1821 (Dalloz, núm. 2.163). Compárese á Durantón, t. 9º, pág. 731, núm. 730). Coin-Delisle, pág. 580, núm. 9. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 279, notas 13 y 14. Demolombe, t. 23, pág. 377, número 351.

2 Durantón, t. 9º, pág. 731, núm. 733. Compárese lo dicho antes en el núm. 262.

palabra "todas" ¿quiere decir que el donatario debe sopor-
tar las deudas en todo, aunque su institución comprenda
sólo una parte de los bienes? Así se ha querido, pero tal
interpretación ha sido desechada por los tribunales; en-
tendida de ese modo, la ley se opondría á todo principio.
En efecto, las deudas se dividen entre los diversos suce-
sores, después de su parte hereditaria; sería inaudito que
aquel á quien no tocara más que una tercia parte ó cuarta
parte de los bienes quedara obligado á pagar todas las deu-
das. Si la ley dice que el donatario que acepta "toda" la
institución está obligado á pagar "todas" las deudas, es
por oposición al donatario que, no aceptando sino bienes
presentes, no está obligado á las deudas presentes, tales
como se ven detalladas en el correspondiente estado. Esto
se hace evidente cuando se comparan el art. 1,085 y el 17
del Estatuto de 1731, de donde aquel fué tomado. El Es-
tatuto preveía ambas hipótesis: el donatario podía escoger
entre recibir los bienes, tales como se encontraran al mor-
rir el donante, pagando "todas las deudas y cargas," aun
las posteriores á la donación, ú optar por los bienes que
existían al tiempo de ésta, pagando solamente las deudas
y cargas "existentes en ese tiempo." El Código no repro-
dujo esta última parte del art. 17; pero se sobreentiende,
como lo veremos más adelante. Los autores y la práctica
están de acuerdo. (1)

Si la donación no recae sino sobre bienes particulares,
el donatario no está obligado por las deudas. En ese caso,
no hay donación acumulativa, el donatario no recibe más
que objetos determinados; lo es á título particular, y como
tal, no está obligado por las deudas. Hay un fallo de Pa-
ris que parece contrario: el Tribunal confundió la dona-
ción acumulativa con la institución convencional. En el

1 Tolosa, 26 de Noviembre de 1826, y los otros fallos citados por
Dalloz, núm. 2,182.

caso, ya no había donación de bienes presentes y futuros; el donante donaba á su mujer, por contrato matrimonial, todos los muebles, valores, alhajas y dinero contante que dejara á su fallecimiento. Era, pues, una donación de bienes futuros, y se podía sostener que había sido hecha á título particular. (1)

275. ¿Está obligado *ultra vires* el donatario con las deudas? Conforme á la opinión que hemos enseñado acerca de la posesión, el donatario no es más que sucesor de los bienes, porque no tiene la posesión; así, pues, no le es aplicable el art. 724, y no hay otro que imponga á los sucesores universales la obligación de pagar las deudas indefinidamente. Los que admiten que todo sucesor universal, con la posesión ó no, debe pagar las deudas *ultra vires*, deciden, naturalmente, que lo mismo pasa con el donatario universal que es heredero por contrato. Al contrario, los autores que enseñan que el heredero en posesión es el único obligado á las deudas y cargas indefinidamente, deciden que el donatario no debe pagar las deudas *ultra vires* mientras no tenga la posesión; quiere decir, conforme á su opinión, mientras no concurre con un heredero reservatario; en tanto que está obligado sólo hasta donde concurre su emolumento cuando, habiendo herederos en reserva, no tiene él la posesión (2).

Una vez admitido el principio, todas esas opiniones son consecuentes. Sólo Troplong es inconsecuente. Tomó del derecho antiguo una distinción que no tiene razón de ser en el moderno. Según él el donatario de bienes presentes y futuros no estaría obligado jamás á las deudas y cargas *ultra vires*, aunque estuviera en posesión. De suerte

1 París, 15 de Noviembre de 1811 (Dalloz, núm. 2 183).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 279, nota 16. Demolombe, t. 23, página 381, núm. 355

que habría una indiferencia inexplicable entre el donatario de los bienes presentes y el de los futuros; el uno, que estaría en posesión, quedaría obligado indefinitivamente; el otro, aun estando en posesión, no lo quedaría sino hasta donde concurriesen los bienes que recibiera. Para admitir semejante anomalía, sería menester una ley, y no la hay. El derecho antiguo que Troplong invoca, puede servir muy bien para interpretar el Cóligo, pero no hay que prevaleerse de él para introducir en éste una reforma que chocha con todos los principios que él mismo ha consagrado. Creemos inútil insistir en esto; la opinión de Troplong ha quedado aislada (1).

276. Queda la última hipótesis, la única en que la donación acumulativa contiene una derogación de la institución convencional. Cuando hay un estado de las deudas del donante existentes el día de la donación, es libre el donatario para optar por los bienes presentes, dice el art. 1,014, renunciando el exceso de los del donante. ¿Cuándo puede hacer esa opción? El art. 1,085 responde: al morir el donante. En efecto, el ejercicio del derecho hereditario es el que se le confirió por contrato al donatario, y ese derecho no se puede ejercer sino abierta la sucesión. No puede optar, pues, el donatario en vida del donante, ni aun en una partición de ascendiente que hiciera el donante. Todas estas materias son exorbitantes del derecho común, lo mismo la partición de ascendiente que la institución convencional; de modo que hay necesidad de encerrarse en los límites de la ley. Esta admite, ciertamente, convenios acerca de una herencia futura, tant en la partición de ascendiente, como en la institución convencional; pero de aquí no resulta que sea lícito cualquier convenio de

1 Troplong, t. 3°, pág. 356. núms. 2,415 y siguientes. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6°, pág. 279, nota 16, pío. 740. Demolombe, t. 23, pág. 332, núm. 355.

esa clase; antes bien, hay que mantener la prohibición en todos los casos en que la ley no hace concepción expresa: esto resuelve nuestra cuestión; lejos de permitir al donatario que opte en vida del donante, la ley dice que no puede hacerlo sino muerto él (1).

