

CAPITULO X.

DE LAS DISPOSICIONES ENTRE CÓNYUGES POR CONTRATO DE MATRIMONIO, Ó DURANTE ÉSTE.

SECCION I.—De las donaciones entre cónyuges por contrato de matrimonio.

§ I.—NOCIONES GENERALES.

298. Las disposiciones entre esposos por contrato de matrimonio gozan del mismo favor que las donaciones que terceras personas hacen á los futuros cónyuges; unas y otras aprovechan al matrimonio, y, en consecuencia, la ley las favorece igualmente, permitiendo á los futuros cónyuges que se otorguen liberalidades que, en general, están prohibidas por encerrar pactos sucesorios; pero no exige que las donaciones que se hagan entre sí por contrato de matrimonio se acepten de una manera expresa (art. 1,087). Las donaciones entre cónyuges no son revocables por superveniencia de hijo (art. 960). ¿Lo son por ingratitud? En otro lugar hemos examinado esta cuestión. (1)

Las donaciones entre esposos se colocan fuera del derecho común por lo que hace á la capacidad de los contratantes. En general, los menores son incapaces de donar

1 Véase el tomo 13 de estos *Principios*, págs. 23-28, núms. 21, 22.

entre vivos (arts. 903 y 904); mientras que la ley les permite dar por contrato de matrimonio, al otro cónyuge, todo lo que al suyo le puede dar el cónyuge mayor de edad (artículo 1,095). Volveremos á esta disposición en el título "Del Contrato de Matrimonio," que es el que corresponde á la materia.

Las donaciones entre cónyuges se sujetan asimismo á reglas especiales por lo que mira á la porción disponible; más adelante las explicaremos siguiendo el orden del Código.

299. Salvo estas derogaciones del derecho común, las donaciones entre esposos por contrato de matrimonio están sometidas á las reglas generales que establece el Código para las donaciones, combinadas con las de las capitulaciones matrimoniales. Darémos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

Un hombre casado contrae segundo matrimonio antes de disolverse el primero; los esposos se hacen mutuamente donación en su contrato matrimonial, y después otorgan testamento en el que reproducen las mismas liberalidades en forma de legados. Siendo radicalmente nulo el matrimonio, las capitulaciones matrimoniales adolecían del mismo vicio. Se resolvió que la nulidad de las donaciones traía consigo la de las disposiciones testamentarias, por no haberse hecho éstas sino para encubrir la nulidad de las disposiciones entre vivos. La resolución fué severa, pero puede justificarse. Generalmente, los esposos bigamos pueden, sin duda, hacer testamento; pero, en nuestro caso, las liberalidades se habían otorgado defraudando á la ley, en cuanto á que siendo las donaciones nulas, aquéllos querían escapar á esa nulidad haciendo disposiciones testamentarias; y no se puede permitir que se defraude una ley de orden público. (1)

1 París, 1.º de Agosto de 1818 (Dalloz, palabra *Matrimonio*, número 524).

La nulidad del matrimonio trae consigo la de las capitulaciones matrimoniales, y, por consiguiente la de las donaciones que se contienen en el contrato de matrimonio. Sin embargo, si existió una comunidad de hecho entre los esposos, cada uno de ellos puede recoger los bienes que llevó al matrimonio, con el bien entendido de que sean reales y justificados. Frecuentemente esos bienes son ficticios y constituyen, por lo mismo, una donación simulada. Se declaró que el fraude puede probarse con simples presunciones y que el mismo que fué cómplice, ó sus causahabientes, pueden prevalerse de él. Esto es la aplicación del derecho común que rige en la nulidad de los matrimonios. (1)

300. Conforme al art. 1,091, los cónyuges pueden por contrato matrimonial, hacerse recíprocamente, ó uno de ellos hacer al otro, la donación que creyere oportuna. Esto quiere decir que pueden hacerse las mismas donaciones que los terceros á los futuros cónyuges, y, por consiguiente, una donación de bienes presentes (art. 1,081), una de futuros (art. 1,082), una acumulativa de presentes y futuros (art. 1,084), y, por fin, una donación que derogue la regla de la irrevocabilidad (art. 1,086). El art. 1,091 añade: "con las modificaciones ya expresadas." Esas modificaciones son las que vamos á exponer.

§ II.—DE LA DONACION DE BIENES PRESENTES.

301. El art. 1,092 dice: "Toda donación entre vivos de bienes presentes hecha entre esposos por contrato matrimonial, se sujetará á todas las reglas y formalidades antes prescriptas para esa clase de donaciones." ¿Cuáles son esas reglas? Primero, son las generales establecidas para las donaciones entre vivos, y después las reglas y forma-

1 Poitiers, 16 de Julio de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 195).

lidades especiales de las donaciones hechas por contrato de matrimonio; quiere decir, que son aplicables á las donaciones hechas en contrato de matrimonio los arts. 959 y 960, así como los 1,087 y 1,088. Resulta, además, del art. 1,092, que la donación de bienes presentes entre esposos puede derogar la máxima "Dar y retener no vale," y que, por consiguiente, puede hacerse con las condiciones previstas por el art. 1,086.

302. ¿Cuándo hay donación de bienes presentes? Ya hemos contestado esta pregunta al tratar de las donaciones que los terceros hacen á los cónyuges por contrato de matrimonio. La dificultad que varias ocasiones hemos examinado (núm. 193) se halla sobre todo en las donaciones que los futuros cónyuges se hacen al arreglar sus capitulaciones matrimoniales. Se pregunta si el obsequio de una cantidad que se deberá tomar de la herencia del donante es donación de bienes presentes ó donación de futuros. Nosotros nos hemos declarado por esta última solución. En este sentido se ha formado la jurisprudencia cuando se trata de donaciones entre esposos. (1) Sin embargo, vuelve á aparecer la controversia en la aplicación. La Sala de Casación resolvió que la donación de una cantidad que se debiera tomar de los valores más claros de la herencia del donante (es la fórmula usual) produce solamente en favor del donatario un derecho eventual, incierto, que puede quedar sin efecto útil y que se realiza solamente al abrirse la herencia del donante y en los bienes que hubiere en ella. La Sala concluye de ahí que la hipoteca legal de la mujer no afecta á los bienes de que se trata, para seguridad de ese derecho eventual. (2) Volveremos á esta última cuestión en el título "De las Hipotecas."

1 Denegada, 16 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 245). Compárese con la Denegada de 11 de Julio y 20 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 109 y 110).

2 Véase la nota anterior.

¿Habrá necesidad de aplicar el principio en el caso de que el donante haya hipotecado especialmente sus bienes para seguridad de la donación que hizo á su cónyuge? Se resolvió que, en este caso, el derecho á la cantidad donada era actual, y que sólo se había diferido su ejecución (1) Hay un fallo de Casación en sentido opuesto. (2) Pero debemos hacer notar que el fallo se funda en el conjunto de la cláusula y en la intención del donante; de suerte que siempre queda dudosa la cuestión. Mantenemos la opinión que hemos enunciado en el capítulo "De las Donaciones."