La opción es el ejercicio del derecho hereditario, porque el donatario acepta la herencia, sea en todo, sea en parte. Es menester aplicar, pues, á la opción los principios de la aceptación. No puede hacerse bajo condición y es irrevocable (2). Si el donatario aceptó la institución, no puede retroceder en la elección que hizo. El Tribunal de Grenoble decidió lo contrario con pésimas razones; dice que nunca puede tornarse onerosa una liberalidad, y de ahí concluye que el donatario tiene, en dado caso, el derecho de repudiar los bienes futuros para atenerse á los bienes presentes, aun cuando voluntariamente hubiera procedido á la partición de la herencia. (3) Esta resolución confunde todos los principios. No se trata de saber si el donatario puede renunciar una donación ordinaria. La donación acumulativa de los bienes presentes y futuros es una institución de heredero; si el donatario recibe una sucesión, puede aceptarla en todo ó en parte; pero una vez hecha su opción, es irrevocable su aceptación, como toda aceptación de una herencia. *Semel hæres, semper hæres.*

De que la aceptación del donatario se rija por el derecho común en materia de herencia, ¿habrá que deducir, como lo hace un autor (4), que es aplicable el art. 790 á la institución convencional; quiere decir, que el donatario

1 Denegada. 29 de Julio de 1818 (Daloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 355). Compárese con lo resuelto en Riom, á 30 de Abril de 1811, palabra *Disposiciones*, núm. 2178.

2 Besançon, 1º Frimario, año 11 (Daloz, núm. 2165).

3 Grenoble. 28 de Junio de 1823 (Daloz, núm. 2166).

4 Guillon. *De las Donaciones*, núm. 913. Compárese con el tomo 9º de estos *Principios*, pág. 576, núms. 450 y siguientes.

que renunció los bienes futuros puede retractar su denuncia cuando no ha prescrito su de derecho hereditario ni aceptaron la herencia otros causahabientes? Basta plantear la cuestión para resolverla; el art. 790 es una anomalía inexplicable, como lo hemos dicho en el título "De las Sucesiones." ¿Se aplican por analogía disposiciones exorbitantes del derecho común, cuando sólo éste es aplicable?

277. ¿Puede optar el donatario por los bienes presentes? ¿Qué se entiende por esto? Si el donante no ejecutó ningún acto de disposición, no cabe duda; el donatario tomará los bienes que se hallaban en el dominio del donante al tiempo de la donación y que han quedado en él. Pero ¿qué debemos decir cuando el donante compró inmuebles con recursos que poseía á la hora de la donación, ó si vendió un objeto presente y compró otro con el precio procedente de la venta? ¿Se aplicará el principio de la subrogación? Se declaró ya la negativa en un caso en que un deudor había dado un inmueble en pago de su deuda; es el caso más favorable á la subrogación, puesto que el inmueble pagado hacía veces de dinero. Creemos que el Tribunal de Burdeos resolvió bien. (1) No hay subrogación legal sin ley y ésta guarda silencio, no sólo en materia de institución convencional sino también en la sucesión ordinaria. Esto es decisivo. Troplong aprueba la decisión, pero por consideraciones de hecho que no bastarán para justificarla y en las cuales, por consiguiente, es inútil entrar.

278. ¿Qué sucede con la donación acumulativa cuando declara el donatario optar por los bienes presentes? Ordinariamente se responde que, en ese caso, la donación acumulativa se transforma en donación de bienes presentes,

1 Burdeos, 26 de Mayo de 1830 (Dalloz, núm. 2174). Troplong, t. 2°, pág. 354, núm. 2,107).

de donde se seguiría que la donación cesa de ser institución convencional, y que se rige en todo por los principios de la donación de bienes presentes. (1) Varias reservas hemos hecho contra la doctrina aquí formulada. La ley no dice que la donación cesa de ser institución convencional cuando el donatario opta por los bienes presentes; dice sólo que éste puede optar por ellos, lo cual es muy distinto; el donatario sigue siendo, pues, lo que era, un heredero convencional; pero por excepción del derecho común, puede dividir su aceptación, aceptando los bienes presentes y renunciando los futuros. Es, pues, un heredero parcial; esto es una extraña anomalía, pero estamos en una materia absolutamente excepcional, toda ella de favor. La ley está en ese sentido: el art. 1,084 dice que el donatario "renuncia el excedente de los bienes del donante;" y así, su renuncia es parcial; luego lo es también su excepción. Y ¿con qué carácter acepta? ¿Con qué carácter renuncia? No tiene más que el de donatario universal ó heredero convencional. Luego sigue siendo este último, con la modificación de que no lo es más que por parte heredero de los bienes presentes; habrá otro heredero de bienes futuros, ó bien quedará vacante la herencia si no hay quien la reclame y la renuncian los herederos conocidos.

279. ¿Cuáles son los efectos de la opción en cuanto al activo hereditario? El art. 1,084 dice que el donatario puede optar por los bienes presentes. ¿Qué sucederá si el donante enajenó un objeto presente, á título oneroso? Que la enajenación deja de subsistir; no lo dice la ley, pero es consecuencia de la opción del donatario. ¿Con qué fin le faculta la ley para optar por los bienes presentes? Para que se le aseguran éstos, si el desorden de los negocios del donante le obliga á renunciar los bienes futuros. Mas para

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 280, pfo. 740. Demolombe se expresa en términos menos absolutos (t. 23, pág. 385, núm. 358).

que se le aseguren, es menester que el donante no tenga derecho de enajenarlos con perjuicio del donatario; qui-re decir, que tenga éste el derecho de reivindicarlos, cuando el donante dispuso de ellos á título gratuito. En esto están todos de acuerdo. En la opinión general, se dice que es una aplicación del principio que la institución se transforme en donación de bienes presentes. (1) Es inútil recurrir á un principio que la ley ignora para justificar una solución que descansa de la naturaleza misma de la institución acumulativa. Esto es más que inútil, es peligroso, como ya lo tenemos dicho (núm. 251).