303. El art. 1,092 dice que la donación entre vivos de bienes presentes, hecha entre cónyuges por contrato de matrimonio, no se reputa hecha con la condición de la supervivencia del donatario si esa condición no se expresó terminantemente. Tal es el derecho común en cuanto á las donaciones entre vivos; y como las donaciones de bienes presentes entre esposos, hechas por contrato de matrimonio, siguen sujetas al derecho común, no se comprende á primera vista por qué el legislador dijo una cosa que estaba por demás decir. La tradición explica esa disposición que, conforme á los principios del Código, es ciertamente inútil. Antiguamente se discutía el punto. Autores excelentes sostenían que la donación de bienes presentes entre esposos debía caducar por muerte de alguno de ellos, por haber sido hecha mediante consideraciones absolutamente personales al donatario. Había una razón aun más grave, porque es ella de interés general. Si el cónyuge donatario adquiere inmediata é irrevocablemente la propiedad de los bienes donados y llega á morir sin hijos, resultará de aquí que los bienes pasarán á sus herederos; es decir, que saldrán de una familia para entrar en otra; y el espíritu del

1 Euan, 9 de Diciembre de 1825 (Daloz, núm. 1,349. 2°).

2 Denegada, 24 de Enero de 1822 (Daloz, núm. 2,298).

derecho francés era conservar los bienes en las familias. Este último motivo no se podía invocar vigente nuestro derecho nuevo, puesto que éste se separó de la tradición desechando la famosa máxima que asegura las propiedades á las familias de donde procedían. En cuanto á la voluntad del donante, toca á él expresarla: si prefiere á sus parientes á la familia del donatario, queda en libertad para estipular que se hizo la donación bajo la condición de que sobreviviera el donatario; puede estipularlo aunque tenga hijos, si prefiere que éstos reciban sus bienes en su herencia. (1)

304. El artículo 1,092 dice que debe expresarse "terminantemente" la condición de la supervivencia. Esto es una excepción del derecho común, y ninguna excepción existe sino en virtud de una manifestación de voluntad. ¿Es menester que sea expresa? La ley parece exigirlo; la palabra "terminantemente" es sinónimo de "expresamente." Sin embargo, en la doctrina consagrada por la jurisprudencia, no se toman á la letra esas expresiones, la voluntad tácita equivale á la expresa. Se resolvió en el sentido de que la donación hecha en contrato de matrimonio por un marido á su mujer, de un derecho de habitación y usufructo en ciertas dependencias de una casa que le pertenecía, se presumía hecho con la condición de que sobreviviera el donatario. (2) No nos placen las palabras "se presumía;" cierto es que, en el caso, no podía tratarse ni de una presunción de hombre (art. 1,358), ni de una presunción legal (artículo 1,350). Pero la voluntad de otorgar una liberalidad anexa á la persona del donatario resultaba de la naturaleza misma de la disposición. Considerado como derecho real, la habitación es un derecho esencialmente personal. Lo

1 Grenier, t. 3º, pág. 427, núm. 445. Coin-Delisle, pág. 589, número 1. Demolombe, t. 23, pág. 445, núms. 411-413.

2 Metz, 22 de Mayo de 1817 (Jalloz, núm. 2,310, 1º)

era también en la mente del donante; porque ¿qué quería? Al dar á su mujer una habitación en una casa que debían habitar juntos mientras durara su unión, no pensaba, ciertamente, en hacerle una liberalidad actual é inmediata; con ese título, habría carecido de objeto y utilidad; su único objeto era hacer que disfrutara después de su muerte de las pertenencias que necesitara, á fin de evitar que la expulsaran los hijos de su marido; luego por su naturaleza, la donación estaba subordinada á la supervivencia de la mujer.

305. La condición de supervivencia puede estipularse como suspensiva ó como resolutoria. En ambos casos se aplican los principios de las condiciones. Cuando es resolutoria, equivale á la estipulación de restitución hecha en favor del donante, caso de que llegue á morir el donatario (art. 952). Ordinariamente, la condición es suspensiva; resultando de ello que la donación está subordinada, en cuanto á sus efectos, á la supervivencia del cónyuge donatario. Mientras está suspensa la condición, el donatario no tiene acción contra el donante; éste sigue como propietario de la cosa donada, pudiendo disponer de ella, por supuesto, condicionalmente, para el caso de que no llegue á cumplirse la condición de la supervivencia, porque si se cumple, se retrotrae al día en que se celebró el contrato; el donatario habrá sido el propietario desde aquel momento, y, por consiguiente, quedarán sin efecto todos los actos de disposición ejecutados por el donante.

Hay, pues, gran diferencia entre la donación de bienes presentes hecha con la condición de supervivencia y la donación de bienes futuros. Esta no confiere al donatario más que la calidad de heredero; el derecho comienza al morir el donante y no se retrotrae (núms. 223-226), mientras que la donación condicional da al cónyuge un derecho inmediato, aunque eventual. El derecho condicional per-

mite al donatario que ejecute actos conservatorios (artículo 1,180), mientras que el heredero convencional no puede ejecutar ningún acto conservatorio. En la donación de bienes futuros, el donante conserva la libre disposición de los bienes donados á título oneroso, y el heredero instituido debe respetar los actos ejecutados por el instituyente. El donante que dió bajo condición no puede disponer, como acabamos de decirlo; dió irrevocablemente, no puede disponer á título oneroso como no lo puede hacer á título gratuito.

En este sentido está la jurisprudencia, (1) y los principios no son dudosos. Sin embargo, hay resoluciones que consideran la donación hecha bajo condición de supervivencia, como donación por causa de muerte. (2) Es un error que es inútil refutar, puesto que ha quedado abandonada esta opinión. Nos remitimos á lo dicho ya acerca de las donaciones por causa de muerte.

306. La donación de bienes presentes, aunque hecha por contrato de matrimonio entre esposos, está sujeta á las reglas de las donaciones entre vivos, y de esto se sigue que se debe registrar y acompañar de un avalúo. Esto no tiene duda cuando la donación es pura y simple. Lo mismo sucede con la donación condicional; la condición de supervivencia no impide que el donario tenga un derecho adquirido, que no se le puede quitar por el donante; importa, pues, á los terceros conocer la transmisión condicional de un inmueble, lo mismo que la transmisión pura y simple; de ahí la necesidad del registro. Esto es de jurisprudencia; (3) hay un fallo contrario del Tribunal de

1 Denegada, 15 de Mayo de 1834 (Daloz, palabra *Registro*, número 3,840). Metz. 22 de Mayo de 1817 (Daloz, palabra *Disposiciones*, número 2,310, 1^o). Lyon, 25 de Julio de 1837 (Daloz, *id.*, número 2,311, 1^o).

2 Véanse los fallos citados por Daloz, núm. 2,314.

3 Bruselas, 3 de Abril de 1830 (Daloz, núm. 2,315, y *Pasicrisia*, 1830, pág. 981), y 4 de Febrero de 1852 (*Id.*, 1854, 2, 48).