Para aplicar el principio, hay que distinguir si la cosa enajenada es mueble ó inmueble. Si es inmueble, no podrá reivindicarla el donatario si no registró el instrumento de la donación antes de la venta realizada por el donante. Es una consecuencia lógica del sistema de registro: el donatario no puede hacer valer su título contra terceros adquirentes si no está registrado; y su título es el documento de la donación. Hemos dicho antes, que previendo la opción que podía hacer, la prudencia aconseja al donatario que registre su documento. Faltando el registro, no existe la donación respecto de tercero, y, por consiguiente, el donatario no es propietario respecto de él, lo cual le pone en la imposibilidad de reivindicar. (2)

En cuanto al mobiliario, es imposible la reivindicación contra el tercer poseedor de buena fe, si se trata de bienes corpóreos (art. 2,279). ¿Tendrá el donatario acción contra el vendedor? Así lo creemos, puesto que el donante vendió lo que no tenía derecho de vender. Pero la acción es inútil; si el donatario opta por los bienes presentes, es por estar en insolvencia el donante; y ¿para qué sirve una acción contra aquel que tiene más deudas que créditos? Es

1 Troplong, t. 2º, pág. 352, núm. 2,401, y todos los autores.

2 Aubry y Rau, t. 11, pág. 281, nota 21, pfo. 740.

distinta la cuestión de si el donatario que opta por los bienes presentes, puede reclamar el mobiliario que todavía posee el donante, cuando no se agregó avalúo á la donación. Nos remitimos á lo dicho ya (núm. 262)

280. ¿Cuál es el efecto de la opción en cuanto al pasivo? La ley no lo dice una manera expresa como lo decía el Estatuto de 1731; pero la solución es la misma; el donatario deberá pagar las deudas y cargas que existan al tiempo de la donación. En vista de ese efecto de la opción es como la ley prescribe un estado de deudas y cargas. Si la ley no lo dice, es por ser inútil que lo diga. El donatario es heredero convencional, á título de sucesor universal, y debe pagar las deudas; si acepta toda la herencia, pagará todas las deudas; si no acepta más que los bienes presentes, pagará las deudas presentes.

¿Tienen acción los acreedores contra el donatario por las deudas presentes? Sí, indudablemente; porque está obligado como sucesor universal, aunque no tome más que los bienes presentes; quiere decir, bienes particulares. Todo sucesor universal está sometido á la acción de los acreedores. Si se admite que la institución se transforma en donación de bienes presentes, debemos decir que el donatario es sucesor á título particular, y que, como tal, no podría ser perseguido por los acreedores; en esta opinión el donatario debería contribuir simplemente á las deudas en consideración á sus cosucesores (1).

281. El donatario tiene treinta años para reclamar los bienes, sea contra la herencia sea contra tercer adquirente. Cuando procede contra la herencia, ejerce un derecho hereditario, lo cual se hace por vía de acción de partición. La que tiene contra terceros es reivindicatoria. Excusado es decir que ambas acciones nacen al morir el donante.

1 Compárese con Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 9º, pág. 501, núm. 257 bis, 10.

Sólo entonces se abre la herencia y pueden ejercitarse las acciones hereditarias. (1)

SECCION V.—De las excepciones de la irrevocabilidad de las donaciones.

§ I.—PRINCIPIO.

282. La irrevocabilidad es el carácter distintivo de la donación; antiguamente se expresaba con el proverbio de que "dar y retener no vale;" el Código no reprodujo la fórmula, pero consagra sus consecuencias en los arts. 943-946. No están de acuerdo acerca del sentido y la extensión de la máxima y de las consecuencias que se derivan de ella; lo que hay de cierto es que desempeña en ello un importante papel el desfavor con que antiguamente se veían las donaciones. Puesto que la irrevocabilidad, tal como la entendían, era una traba que se quería poner á las liberalidades, habría sido contrariar la máxima aplicarla á las donaciones que se hacen á favor de los cónyuges y de los hijos por nacer del matrimonio; porque cuanto son desfavorables por lo general las donaciones, son favorables cuando tienden á proteger al matrimonio. De este modo se decía antiguamente: "Dar y retener, fuera del matrimonio, no vale." Había costumbres que declaraban expresamente que "*todas las donaciones por contrato de matrimonio son buenas y válidas, etiam dando ó reteniendo.*" (2) El Código Civil mantuvo el derecho tradicional; después de deducir, en los arts. 943-946, las consecuencias que resultan de la irrevocabilidad, añade en el art. 947: "Los cuatro artículos precedentes no se aplican á las donaciones de que se hace mención en los caps. VIII y IX del presente título."

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 281, nota 23, pfo. 740.

2 *Costumbre del Borbonico*, art. 219. Demolombe, t. 23, pág. 397, núm. 367.

¿Y cuáles son esas donaciones? El cap. VIII se intitula “De las donaciones hechas por contrato de matrimonio á los esposos y á los hijos que nazcan del matrimonio,” y el cap. IX “De las disposiciones entre esposos, sea por contrato matrimonial, sea durante el matrimonio.” El artículo 947 quiere decir, pues, que la máxima “Dar y retener no vale” no se aplica á las liberalidades que terceras personas hacen á los esposos por su contrato de matrimonio, ni á las que éstos se hacen entre sí. Es menester, por consiguiente, decir bajo la vigencia del Código, lo mismo que el derecho antiguo: “Dar y retener, *fuera del matrimonio*, no vale.” El art. 1,086 está concebido en el mismo sentido; permite que se deroguen las reglas establecidas por los arts. 943 y siguientes, en las donaciones que se hacen por contrato de matrimonio en favor de los cónyuges y de los hijos que nazcan de su unión. Es la reproducción de la costumbre del Borbónico, que acabamos de citar.

283. La excepción que el Código consagra, conforme á la tradición, ¿se aplica á la donación de bienes presentes? Hay alguna duda sobre este particular. El art. 1,081, que habla de esa donación, dice terminantemente que, aun cuando se haga en contrato de matrimonio á ambos cónyuges ó á cualquiera de ellos, está sometida á las reglas generales prescriptas para las donaciones entre vivos; y el segundo párrafo del artículo contiene una aplicación de este principio: la donación de bienes presentes no puede tener lugar sino en favor de los hijos por nacer. Ahora bien, el art. 1,086 dice expresamente que las derogaciones de la irrevocabilidad de las donaciones que él autoriza no se permiten más que en las donaciones por contrato de matrimonio en favor de los esposos y de los hijos que procedan de su matrimonio. Véanse dos disposiciones legales

que parecen resolver nuestra cuestión negativamente. Sin embargo, es preferible la opinión contraria.