Tolosa, pero que parte de un principio reconocido como falso, diciendo que la donación con condición de supervivencia tiene más de la donación por causa de muerte que de la entre vivos. (1) Otro tanto es menester decir del avalúo; éste tiene por objeto asegurar la irrevocabilidad de la donación que recae en bienes muebles; de modo que la condicional es irrevocable; importa, pues, asegurar los derechos del donatario; de ahí la necesidad de un avalúo. (2)

307. El art. 1,091 dice que los cónyuges pueden hacerse recíprocamente la donación que á bien tengan. Las donaciones mutuas entre esposos son muy frecuentes y se sujetan á los principios generales que rigen acerca de las donaciones mutuas. En otro lugar hemos dicho que se controvierte la cuestión de si las donaciones mutuas son verdaderas liberalidades. (3) Cuando se hacen entre consortes por contrato matrimonial, no cabe duda; el art. 1,091 dice terminantemente que los esposos pueden hacerse "recíprocamente," ó uno de ellos al otro, las donaciones que estimen oportuno; la ley pone, pues, las donaciones recíprocas en la misma línea que las que un cónyuge le hace al otro. También esto se funda en razón. Las donaciones tienen por móvil el afecto, y ¿puede éste no ser recíproco? ¿No lo es entre los futuros cónyuges en el momento de ir á contraer matrimonio? (4) De ahí concluye la Sala de Casación que las donaciones mutuas que se hacen los cónyuges, están sujetas á los principios de las donaciones; son reducibles, y son también revocables; considéraselas como actos á título gratuito en la acción pauliana.

La donación recíproca, lo mismo que la unilateral, pue-

1 Tolosa, 7 de Mayo de 1829 (Daloz, núm. 2,313, 2°).

2 Compárese con lo resuelto en Limoges, á 28 de Noviembre de 1826 (Daloz, núm. 1,521).

3 Véase el tomo 12 de estos *Principios*, pág. 479, núm. 342.

4 Denegada, 2 de Enero de 1843 (Daloz, núm. 2,274), y 23 de Diciembre de 1856 (Daloz, 1857, 1, 17).

de tener por objeto los bienes presentes ó los futuros. Se ha resuelto que una donación mutua por contrato de matrimonio "de todos los bienes en general," hecha en favor del cónyuge supérstite, no abraza los futuros; pero esto es interpretación de voluntad, que está en el dominio del juez de conocimiento. Aunque recaiga en bienes presentes, la donación es condicional cuando se hace en favor del supérstite. Ordinariamente se hace como ganancias de supervivencia la donación mutua entre los esposos, quienes no tienen razón alguna para despojarse actualmente. (1) Muchas veces ha dado lugar la condición de supervivencia, á una cuestión que prueba que el odio deja su lugar al afecto que inspiró esas donaciones. Se resolvió que cuando alguno de los dos cónyuges se ha hecho reo de homicidio, no puede reclamar el efecto de la donación, no porque en concepto de la Sala haya sido revocada por ingratitud, sino porque se tienen como cumplidas en favor del otro cónyuge las probabilidades de supervivencia, que el culpable perdió derecho de reclamar para sí. Esta es la aplicación del art. 1,178, conforme al cual se reputa cumplida la condición, cuando el deudor, obligado por ella, impidió se realizara. (2)

308. ¿Es donación entre vivos, ó institución convencional la estipulación de ganancias de supervivencia por uno de los cónyuges en favor del otro? Se declaró que es donación de bienes presentes; la condición de supervivencia vuelve condicional la donación, pero no resulta que recaiga en bienes futuros. (3) La cuestión se debe resolver, pues, haciendo abstención de la condición, conforme á los términos del contrato y á la intención de las partes. Aquí vuelve á aparecer la discusión con que tantas

1 Burges, 17 de Marzo de 1824 (Daloz, núm. 2,353).

2 Denegada, 5 de Mayo de 1818, y Ruan, 8 de Marzo de 1838 (Daloz, núm. 2,361, 1º y 2º).

3 Tolosa, 2 de Mayo de 1855 (Daloz, 1856, 2, 104).

veces nos hemos encontrado en la donación de una cantidad que se debe tomar de los bienes más claros que hubiere dejado el donante: ¿es donación de bienes presentes, ó donación de futuros? El Tribunal de Burdeos declaró que esa donación ofrecía los caracteres de una donación por causa de muerte, y se sirvió para calificarla de un término muy disonante, el de legado irrevocable. (1) Otros fallos resuelven que es donación de bienes presentes. (2) Nos remitimos á lo dicho en el capítulo "De las Donaciones." Es imposible que se establezca una jurisprudencia constante en esta materia; la solución de la dificultad depende de la voluntad de las partes, y perteneciendo á los jueces del conocimiento la apreciación de esta intención, no están sujetas á revisión de la Sala de Casación, sus resoluciones.

§ III.—DONACION DE BIENES FUTUROS.

309. La Sala de Casación dice que á los jueces toca resolver, según los términos del contrato, si la donación lo es de bienes futuros. (3) Decíase, en el caso, que las donaciones de bienes futuros eran una excepción que exigía voluntad precisa de los contratantes. Mas bien se podía establecer la regla contraria entre esposos, que no tienen razón para hacerse una donación actual, puesto que por lo regular gozan en común de sus bienes. La Sala de Casación resolvió que la donación hecha en las circunstancias siguientes, lo era por causa de muerte. Uno de los esposos da á su cónyuge los inmuebles que posee. Si no hubiese otras cláusulas, la donación habría sido de bienes presentes; pero el donante añadía que el donatario tendría derecho á todo lo que se hallara en esos inmuebles al tiem-

1 Burdeos, 21 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 150).

2 Lyon. 13 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1846, 2, 220). Donegada, 17 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1860, 1, 105).

3 Tolosa 24 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 105).

po del fallecimiento; además, la donación debía reducirse á la mitad en el caso de que hubiese hijos del matrimonio que llegaran á la mayor edad y en el caso de que el esposo donatario contrajese segundas nupcias. El conjunto de esas cláusulas denotaba la intención de hacer una donación de bienes futuros. (1)

310. Cuando la donación recae en bienes futuros, se aplican los principios de la institución convencional. El donante conserva el derecho de disponer á título oneroso de los bienes comprendidos en la institución; pero no puede disponer de ellos á título gratuito sino con los límites que señala el art. 1,038. (2) El donatario no tiene ningún derecho actual á los bienes donados, ni tampoco alguno condicional, si los acreedores provocan la venta no pueden oponerse á ella; en rigor, tampoco puede ejecutar actos de conservación (núm. 228); la jurisprudencia le permite, sin embargo, que vigile sobre el empleo del numerario. (3)

¿Tiene la posesión el donatario? ¿Debe pedir la entrega? Se aplican los principios que hemos expuesto antes (núms. 237-239). Se resolvió, contra nuestra opinión, que el donatario está en posesión por efecto del contrato; el fallo no da otro motivo: lo cual es resolver la cuestión por la cuestión. (4)

El donatario puede aceptar ó repudiar la herencia que se le dió por contrato. Se le aplica el derecho común. Hay alguna duda respecto de si los artículos 792 y 801 son aplicables al heredero convencional; declaran ellos caducidades y penas contra el heredero legítimo que dió una inversión ilegítima ú ocultó los objetos de una herencia. La

1 Denegada, 20 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 1, 117).

4 París, 15 de Febrero de 1822 (Daloz, núm. 2,062, 3°).

3 Agén, 18 de Junio de 1833 (Daloz, palabra *Venta*, núm. 1,180, 2°). París, 3 de Diciembre de 1813 (Daloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 1,363).

4 Bruselas, 10 de Agosto de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 344):

Sala de Casación los aplicó sin motivar su resolución. (1) Indudablemente, el propio motivo hay para resolver, y la moral reclama el castigo del donatario lo mismo que el del heredero *ab intestato*; ¿pero basta la analogía para extender disposiciones penales?

El cónyuge donatario puede renunciar, muerto el donante; no lo puede en vida, puesto que sería renunciar una herencia futura. (2) Por contrato de matrimonio, se hacen los futuros cónyuges donación del usufructo de los bienes que deje el que muera antes. Después el esposo da á sus sobrinos la nuda propiedad de sus bienes; la mujer interviene en el acto para renunciar el usufructo en favor de aquéllos, mediante una renta vitalicia. Se resolvió que la renuncia era nula, porque tenía el carácter de una estipulación sobre herencia futura. (3) La resolución es rigurosa, pero jurídica. ¿Qué importa que el derecho de la mujer sea convencional? Es un convenio sobre una herencia futura que autoriza la ley; pero de que la institución convencional sea permitida no se puede inferir que todos los actos intervenidos en la sucesión sean lícitos. La Sala de Casación da una razón de más en un caso análogo en que la mujer había renunciado una institución convencional en favor de un hijo común. La institución convencional es una cláusula del contrato matrimonial, y con ese título es irrevocable. La ley prohíbe todo cambio en las capitulaciones matrimoniales, dice la Sala, “á fin de asegurar la paz interior de las familias y sus derechos adquiridos, cerrando toda esperanza y toda fe en que habrá modificaciones posteriores y no permitiendo entregar á la discusión y á la incertidumbre de voluntades recíprocas las condicio-

1 Denegada, 16 de Enero de 1834 (Dalloz, núm. 2,342).

2 Tolosa, 15 de Abril de 1842 (Dalloz, palabra *Contrato de Matrimonio*, núm. 334).

3 Denegada, 10 de Agosto de 1840 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, núm. 1,735, 2°).

nes solemnemente fijadas y en fe de las cuales se celebró el matrimonio." Esta estabilidad se conmovería cuando se permitiese al marido obtener de su mujer que á efecto de concurrir con él á las mejoras que confiere en su futura herencia á uno de los hijos del matrimonio, renunciara ella, en la misma herencia, una parte de las mejoras cuya expectativa se le aseguró á virtud de una donación; precisamente ese abuso de la autoridad marital es el que la ley quiso evitar declarando irrevocables las capitulaciones matrimoniales, (1)

El donatario puede renunciar, al morir el donante, y la renuncia no debe hacerse ante notario (núm. 235). Se resolvió que puede ser tácita; la mujer es instituida heredera en contrato matrimonial, haciendo después el marido un testamento que reemplaza la institución con el legado de determinada cantidad. Si la mujer reclama la ejecución del testamento renuncia por esto mismo la donación; la opción implica una renuncia. (2)

311. El art. 1,093, después de establecer el principio de que la donación de bienes futuros, ó de bienes presentes y futuros, hecha entre cónyuges, está sometida á las reglas generales de la institución convencional, añade: "Salvo que no será transmisible á los hijos del matrimonio en caso de fallecer el cónyuge donatario antes que el donante." Esta disposición deroga el segundo párrafo del art. 1,082, en virtud del cual se presumen comprendidos los hijos en la institución convencional, aunque la donación se haya hecho sólo en favor de los esposos. Hay una excepción en el sentido de que tal presunción no tiene lugar en la institución convencional que uno de los cónyuges hace en favor

1 Denegada, Sala Civil, 11 y 12 de Enero de 1853 (Daloz, 1853, 1, 19 y 21).

2 Denegada, 21 de Marzo de 1832 (Daloz, palabra *Obligaciones*, núm. 4,175. 2°).

de su consorte; la palabra "transmisibile" no es exacta. Supone que nació el derecho en favor del instituido y que éste recibió la sucesión convencional; en tal caso, la transmite ciertamente con el resto de su patrimonio á sus hijos; pero éstos recibirán los bienes como herederos del padre ó de la madre, y no como donatarios, á virtud de un derecho que les pertenece.

¿Cuál es la razón de la derogación que el art. 1,093 hace de la regla contenida en el 1,083? La regla se funda en la intención presunta del donante; la excepción se funda asimismo en esa voluntad presunta. Cuando se hace la donación por un pariente ó por un extraño á los cónyuges, y mueren éstos, no pueden aprovecharse de ella los hijos sino como donatarios, y la ley supone que la intención del donante es que se aprovechen. Por el contrario, cuando se hace la donación en favor de un esposo por el otro cónyuge, pueden aprovecharse de ella los hijos como herederos del donante al morir el donatario, y la ley supone que aquél, padre ó madre de los hijos, prefiere que éstos entren en la institución mejor como herederos que como donatarios, porque como donatarios entran por derecho propio y se creen los hijos independientes de sus padres, y éstos, naturalmente, tratan de que aquéllos sigan bajo su dependencia.

¿Podrían los esposos comprender á los hijos en la institución convencional? A nuestro juicio, no es dudosa la afirmativa, por más discutido que esté el punto. La institución convencional hecha entre cónyuges se sujeta á las reglas del artículo 1,082; tal es el principio establecido por el artículo 1,093; sólo hay una excepción, y es la de que la ley no presume, cuando no lo expresa el instrumento, que los hijos estén comprendidos en ella; pero no prohíbe á los cónyuges comprenderlos, sino que los autoriza para ello, puesto que les aplica las reglas generales de la

institución convencional, Objétase que el art. 1,093 está concebido en términos imperativos: "no será transmisible." La objeción no tiene importancia, pues por lo regular la ley se expresa en futuro, aun cuando no se proponga ni mandar ni prohibir. De modo que es necesario ver si por su naturaleza es imperativa ó prohibitiva la disposición. En el caso, tratábase únicamente de una presunción de voluntad: ¿no es regla que la voluntad expresa prevalezca sobre la presunta? (1)

312. Los cónyuges pueden hacer una donación acumulativa de bienes presentes y futuros, la cual se seguirá también por los arts. 1,084 y 1,085, excepto la derogación concerniente á los hijos de que acabamos de hablar (artículo 1,093).

Asímismo los cónyuges pueden hacer una donación derogando la regla de la irrevocabilidad. Es cierto que no lo dice ningún artículo del cap. IX; pero el art. 947 es muy explícito, puesto que declara que las disposiciones que preceden, los arts. 943-946, no son aplicables á las donaciones que se mencionan en el cap. IX, lo cual comprende evidentemente las entre cónyuges por contrato matrimonial. Tal es también el espíritu de la ley; se ve por los artículos 1,091-1,093 que ella quiere favorecer las donaciones entre esposos, lo mismo que las que les hagan otros terceros. Luego todo lo que hemos dicho del art. 1,086 se aplica á las donaciones entre cónyuges.

SECCION II.—De las donaciones entre cónyuges durante el matrimonio.

§ I.—PRINCIPIO.