Los autores del Código han seguido en esta materia la tradición; puede reprochárseles el haberla seguido asaz servilmente, en cuanto á que el espíritu del antiguo derecho francés no es el otro; nuestra legislación no tiene ya por objeto mantener los bienes en las familias; nosotros no sabemos ya qué cosa son los principios cuyas costumbres prohibían disponer en perjuicio de los herederos. Ahora bien, la regla "Dar y retener no vale" tenía el mismo objeto; los autores del Código, apartándose del principio, debieron haber rechazado sus consecuencias. Esto prueba cuán apegados estaban á la tradición. Luego la tradición, en esta materia, puede y debe invocarse para interpretar el Código Civil. Sin embargo, antiguamente la misma fórmula de la máxima excluía las donaciones hechas en favor de los cónyuges, y la excepción comprendía todas esas donaciones en favor de los mismos y de los hijos del futuro matrimonio, y, por lo mismo, también la donación de bienes presentes. El art. 947 formula la excepción en términos absolutamente generales, diciendo que los artículos que consagran las consecuencias de la regla de irrevocabilidad no se aplican á las donaciones "que se mencionan" en los capítulos VIII y IX; estas palabras "que se mencionan," comprenden claramente la donación de bienes presentes, puesto que el art. 1º la "menciona." El art. 1,086 confirma el 947, del cual, á decir verdad, no es interpretación, porque "menciona" igualmente la donación de bienes presentes.

La combinación de los arts. 947 y 1,086 parece quitar toda duda. Pero ¿cómo conciliar el art. 1,081 con esas dos disposiciones? Parece también terminante en sentido contrario, puesto que somete expresamente á todas las reglas de las donaciones entre vivos la de bienes presentes, aun

que hecha por contrato de matrimonio á ambos cónyuges ó á uno de ellos; y ¿no es la primera de esas reglas, la más importante, la de la irrevocabilidad? Se responde á la objeción, que hay dos donaciones de bienes presentes: una, hecha en los términos del art. 1,081; quiere decir, conforme en todo al derecho común que rige las donaciones entre vivos; y la otra, que deroga la regla de la irrevocabilidad, que, por lo mismo, cesa de ser donación de bienes presentes, para tomar los caracteres de una donación de bienes futuros, y se rige por los arts. 1,086 y 947. Los que hacen una donación á los cónyuges entienden despojarse actualé irrevocablemente, y su liberalidad estará sometida á la máxima "Dar y retener no vale;" podrán hacerla fuera del contrato de matrimonio por un instrumento autorizado ordinario, pero no podrán comprender en ella á los hijos por nacer. Si, por el contrario, quieren hacer una liberalidad que no esté sometida á la regla de irrevocabilidad, pueden hacerlo; pero, en ese caso, la donación debe hacerse por contrato de matrimonio y aprovechará, lo mismo que la institución convencional, no sólo á los cónyuges, sino á los hijos por nacer del matrimonio. A causa de este último carácter, se aleja por completo de la donación de bienes presentes del art. 1,081, y se aproxima á la institución convencional. Se preguntará por qué la donación de bienes presentes se hace donación de futuros cuando deroga la regla de la irrevocabilidad. Es porque no produce efecto inmediato, puesto que la puede revocar el donante; pues no se hace definitiva sino hasta el momento en que ya no se puede revocar; quiere decir, á la muerte; en ese sentido, una donación revocable es donación de bienes futuros. (1)

Así se concilia perfectamente el art. 1,081 con los 1,086 y 947: prevén donaciones de naturaleza completamente

1 Marcadé, t. 4º, pág. 211, núm. 3 del art. 1,086. Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 505, núm. 259 bis, 2º.

distinta, aunque las partes las califiquen de donaciones de bienes presentes. No hay más que una verdadera donación de bienes, que es la del art. 1,081, y es irrevocable. El legislador permite hacer una donación de bienes presentes que deroga la irrevocabilidad; en ese caso, la donación toma el carácter y los efectos de una donación de bienes futuros. Sin embargo, hay una diferencia entre la donación revocable del art. 1,086 y la institución convencional de los arts. 1,082 y 1,084; ésta no es translativa de propiedad, mientras que la otra importa desprendimiento actual del donante; sólo que puede revocar la donación; el donatario es, pues, propietario, pero no tiene más que una propiedad revocable. Hay que añadir que la revocabilidad, en la donación del art. 1,086, no es absoluta; es una revocabilidad circunscripta á los límites de las cláusulas del instrumento; la irrevocabilidad sigue siendo la regla, puesto que la donación recae sobre los bienes presentes; la revocabilidad es la excepción, y ésta no existe más que en los casos previstos por el instrumento. (1)

§ II.—APLICACION.

284. Entre las disposiciones que el art. 947 declara inaplicables á las donaciones hechas en favor de los cónyuges y de los hijos por nacer del matrimonio, está la del art. 943: "La donación entre vivos no podrá comprender más que los bienes presentes del donante; si comprende bienes futuros, será nula con respecto á ellos" La institución convencional del art. 1,081 deroga ese principio, puesto que recae sobre los bienes futuros; lo mismo sucede con la donación acumulativa de los presentes y los futu-

1 Es la opinión generalmente seguida (Dalloz, núm. 2,194. Demolombe, t. 23, pág. 292, núm. 270). Casación, 27 de Diciembre de 1815 (Dalloz, núm. 2,195). Las opiniones disidentes de Grenier (tomo 3º, pág. 469, núm. 439) y de Coin-Deislé (pág. 583, núms. 5 y 6) han quedado aisladas.

ros (art. 1,084), que no es más que la institución convencional modificada. La donación misma de bienes presentes, cuando se hace con una de las cláusulas que autorizan los arts. 947 y 1,086, adquiere carácter de una donación de bienes futuros, puesto que no desposesiona al donante irrevocablemente, lo cual la aleja, como lo acabamos de decir (núm. 283), de la donación de bienes presentes y la acerca á la de futuros. En virtud de los arts. 947 y 1,086, se puede donar un objeto si se es propietario del mismo. Esto, en realidad, es dar un objeto futuro. (1)

285. Conforme al art. 945, la donación es nula si se hace con la condición de pagar las deudas y cargas que al morir deje el donante. El art. 1,086 permite, al contrario, celebrar un contrato de matrimonio en favor de los cónyuges y de los hijos que procedan de su unión; una donación "con la condición de pagar indistintamente todas las deudas y cargas de la sucesión del donante." Depende entonces de éste revocar indirectamente la liberalidad, contrayendo deudas que excedan al valor de los bienes donados. Si la carga se hace muy onerosa, puede renunciar el donatorio la donación. Esta no se hace, pues, definitiva sino al morir el donante. En la opinión generalmente seguida, pueda hacerse la donación de bienes presentes con esa condición. Por esa donación es principalmente por lo que es de utilidad la cláusula derogatoria. Cuando la donación recae en bienes futuros, es una institución convencional; el instituido está de derecho sometido al pago de las deudas y cargas de la herencia que recibe. Sin embargo, la cláusula derogatoria puede insertarse también en una donación de bienes futuros; la institución puede hacerse por una cantidad de bienes que el donante dej. á su fallecimiento, con cargo para el donatario de soportar las deudas por una parte mayor y aun por el todo.

1 Troplong, t. 2º, pág. 377, núm. 2,455.

Ocurrió un caso en el cual hay alguna duda. Los tíos de la futura le hacen donación por contrato de matrimonio de sus bienes presentes y futuros, con carga para el donatario de pagar, al morir el que sobreviva de los donantes, las deudas contraídas por ambos ó por alguno de ellos. Después del fallecimiento de su mujer, contrae el tío una obligación de 4,000 francos, para seguridad de la cual hipoteca, además de los bienes que le pertenecen, otros dependientes de la herencia de su mujer. Habiendo entrado en posesión de los bienes hipotecados el acreedor hipotecario, pretendía la donataria que las deudas contraídas por su tío afectaban exclusivamente los bienes por él donados. Esta pretensión fué desechada por el Tribunal de Ruan; y recurrido el fallo, sobrevino otro denegatorio. Cierta es que la donataria estaba obligada con la deuda contraída por su tío; era la cláusula terminante del instrumento, con derecho para la donataria de usar del que le da el art. 1,086, de renunciar la donación. (1) Pero nos parece también cierto que la hipoteca consentida por el donante era nula en lo que mira á los bienes de su mujer; no siendo propietario de esos bienes, no tenía derecho de hipotecarlos, y así, el crédito quedaba como quirógrafo, excepto la hipoteca que el donante había consentido en sus propios bienes.

286. El art. 944 expresa que toda donación entre vivos hecha bajo condiciones cuya ejecución dependa de la voluntad del donante será nula. Conforme al art. 1,086, el donante puede hacer una donación por contrato de matrimonio en favor de los cónyuges y de los hijos por nacer de su unión, "bajo condiciones cuya ejecución depende de su voluntad." ¿Quiere decir esto que la donación puede hacerse bajo una condición puramente potestativa por parte del donante? NÓ, por cierto. La ley permite dero-

1 Denegada, 3 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1852, 1, 293).

gar la máxima "Dar y retener no vale," no permite derogar el art. 1,174, conforme al cual toda obligación es nula cuando ésta se ha contraído bajo una condición potestativa por parte de aquel que se obliga. Conforme á la opinión que hemos adoptado, es irrevocable la donación en el sentido de que no se puede hacer bajo condición potestativa mixta; la máxima entendida así, es la que el art. 1,086 permite que se derogue; pero no permite que se haga una donación sin vínculo alguno. Cuando es suspensiva la condición, todos están de acuerdo; la donación no podría, pues, hacerse bajo la condición "si yo quiero." Pero hay autores que enseñan que se podría hacer con una condición resolutoria puramente potestativa. Verdad es que la ley misma declara revocables, por sólo la voluntad del donante, las donaciones que uno de los esposos hace á su cónyuge durante el matrimonio (art. 1,096); pero esto es por un motivo completamente particular: supone que no hubo ánimo de donar, sino que se arrancó por sorpresa el consentimiento. Es menester, pues, hacer á un lado el art. 1,099 y decidir la cuestión conforme á los principios generales. Ahora bien, la donación es un contrato, y todo contrato es esencialmente irrevocable; la institución convencional misma es irrevocable, conforme el art. 1,083; luego no se puede admitir que el legislador haya autorizado una donación que, confiriendo al donante facultad para revocar de una manera absoluta, le permitiría extinguir la liberalidad hecha. (1) Objétase con la máxima "Dar y retener no vale", máxima que interpreta en el sentido de que se opone ella á que sea revocable la donación por la pura voluntad del donante. (2) Ya hemos di-

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4.^o, pág. 505, núm. 259 bis, 1.^o.

2 Demolombe, t. 23, pág. 404, núm. 376. Compárese el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 560 y 563, núms. 408 y 410.

cho en otro lugar que no es ese el sentido de la máxima. La irrevocabilidad no significa que no puede revocarse la donación por la pura voluntad del donante, sino que no se puede hacer bajo condiciones potestativas mixtas. De modo que la excepción que admiten los arts. 947 y 1,086 á la regla de irrevocabilidad significa que el donante por contrato de matrimonio puede otorgar liberalidades añadiendo condiciones de esa naturaleza. E to está en armonía también con el espíritu de la ley. Ella quiere favorecer el matrimonio; y ¿sería favorecerle permitir donaciones absolutamente dependientes de la voluntad del donante? (1)