313. Antiguamente la mayor parte de las costumbres

1 Durantón, t. 9º, pág. 770, núm. 759. Aubry y Rau, t. 6º, página 282, nota 4, pfo. 742. En sentido contrario, Demolombe, t. 23, página 451, núm. 417, y los autores que cita.

prohibían toda liberalidad entre esposos. Coquille dió una razón moral muy bella. “Durante el matrimonio, dice, debe conservarse la amistad por honor y dentro del corazón, y no por obsequios. Esta razón abunda en honra, añade Coquille, en cuanto á que no parece que la amistad, gracioso y armonioso trato, haya de venderse y para dar á conocer que en el corazón, no en el exterior, está el verdadero amor.” Había además otro motivo para la prohibición establecida por las costumbres; á saber: el deseo de conservar los bienes en las familias. Ferrière dice que ese deseo sirve de fundamento á la mayor parte de las disposiciones consuetudinarias. “Se ha considerado que el Estado no puede mantenerse más que por ese medio; de otro modo, los cónyuges que no tuviesen hijos se darían todos sus bienes mutuamente, y harían pasar herencias opulentas á familias extrañas.” Ferrière no aprueba esa prohibición; parecíale muy riguroso prohibir “á los maridos y á las mujeres todo medio de ejercer la remuneración y la gratitud de uno de ellos para con el otro, y obligarlos á que dejaran sus bienes, á falta de hijos, á herederos colaterales, que á menudo son desconocidos ó indignos de recibir sus bienes con esa calidad.” (1)

La libertad natural, que permite al propietario disponer de sus bienes como le parezca, ha prevalecido sobre el espíritu tradicional del derecho francés, del cual se apartaron, por lo demás, los autores del Código desechando la reserva consuetudinaria. No había más que un peligro respecto de las liberalidades que se hacen mutuamente los cónyuges durante el matrimonio, y es el de que no sean ellos la expresión de la libre voluntad del donante. El legislador previó ese peligro declarando revocables las do-

1 Coquille, *Institución del Derecho Francés (De los Casados)*, página 66. Ferrière, sobre el art. 282 de la *Costumbre de Paris*, glosa 1.^a, núm. 6.

naciones; teniendo absoluta libertad el donante para revocar la liberalidad que haya hecho por contrato de matrimonio, no se podrá decir, si no usa de su derecho, que lo hizo por conquistar la paz ó por afecto inconsiderado. Hé aquí por qué el art. 1,090 dispone que las donaciones hechas durante el matrimonio serán siempre revocables y que la mujer puede revocarlas sin autorización alguna. (1)

314. La revocabilidad de las donaciones hechas entre esposos ha sembrado alguna incertidumbre en cuanto á la naturaleza de esas liberalidades. Desde luego se ha sostenido que el legislador no se había propuesto que la revocación se hiciera conforme al capricho del donante, (2) lo cual es muy evidente: quiso asegurar su libertad. Mas ¿qué inferir de esto? ¿Qué el derecho de revocar no es ilimitado? Ciertamente; la ley lo dice y las condiciones morales que se invocan contra una revocación caprichosa no impedirían que la revocación fuese válida.

Otros han dicho que siendo esencialmente revocable la donación debía asimilarse con el testamento. Es inútil detenerse en este punto de vista que la misma ley condena, puesto que califica como donaciones liberalidades que los cónyuges se hace mutuamente durante el matrimonio; y la donación es un contrato, lo cual la distingue esencialmente del testamento. Ordinariamente se considera la donación entre esposos durante el matrimonio como un contrato mixto. Troplong dice que no es una donación entre vivos, puesto que es revocable, ni un testamento, puesto que se hace por contrato é inmediatamente produce efecto. De ahí concluye que es una mezcla de ambas cosas. Esta doctrina tendría consecuencias prácticas importantes:

1 Bigot-Préameneu, Exposición de los Motivos, núm. 88 (Loché, t. 5º, pág. 338).

2 Demolombe, t. 23, págs. 474 y siguientes. Compárese con Dalloz, núm. 3,282.

simas, si fuese verdadera. Troplong deduce de ella que la donación entre casados no se puede referir á un solo tiempo, pues toma diversos caracteres de principios también distintos, y que es menester un eclecticismo prudente para no extraviarse en cuanto á sus efectos. Toullier dice que son donaciones por causa de muerte. (1)

Es menester rechazar sin vacilar esa doctrina que tiende á crear un tercer modo de disponer á título gratuito, cuando el art. 893 no reconoce más que dos, la donación entre vivos y el testamento; y la donación entre cónyuges no es testamento, y así, es una donación entre vivos. Cier- to que ella deroga en punto esencial, la donación; la revocabilidad es más que derogación de la máxima "Dar y retener no vale;" es una excepción del derecho común de los contratos, pudiendo resolver el donante el contrato por sólo su voluntad. Acabamos de decir las razones de la revocabilidad; esto no impide que los autores del Código califiquen de donaciones las liberalidades que los esposos se hacen, lo cual es decisivo. Objétanse estas palabras del art. 1,096: "aunque calificadas entre vivos," y se ha concluido de aquí que esas liberalidades no tienen de donación ni el nombre. No es tal el sentido de la ley, la cual no permite á los esposos que se otorguen liberalidades irrevocables, sino que prevee que podrían eludir la irrevocabilidad calificando la liberalidad de donación entre vivos, que es esencialmente irrevocable. Para prevenir que se eluda así la regla de la revocabilidad, añade el artículo 1,096 que será revocable la donación, aunque los esposos la hubiesen calificado de donación entre vivos.

De ahí que se deban aplicar á las donaciones entre esposos las reglas sobre donaciones en general; es decir, las de

1 Troplong, t. 2º, pág. 458, núm. 2,648. Toullier, t. 3º, 1, pág. 498, núm. 918. Compárese con la Denegada de 5 de Diciembre de 1816 (Daloz, núm. 2,392).

las donaciones entre vivos, cuando una liberalidad tiene por objeto bienes presentes y futuros. Como lo dice muy bien la Sala de Casación, la revocabilidad es una excepción del derecho común; mas toda excepción confirma la regla; de suerte que los principios generales de las donaciones siguen aplicándose á las entre esposos, excepto la irrevocabilidad. (1)

315. La ley no dice, en el capítulo IX, qué donaciones se pueden hacer los cónyuges durante el matrimonio; pero el art. 947 dice implícitamente que pueden hacerse donaciones de bienes futuros, y, por lo mismo, una institución convencional, sea ordinaria, sea acumulativa. En efecto, el art. 947 dispone que el 943, que prohíbe la donación de bienes futuros, no es aplicable á las donaciones que se mencionan en el capítulo IX; luego la donación entre esposos durante el matrimonio, de que se ha tratado en ese capítulo, no está sujeta á la regla del art. 943, y puede comprender, por consiguiente, los bienes futuros. Así resulta aun implícitamente del art. 1,096. ¿Por qué la ley no permite dar bienes futuros? Es una consecuencia del principio de la irrevocabilidad de las donaciones entre vivos; mas las donaciones entre esposos son esencialmente revocables; es, pues, muy lógico que puedan tener por objeto bienes futuros. Es cierto que el Código no admite la institución convencional más que en favor del matrimonio, y no se puede decir que una liberalidad hecha entre cónyuges favorezca su unión. No se puede aplicar esta nueva derogación del principio que prohíbe los pactos sucesorio sino por el gran favor que la ley concede al matrimonio, aun celebrado ya. (2)

1 Denegada, 16 de Julio de 1817 (Dalloz, núm. 2,391, 1º). Compárese con la Casación de 22 de Julio de 1807, sobre la requisitoria de Merlín (Dalloz, núm. 2,392).