287 El art. 1,086 añade: "El donatario estará obligado á cumplir con esas condiciones, á menos que prefiera renunciar la donación." Véase una nueva derogación del derecho común; el donatario aceptó la donación con las condiciones que el donante impuso en ella; está ligado por su aceptación; formado ya el contrato. ¿cómo puede romperle por sólo su voluntad? Furgole se hace la objeción y contesta muy mal á ella; según él, lo que consideramos como una excepción respecto á las donaciones hechas en contrato de matrimonio, sería una regla aplicable á todas las donaciones. Y ¿cuál sería el fundamento de esa regla? La donación, dice, no es contrato sinalagmático; de otro modo, el donatario no tendría derecho de renunciar los bienes para libertarse de las cargas; porque los contratos, aunque voluntarios en su principio, forman obligaciones que no se pueden resolver sino por el concurso de la voluntad de todos los contratantes. (2) Lo que Furgole dice de los contratos sinalagmáticos es cierto en cuanto á cualquier contrato; el art. 1,134 lo dice terminantemente, y esto es elemental. "Los convenios legalmente firmados

1 Bonnet, *De las disposiciones por Contrato de Matrimonio*, t. 2º, número 573.

2 Furgole, *Sobre el art. 18 del Estatuto de 1731* (t. 5º, págs. 171 y siguientes).

tienen fuerza de ley para los que los celebraron, y no pueden revocarse sino con su mutuo consentimiento." Este principio se aplica á la donación, ó hay que negar que ella es contrato. Nos remitimos á lo dicho sobre este punto en el capítulo "De las Donaciones."

La disposición del art. 1,086 es, pues, una disposición especial á las donaciones hechas en contrato de matrimonio, y limitada así, se explica. Se quiere favorecer el matrimonio; ¿sería favorecerle imponer al donatario una liberalidad que le fuese onerosa? Si se permite al donante aumentar las cargas á voluntad, lo cual hace la donación revocable en cierto sentido, también debe permitirse al donatario que renuncie una donación que no es más que liberalidad.

288. Finalmente, el art. 1,086 permite al donante que se reserve la libertad de disponer de un efecto comprendido en la donación de sus mismos bienes. La ley habla sólo de la donación de bienes presentes, porque por sí sola esa donación podía dar lugar á una dificultad; está por demás decir que en una donación de bienes futuros el donante puede reservarse la facultad de disponer; y así, no puede reservarse la facultad de disponer de todo lo que da. Se diría que el donante tiene esa libertad absoluta en la institución convencional. Sí, á título oneroso; nó, á título gratuito, y se trata, sobre todo, de las disposiciones á título gratuito. Las disposiciones á título oneroso que hace el donante que instituyó un heredero por contrato, lejos de perjudicar al heredero, pueden aprovecharle; si el donante obra como buen padre de familia, no dispondrá sino para enriquecerse y enriquecer, por consiguiente, á su heredero. Pero no sería lo mismo con una donación de bienes presentes hecha en contrato de matrimonio, con facultad para disponer de las cosas donadas; esta facultad

destruiría la donación; el donatario no aprovecharía la enajenación consentida por el donante, aun cuando fuese ventajosa; porque no tiene derecho más que á los bienes presentes, y el enajenado cesa de formar parte de los del donante, y no queda reemplazado con el precio.

El caso ocurrió en el Tribunal de Agén. Se había donado un inmueble en contrato de matrimonio, con reserva de usufructo y facultad para enajenar. El donante no hizo uso de la reserva. Se impugnó la donación como contraria al art. 1,086. El Tribunal resolvió que era válida la donación, no habiendo enajenado la cosa el donante; á la objeción de que era ilícita la condición, responde el Tribunal que la condición es realmente ilícita, debe reputarse como no escrita. (1) Es un error; hay condiciones que no se reputan como no escritas, y son las que vician la donación en su esencia, permitiendo al donante que la revoque; los art. 943 y siguientes declaran la nulidad de esas donaciones. Si es lícito derogar la irrevocabilidad de las donaciones, es con los límites que fija el art. 1,086; la revocabilidad es la excepción, y desde el momento que ésta no reconoce límites, se vuelve á la regla que establece la prohibición y la nulidad. Ahora bien, la ley no autoriza la libertad ilimitada de disponer de todos los bienes donados, y así, sería nula una cláusula semejante, y anularía la donación.

289. ¿Cuál es el efecto de la reserva? El art. 1,086 responde á esta pregunta: "Si el donante se reservó la libertad de disponer de un efecto comprendido en la donación de sus bienes presentes, ó de una cantidad fija que se tomara de sus propios bienes, el objeto ó la cantidad, si muere sin haber dispuesto de ellos, se reputarán comprendidos en la donación y pertenecerán al donatario ó á sus herederos. Por el contrario, en las donaciones entre vivos, el ob-

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

jeto ó la cantidad de que se reservó disponer el donante, pertenecen á sus herederos, si muere sin haber dispuesto de ellos. La razón de la diferencia está en que, en la donación entre vivos, la reserva de disponer infringe la regla de la irrevocabilidad; resulta de ella que la donación es nula, en lo que mira al objeto ó á la cantidad comprendidos en la reserva, y así, debe aprovechar á los herederos del donante; mientras que, en el contrato de matrimonio, la reserva es válida; el objeto ó la cantidad están, pues, comprendidos en la donación; la consecuencia es que aprovechan al donatario, si el donante no usa de la facultad que se reservó de disponer de ellos.

Decimos que el objeto está comprendido en la donación. La intención del donante, podría, sin embargo, ser distinta. Furgole dice que es menester no confundir la reserva de la facultad de disponer de una cosa ó de una cantidad, que se debiese tomar de los bienes donados, con la cláusula por la cual se reserva el donante, pura y simplemente, una cosa ó una cantidad, ó una parte de bienes. En el primer caso, la facultad de disponer es una condición que se debe cumplir á fin de que se excluya la cosa de la donación, y á falta de la cual condición, pertenecen al donatario. En lugar de que, en el segundo caso, la supresión es pura y actual, independiente de toda disposición; lo que está reservado no fué donado, y queda, por consiguiente, la propiedad al donante; de donde se sigue que la cosa ó dinero pasarán á sus herederos. (1) Los autores modernos admiten la misma distinción, (2) cuya aplicación puede ofrecer sus dificultades, pues esto depende de la intención del donante; cuestión de hecho abandonada á la apreciación del juez. (3)

1 Furgole, *Sobre el art. 18 del Estatuto de 1731* (t. 5º, pág. 174).

2 Demolombe, t. 23, pág. 406, núm. 379. Marcadé, t. 4º, pág. 214, núm. 5 del art. 1.086.

3 Burdeos, 19 de Enero de 1827 (Daloz, núm. 711).

290. Se pregunta si las cláusulas de reserva deben entenderse restrictivamente. El donante hace una institución convencional, reservándose la libertad de disponer hasta donde concurra cierta cantidad. ¿Puede disponer más allá, en virtud del art. 1,083 que le permite hacerlo por cantidades módicas, á título de recompensa ú otro? En derecho antiguo, se resolvía que la cláusula era restrictiva en lo relativo á las disposiciones á título gratuito, pero que no estorbaba que el donante dispusiera á título oneroso. Este último punto no es dudoso, puesto que la facultad de enajenar á título oneroso es de derecho común en la institución convencional; también es dudoso que el donante pueda privarse de la facultad de enajenar (núm. 215); en todo caso, sería menester una cláusula expresa. En cuanto á las disposiciones á título gratuito, depende de la intención del donante el punto de saber si es ó no restrictiva la cláusula; es muy peligroso zanjar *á priori* estas dificultades, cuya resolución hay que dejar á la prudencia del juez, puesto que todo estriba en las circunstancias del caso. Otro tanto decimos de las estipulaciones que encierra la cláusula, ya en cuanto á la persona en cuyo favor se reserva el donante la facultad de disponer, ya en cuanto á la manera de hacer esto mismo; el intérprete no puede más que establecer presunciones de hecho á las cuales puede dar la realidad un mentís á cada paso; dejemos al juez una apreciación que necesariamente está en su dominio (1).

291. El art. 1,086 ha dado lugar á debates sin fin; cada autor tiene su interpretación. Creemos inútil exponer esas explicaciones y combatirlas, puesto que es una de aquellas cuestiones de teoría que sólo en las escuelas se discuten.

1 Véase, en sentido diverso, á Troplong, núms. 2461, 2462 y 2465; á Demolombe, t. 23, pág. 408, núms. 381 y 382, y á los autores que citan.

El donante no usa de la libertad que se había reservado de disponer de una cosa ó de una cantidad; la ley decide que una y otra pertenecerán al donatario "ó á sus herederos." ¿Cómo pueden pertenecer á los del donatario? Una de dos: ó éste sobrevive al donante, y entonces recibe la cosa ó cantidad comprendidas en la reserva, y los transmite á sus herederos, lo cual estaba, ciertamente, por demás decir; ó muere antes el donatario y entonces caduca la donación, á no ser que aquél deje hijos comprendidos en ella. Este segundo caso es el que la ley lleva en mira, puesto que considera á los "herederos" en la misma línea que el donatario; pero erró hablando de los "herederos," porque éstos, como tales, nunca están comprendidos en la donación, y así, nunca pueden recibir los bienes reservados, á menos que sean hijos del donatario; pero también era inútil mencionar á éstos, porque son "donatarios," y con ese título recibirán, si procede, las cosas comprendidas en la reserva. En suma, la disposición queda sin efecto. (1)

292. Tales son las derogaciones que el donante puede introducir en la regla de la irrevocabilidad de las donaciones. Ellas no están autorizadas sino por excepción. De ahí se sigue desde luego que no se pueden hacer más que en una donación por contrato de matrimonio en favor de los cónyuges y de los hijos por nacer; el art. 1,086 es terminante; la derogación sería ilícita si se hiciese, en verdad, por contrato de matrimonio, pero en una liberalidad que aprovechará á otra persona. (2) Síguese del mismo principio que las cláusulas derogatorias son de estricta interpretación, en cuanto á que no se aplican sino en el

1 Compárese á Toullier, t. 3º, 2.º pág. 449, núm. 827. Grenier, tomo 3º pág. 369 núm. 439. Duranton, t. 9º, pág. 749, núm. 741. Coin-Delisle, pág. 584, núms. 10 y 11. Demante, t. 4º, pág. 506, núm. 259 bis, 4º. Troplong, t. 2º, pág. 391, núm. 2,485. Demolombe, t. 23, página 413, núm. 4-5.

2 Orleáns, 17 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203).

caso para el cual han derogado las partes la irrevocabilidad de las donaciones. La derogación es necesariamente parcial, como lo hemos hecho notar, estando la revocabilidad absoluta en oposición con la ausencia de todo contrato; y el Código permite derogar la irrevocabilidad de las donaciones, mas no la de los contratos. De ahí la consecuencia de que la donación sigue siendo irrevocable, salvo el caso y por la causa exceptuados en la cláusula derogatoria.

Esto no tiene duda y resulta de ello una consecuencia importante. La donación excepcional del art. 1,086 se acerca á la de bienes presentes, en el sentido de que comprende á los hijos por nacer y de que caduca por muerte del donatario. Pero esta excepción no se da sino dentro de los límites de la cláusula derogatoria; si, pues, el donatario de bienes presentes se reservó la facultad de disponer de un objeto comprendido en la liberalidad, la donación seguiría siendo una donación de bienes presentes en cuanto á los otros bienes; por consiguiente, no les aprovecharía á los hijos por nacer, ni caducaría por muerte del donatario; no tendría ese carácter excepcional sino con los límites de la excepción; esto es, en cuanto á los bienes reservados. Todos están de acuerdo en esto. (1)

293. Dice el art. 1,089 que las donaciones hechas en los términos del 1,086 caducan si el donante sobrevive al esposo donatario y á su posteridad. ¿Por qué declara la ley caducas unas donaciones sólo porque derogan las reglas de la irrevocabilidad? Ya hemos dado la razón de ello: porque siendo revocables, esas donaciones no son definitivas sino al morir el donante; si muere el donatario, no tiene derecho definitivo y, por tanto, viene abajo la donación. Objétase contra esta explicación generalmente admitida,

1 Aubry y Rau (t. 6°, pág. 248, nota 6). Demolombe (t. 23, página 419, núm. 390), y los autores que citan.

diciéndose que supone que las donaciones del art. 1,086 son donaciones testamentarias ó por causa de muerte, cuando en realidad lo son entre vivos. (1) La objeción no es formal. Indudablemente son donaciones entre vivos, puesto que el Código no conoce otras; pero también la institución convencional lo es entre vivos, y no por eso deja de caducar por muerte del donatario; y la donación del artículo 1,086 adquiere el carácter y los efectos de una de bienes futuros; luego es natural que caduque con la muerte del cónyuge donatario y de los hijos nacidos del matrimonio.