2 La doctrina y la jurisprudencia están acordes. Véanse los autos en Dalloz, núms. 2,377 y 2,378.

La donación de bienes futuros hecha entre esposos durante el matrimonio, difiere de la institución convencional en lo concerniente á la irrevocabilidad. Conforme al artículo 1,083, la institución convencional es irrevocable, mientras que toda donación entre consortes, durante el matrimonio, es esencialmente revocable. Cuando, pues, un esposo instituye á su cónyuge heredero por donación, puede revocar esa institución como una donación de bienes presentes que le hiciera. ¿Quiere esto decir que se confunde la institución convencional, en ese caso, con el testamento? Nó, porque sigue siendo contrato, y contrato solemne. Bajo este concepto, se aplica á la donación de bienes futuros entre esposos, lo que diremos más adelante de la forma de las donaciones que los esposos se hacen durante el matrimonio.

316. ¿Pueden los esposos, por su contrato de matrimonio, renunciar el derecho que la ley les concede para hacer donaciones? Pothier aprobaba esa renuncia. Es, decía, ofender á las leyes, permitirse lo que prohíben; pero no es ofenderlas, prohibirse lo que permiten ellas." Esto es certísimo cuando es de puro interés privado la facultad que se renuncia; pero no lo es cuando es de orden público. Ahora bien, el derecho de dar es un atributo de la propiedad, y la propiedad es, ciertamente, de orden público; lo cual es decisivo. Si Pothier se mostraba favorable á esas renunciaciones, es porque tendían á conservar los bienes en las familias, lo cual se consideraba en otro tiempo como una base del orden social. (1) En nuestras ideas modernas, la libertad es el fundamento del orden político y civil, y reprobamos toda cláusula ó convenio que la ofenda. Tanto los autores como la jurisprudencia están en este sentido; pero hay alguna incertidumbre en cuanto á los motivos de resolver. Merlin y la Sala de Casación invocan el prin-

1 Pothier, *De las donaciones entre marido y mujer*, núm. 27.

cipio que prohíbe estipular para otro; mas al renunciar que mutuamente se harán donaciones, los esposos estipularían realmente para sus herederos. Esto es cierto; pero hay que añadir que entonces aun los herederos intervenirían en el contrato matrimonial, y sería aun nula la renuncia, porque sería un pacto sobre herencia futura. La verdadera razón es la que acabamos de dar y que Troplong hace también valer; los cónyuges no pueden encadenar de antemano su libertad natural pues ésta es de orden público, y no puede renunciarse lo que es de orden público, ni aun en contrato matrimonial. (art. 1,388). (1)

§ II.—FORMALIDADES.

317. Siendo la donación entre esposos donación entre vivos, síguese que debe hacerse en la forma prescripta por el art. 931, so pena de nulidad; mejor dicho, so pena de inexistencia del instrumento. Poco importa que se trate de bienes futuros ó presentes, porque la donación de bienes futuros se rige también por el art. 931 cuando no se hace por contrato de matrimonio. No se puede tratar, pues, de sujetar esa donación á las formalidades del testamento cuando se hace entre cónyuges. Grenier tiene razón para decir que hay para admirarse de que semejante idea haya llegado hasta un tribunal de apelación; el fallo del de Rennes fué casado, por interés de la ley, conforme á la requisitoria de Merlin. Es inútil insistir en un punto que ni dudoso podría ser. (2)

318. Del mismo principio se sigue que las donaciones entre marido y mujer deben ser no aceptadas, como lo

1 Troplong, t. 2º, pág. 475, núm. 2 680 Merlin, *Repertorio*, palabra *Renuncia*, pfo. 1º, núm. 3. Denegada, 31 de Julio de 1809, 15 de Julio de 1812, y Casación, 22 de Diciembre de 1818 (*Dalloz*, número 2,380).

2 Grenier, t. 3º, pág. 456, núm. 457, y todos los autores. Véase la jurisprudencia en *Dalloz*, núm. 3,292.

dice Grenier, sino aceptadas de una manera expresa. Tal es la regla para toda donación entre vivos (art. 932); el art. 1,087 no la deroga más que para las donaciones hechas por contrato de matrimonio; lo cual deja bajo el dominio del derecho común el matrimonio. Esto no es muy lógico; el legislador, al poner esas donaciones en la misma línea que las hechas en contrato de matrimonio, en cuanto á las derogaciones del derecho común que él autoriza, debió haber extendido ese favor á las formalidades. Pero no lo hizo, y no basta el espíritu de la ley para derogar un texto formal y principios absolutamente ciertos. (1) Así se declaró en un caso en que el marido, presente al acto, autorizaba á su mujer para que aceptara; la autorización para aceptar, dice el Tribunal, no es una aceptación expresa. (2) La resolución es muy jurídica, pero habla contra el rigor de la ley; rigor que, en las donaciones favorables, no tiene razón de ser.

319. ¿Es menester también que se registre la donación? Se ha discutido esa necesidad, porque, como dicen, es inútil el registro. En efecto, el cónyuge donante que enajena el inmueble donado ó le grava con derechos reales, revoca la donación en la medida de los derechos conferidos á terceros; luego éstos no tienen ningún interés en que se haga pública la donación, puesto que siempre se mantendrán sus derechos. Esto es cierto, pero no prueba que sea inútil el registro. Olvidase que los terceros acreedores quiérogafos están igualmente interesados en la publicidad de las donaciones; si no se hace, podrán apoderarse de los bienes donados al cónyuge donante, mientras que no tienen ese derecho si se verificó el registro. Basta con esto para que se tenga que hacer el registro, por estar prescripto en

1 Durantón, t. 9º, pág. 779, núm. 774, y todos los autores.

2 Rennes, 20 de Marzo de 1841 (Dalloz, núm. 2,393).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Antes del Código Civil, se permitían las donaciones con-

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¿Qué efecto producirá la cláusula de reversibilidad? Si

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

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

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

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

se admite que la cláusula es una donación mutua hecha durante el matrimonio, hay que resolver que la cláusula es nula. Sobre esto no cabe duda. Pero se pregunta si la nulidad de la cláusula entrañará la de la partición. El Tribunal de Amiéns se declaró por esta opinión. ¿No sería más bien el caso de aplicar el art. 960 y considerar la condición de reversibilidad como no escrita? Esta es la doctrina consagrada por la Sala de Casación. (1)

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

1 Amiéns, 10 de Noviembre de 1853 (Daloz, 1854, 2, 92). Denegada, 26 de Marzo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 639).

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

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

§ III.—DE LA REVOCABILIDAD.