294. El art. 1,089 dice que caduca la donación si sobrevive el donante al esposo donatario y á su posteridad. ¿Habrà que inferir de esa redacción que los herederos del donante están obligados á probar que su autor sobrevivió al donatario y á su posteridad? Nó, por cierto. La ley no entiende derogar las reglas generales de las pruebas. Ahora bien, una de tales reglas es que el que reclama un derecho subordinado á la condición de supervivencia, debe probarla, porque en ello está el fundamento de la demanda. Este principio se aplica á las donaciones por contrato de matrimonio como á los legados. Incumbe, pues, á los que reclaman bienes como habiendo sido recibidos por el donatario, la prueba de que éste, su autor, ó sus hijos, sobrevivieron al donante. (2)

SECCION V.—Disposiciones generales.

295. Dice el art. 1,090: "Toda donación hecha al esposo en su contrato de matrimonio, al abrirse la herencia del donante, será reducible á la porción de que la ley le permitía disponer." Esta disposición da lugar á la primera

1 Demolombe, t. 23, págs. 414 y siguientes, núm. 385.

2 Durantón, t. 9º, pág. 757, núm. 750, y todos los autores.

dificultad; ¿son verdaderas liberalidades las donaciones por contrato de matrimonio y, sobre todo, las constituciones de dote, ó están sujetas á los principios de los contratos á título oneroso? Bajo cierto aspecto, la ley las considera como actos onerosos; así, el que constituyó un dote está obligado á dar garantía (art. 1,440); y en la acción pauliana se exige la complicidad del marido y del donante, como si se tratara de una renta. De ahí la cuestión de si las donaciones á título de dote son reducibles. Antes del Estatuto de 1731, los parlamentos de los países de derecho escrito estaban divididos; unos no sometían á cerceamiento el dote sino después de muerto el marido ó de separados los cónyuges, cuando no estaba de por medio el interés de aquél; otras opinaban que el dote era reducible aun sin esperar á que muriese el marido. En los países consuetudinarios se seguía la última jurisprudencia, la que consagra el art. 1,731, y después de ella, el Código Civil. Esta resolución se funda en derecho y en equidad; no estando obligado el padre á dotar á su hijo, el dote que le dé es, necesariamente, una liberalidad y está sujeto, por ende, á colación ó reducción para mantener la igualdad entre los hijos. (1)

296. Siendo liberalidades las donaciones por contrato de matrimonio, es preciso que el donante sea capaz de disponer y el donatario capaz de recibir á título gratuito ¿En qué tiempo ha de existir la capacidad? Este punto se discute; unos aplican los principios que rigen las disposiciones por causa de muerte; (2) otros asimilan enteramente las constituciones de dote á las donaciones entre vivos. Este último principio es el que hemos seguido en todo el cuerpo de esta materia; no hay razón para no aplicarle á

1 Troplong, t. 3º, págs. 396 y siguientes, núms. 2,501-2,054.

2 Demaute y Colmet de Sauterre, t. 4º, pág. 511, núms. 264 y 264 bis, 1º.

la capacidad de los contratantes; por el contrario, en ese caso es cuando menos dificultosa se presenta la dificultad. La donación por contrato de matrimonio exige el consentimiento del donante y del donatario, y, naturalmente, en el momento en que las partes dan su consentimiento es cuando han de ser capaces de consentir. Objétase que la donación no se convierte en definitiva sino al morir el donante, puesto que caduca si muere el donatario. ¿Qué importa? De que el donatario haya de sobrevivir ¿se ha de inferir que debe expresar un nuevo consentimiento? La única voluntad que tiene que expresar es la de aceptar ó de repudiar; pero tal manifestación de voluntad no tiene nada de común con la capacidad para recibir á título gratuito. Si recibió la calidad de heredero por contrato, es definitivo é irrevocable, todo quedó ya consumado; mas en el momento en que se adquiere un derecho es cuando se necesita ser capaz de adquirirle, y no cuando se le ejerce. (1)

297. ¿Cómo se hace la reducción? La cuestión se reduce siempre á saber si se deben asimilar las donaciones por contrato de matrimonio con las entre vivos ó con las testamentarias. Esa cuestión ha sido ya juzgada por lo que acabamos de decir. El art. 1,083 declara irrevocable la institución convencional, siendo así que es de esencia en el testamento el ser irrevocable; de modo que el derecho del donatario existe desde que se perfecciona la donación, mientras que el del legatario nace hasta la muerte. Hay que aplicar, pues, á las donaciones por contrato de matrimonio lo que el art. 923 dice de la reducción de las donaciones entre vivos; no há lugar á reducirlas sino cuando están cumplidas ya las disposiciones testamentarias; y cuando haya obligación de reducir las donaciones, se co-

1 Demolombe, t. 23, pág. 421, núms. 393-395.

menzará por la última, subiendo después á las anteriores.

Hay un ligero motivo para dudar cuando se trata de aplicar este principio á las donaciones del art. 1,086; ellas, se dice, son revocables, como las disposiciones testamentarias; luego deben sujetarse á la misma regla en cuanto á la reducción. La objeción es poco robusta. La revocabilidad de una donación hecha en los términos del art. 1,086 nunca es absoluta como la de los legados; el derecho no data, pues, de la muerte, sino del contrato; lo cual es decisivo cuando se trata de reducir liberalidades. (1)

1 Moulón, *Repeticiones*, págs. 441 y siguientes. Troplong, t. 2^o, págs. 397 y siguientes, núms. 2,505 y siguientes. Demolombe, t. 23, pág. 427, núms. 396-405.