Núm. 1. Principio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

es general y absoluto. Asimismo, una donación hecha por interpósita persona sería revocable; (1) más adelante veremos si está afectada de nulidad por el art. 1,099. Otro tanto hay que decir de la donación simulada, desde el punto de vista de la revocabilidad; lo único que debe hacerse constar es saber si hay liberalidad. Se resolvió que no había mejora indirecta en un tratado en que la mujer había tomado por su cuenta acciones industriales; habiendo sido en el principio, aunque en definitiva desventajoso para la mujer, aleatorio aquel contrato. (2) Mas, por el contrario, se resolvió que la declaración del marido, que contenía un aumento de dote en favor de su mujer, encerraba una liberalidad simulada y que, por consiguiente, el donante había podido revocarla. (3)

328. El art. 1,099 dice, en el segundo párrafo, que toda donación, ya simulada, ya hecha á interpósitas personas, es nula; y el art. 1,100 declara qué personas son las que se presumen interpósitas. ¿Se aplican estas disposiciones á las donaciones que se hacen mutuamente los cónyuges, ya por interpósitas personas, ya en forma de contrato á título oneroso? La Sala de Casación ha estado por la afirmativa, sin más motivo que el texto legal. (4) Pero la cuestión se reduce precisamente á saber si es general el texto del art. 1,099, ó si no se aplica más que á las donaciones en que los cónyuges se exceden de la parte disponible. Ahora bien, el primer párrafo prevee, evidentemente, esta última hipótesis, diciendo que los cónyuges no podrán dar indirectamente “más allá de lo que se les permite por las anteriores disposiciones;” luego el segundo párrafo debe referirse al propio caso. Si el art. 1,099 se limita á los

1 París, 25 de Agosto de 1852 (Daloz, 1852, 2, 221).

2 Grenoble, 11 de Marzo de 1851 (Daloz, 1853, 2, 62).

3 Nimes, 25 de Noviembre de 1819 (Daloz, núm. 2,487).

4 Casación, 11 de Noviembre de 1834 (Daloz, núm. 946). París, 14 de Agosto de 1835 (Daloz, *id.*).

1,094 y 1,098 que fijan lo disponible entre casados, lo mismo debe suceder con el 1,100, y, por consiguiente, hay que resolver que estas dos disposiciones no extrañas al art. 1,096. El espíritu de la ley conduce á la misma conclusión. La ley se muestra muy severa cuando los cónyuges buscan el medio de eludir los límites de lo disponible; pero esa severidad estaría fuera de su lugar en el caso del art. 1,096; basta probar que se hizo una donación entre consortes, para que la pueda revocar el donante; esto garantiza sus derechos; verdad es que no se puede prevalecer de las presunciones establecidas por el art. 1,100; pero se le admitirá á probar la interposición, lo mismo que la simulación, por todo genero de pruebas, aun las de testigos y presunciones humanas. La cuestión se discute, y los autores están divididos, lo mismo que la jurisprudencia. (1) Se puede objetar contra la opinión que acabamos de proponer, que la revocabilidad es de orden público, y, por lo mismo, todo instrumento que tiende á hacer irrevocable una donación entre consortes debe declararse nulo; tales son los términos de un fallo de Casación. (2) ¿No es esto excederse de la severidad de la ley? Lo único que resulta del art. 6, que prohíbe derogar las leyes de orden público, es que los cónyuges no podrían declarar irrevocable una liberalidad que la ley declara revocable; lo cual conduce á decir que la donación continúa revocable, á pesar de cualquier convenio en contrario, de los cónyuges. Esto basta para garantizar el principio de la revocabilidad; ir más lejos equivale á adiciónar la ley. La Sala de Casación misma se apartó de ese rigor, resolviendo que la donación hecha por interpósita persona, era válida cuando

1 En el sentido de nuestra opinión, Toullier, t. 5º, 2, núm. 41. Duvergier, *De la Venta*, núm. 183. En sentido contrario, Aubry y Rau t. 6º, pág. 286, nota 1, pfo. 744. Troplong, núm. 2,741, y Demolombe t. 23, núms. 451 y 606.

2 Denegada, 16 de Agosto de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 152).

no excedía lo disponible. No hay fraude contra la ley, dice la Sala; pero ¿no ha resuelto que no había fraude en la irrevocabilidad por sólo que el donante haga una donación oculta? Es mejor, pues, hacer á un lado el art. 1,099, porque el fin de esta disposición no es garantizar el principio de la revocabilidad.

329. Siendo revocables las donaciones hechas entre consortes, por sólo la voluntad del donante, no es posible aplicarles la máxima de que dar y retener no vale. Esto resulta, además, del art. 947, que dispone que los artículos 943-946, relativos á la revocabilidad de las donaciones, no se aplican á las que se mencionan en el capítulo IX. Las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio gozan, bajo ese respecto, del mismo favor que las que se les hacen y las que se hacen por contrato de matrimonio. Sin embargo, como excepción al derecho común, no quedan revocadas por supervivencia de hijo (arts. 960 y 1,096); nos remitimos á lo dicho ya sobre este punto en el capítulo "De las Donaciones."

Núm. 2. De la revocación.

330. El art. 1,099 dice que el donante puede "siempre" revocar la donación que hubiere hecho á su cónyuge. Esto implica que puede hacerlo aun después de muerto el donatario. En efecto, la muerte de éste es indiferente; no se trata de resolver el contrato por el consentimiento de los contratantes; la revocación es un acto puramente unilateral, y el espíritu de la ley concurre con el texto para dejar al donante en absoluta libertad respecto de la época en que quiere revocar. Tal es la opinión de todos los autores. No tenemos noticia de algún fallo que haya resuelto la cuestión. M. Delangle, cuya opinión equivale á una sentencia, la resolvió como nosotros, en una requisitoria que

pronunció como Abogado General de la Sala de Casación. (1)

331. La revocación puede ser expresa ó tácita. Sobre este punto no hay duda; es la aplicación del derecho común que la ley no deroga sino que se contenta con sentar el principio de la revocabilidad. La revocación es una manifestación de la voluntad, y la voluntad puede expresarse con hechos ó con palabras; la revocación puede ser, pues, expresa ó tácita. ¿En qué forma debe hacerse la revocación expresa? Se ha querido que sea menester aplicar el artículo 1,035, según el cual los testamentos no pueden revocarse sino por otro posterior, ó por un instrumento ante notario que exprese declaración de cambio de voluntad. Grenier dice que esto es "indispensable;" Durantón añade que, pues, los redactores no habían dado regla alguna especial acerca de la manera como puede el esposo donante revocar la donación hecha por él á su consorte, es de creerse que quisieron referirse á la que ya habían consagrado para la revocación de las disposiciones testamentarias. (2) Esto es raciocinar muy mal; hay principios generales que se aplican á todo caso, salvo derogación; dado, pues, el silencio de la ley, debemos recurrir á ellos. El art. 1,035 establece reglas especiales para los testamentos, reglas que tienen su razón de ser, pero que nada tienen de común con las donaciones. Estas siguen bajo el dominio de los principios generales, y, según ellos, la manifestación de la voluntad no está sujeta á ninguna forma solemne; luego se puede hacer en documento privado. En Francia, una ley de 21 de Junio de 1,843, relativa á la forma de los instrumentos autorizados, consagró la opinión que profesó Grenier. (3)

1 Dalloz, 1845, I. 274.

2 Grenier, t. 3º, pág. 468. núm. 461. Durantón, t. 9º, pag. 791, número 779.

3 Toullier, t. 3º, I, pág. 499, núm. 923. Aubry y Rau, t. 6º, páginas 293 y siguientes.

La donación entre cónyuges, aunque revocable, no es testamento. De ahí que si el cónyuge donante hace uno en que declara que revoca todo el testamento anterior, esta cláusula no revocará la donación. (1) Sin embargo, se presentó un caso en que la revocación de un testamento afectó á la donación entre consortes. Después de testar en favor del marido, una mujer le hace donación entre vivos de sus bienes; la donación no hacía más que confirmar el testamento. Uno posterior revocó todo el anterior. Se resolvió que la cláusula revocatoria se aplicaba también á la donación, porque no hacía más que reproducir el testamento revocado. Las disposiciones mismas del último testamento probaban que la testadora tenía la intención de revocar la donación, porque en ésta daba ella la propiedad á su marido, mientras que en el testamento solamente le legaba el usufructo. Finalmente, las circunstancias de la causa confirmaban esta decisión de hecho; esto está conforme con los principios que rigen la revocación, puesto que ésta es cuestión de intención. (2)

332. La revocación de la donación puede ser tácita. Hay revocación tácita cuando el donante manifieste con hechos la voluntad de revocar la donación; esos hechos no deben dejar duda en cuanto á su intención. La ley no define la revocación tácita, como tampoco la expresa. Aquí se puede aplicar por analogía lo que la ley dice de la revocación tácita de los testamentos; en uno y otro caso, se trata de revocar una liberalidad, y en ambos se expresa con hechos la voluntad de revocar. Así una donación ó un testamento posteriores pueden revocar la donación, aunque el donante no diga en ella que la revoca. El art. 1,036 dice que no habrá disposiciones revocadas que las que se hallaren co-

1 Denegada, 17 de Julio de 1837 (Daloz, núm. 2,413).

2 Denegada, Sala Civil, 8 de Agosto de 1865 (Daloz, 1865, 1, 354). Compárese una resolución análoga del Tribunal de Donai, de 15 de Julio de 1851 (Daloz, 1854, 2, 76).

mo incompatibles con las nuevas ó que les sean contrarias. ¿Cuándo hay incompatibilidad? Sobre este punto nos remitimos á lo dicho ya en el capítulo "De los Testamentos." Hé aquí algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia.

Un marido hace donación á su mujer de toda la parte de sus bienes que fuere disponible á su fallecimiento. Más tarde, entra en relaciones culpables con alguna dama, dando fruto aquel comercio ilícito. Entonces hace un testamento en que lega á la concubina el usufructo y al hijo la nuda propiedad de una cantidad de 40,000 francos. La donación, que concedía todo lo disponible, no podía coexistir con el testamento posterior que legaba 40,000 francos sobre lo disponible, resultando de ello que la donación estaba revocada ó disminuida hasta donde concurriera con aquella suma. (1)

Vese que no siempre se hace la revocación conforme al espíritu de la ley; también puede decirse que por lo regular se hace por cambiar la voluntad del donante. En el caso, ese cambio de voluntad era culpable, y, sin embargo, los jueces debieron sancionarle. Frecuentemente la revocación tiene lugar en favor de los hijos que sobrevienen al donante. Después de donar á su mujer, el marido hace una donación á sus dos hijos, revocando, por lo mismo, su primera liberalidad en la medida de las nuevas donaciones; se declaró que la mujer no podía recibir sino lo que de lo disponible quedara después de deducidas las donaciones hechas en favor del hijo. (2)

La revocación puede ser total. Después de dar todos sus bienes á su marido, da una mujer, con autorización del mis-

1 París, 17 de Julio de 1826 (Dalloz, palabra *Disposiciones*, número 269).

2 Montpellier, 27 de Marzo de 1835 (Dalloz, núm. 2,414, 3°)

mo, en el contrato de matrimonio de una de sus sobrinas, una cantidad fija por vía de mejora. Se resolvió que esa donación revocaba la primera en su totalidad; en efecto, la mejora implica el concurso de los herederos legítimos, puesto que su objeto es dispensar de la cuenta al mejorado; lo cual excluye al donatario primitivo, con respecto al cual no podía tratarse de traer á colación la liberalidad. Por otra parte, los hechos del caso probaban que la revocación se había verificado con consentimiento del marido, lo cual no dejaba duda en cuanto á su efecto. (1)

333. La segunda liberalidad no revoca necesariamente la primera. Es cuestión de voluntad. Esta casi no es dudosa cuando, después de dar todo su disponible, el esposo da ó lega lo disponible, en todo ó en parte, á otra persona; pero cuando se hacen á título particular las liberalidades, pueden exceder lo disponible sin que la última revoque la más antigua. El marido hace donación de una cantidad en numerario á su mujer, y después una liberalidad por mejora á un hijo suyo de primer matrimonio. Las dos donaciones reunidas excedían lo disponible; de aquí se pretendía inferir que la segunda revocaba la primera. Para que así fuese, dice el Tribunal de Tolosa, sería menester que constara que en la época de la última liberalidad sabía el donante que iba á exceder su parte disponible; en ese caso, la liberalidad revocable se habría nulificado en parte por la irrevocable. Pero si el donante no lo sabía, no se le puede suponer la intención de revocar. (2)

Aplicase también por analogia á la revocación de las donaciones, la disposición del art. 1,038, conforme al cual toda enajenación que haga el disponente, de todo ó parte de la cosa legada, importa la revocación del legado, en cuan-

1 Lyon, 25 de Mayo de 1827, y Denegada, 9 de Junio de 1830 (Daloz, núm. 2414, 2°).

2 Tolosa, 21 de Mayo de 1819 (Daloz, núm. 938). Compárese con la sentencia de Casación, 16 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 284).

to á todo lo que se enajenó, aunque la enajenación posterior fuera nula. Se resolvió que el instrumento en que el donante ratifica la venta que un tercero hubiese hecho del objeto dado, importa revocación de la donación; porque la ratificación equivale á la donación. (1) Poco importa que la segunda liberalidad sea nula: la mujer da por institución convencional bienes dotales: la institución es nula, y no manifiesta menos la voluntad de revocar la primera liberalidad hecha al marido. (2)

Lo que decimos de la enajenación se aplica también á una concesión de derechos reales que desmembrara la cosa donada: habria revocación parcial. ¿Es menester aplicar este principio á la hipoteca? No, porque ésta no es más que garantía del crédito: y las deudas que contrae el donante no importan revocación de la donación, como tampoco las que no revocan un testamento. Nos remitimos á lo dicho sobre el art. 1,920 en el capítulo "De los Legados." Con mayor razón no hay revocación de la donación cuando el donatario que había hipotecado un inmueble para seguridad de la donación, concede en seguida á un tercero una hipoteca sobre ese mismo inmueble. (3) No hay en este hecho ninguna intención de revocar, y, por lo mismo, no hay revocación.

334 ¿Quién puede revocar? El donante, y solo él. Este derecho no pasa á sus herederos; la donación se hace irrevocable si muere el donante sin haber revocado. En cuanto á sus acreedores, están excluidos por el art. 1,166, mismo que los faculta para proceder en nombre del deudor; la ley no les permite ejercer derechos que van unidos exclusivamente á la persona, y tal es, ciertamente, el de revocar una donación, puesto que la ley le concede en el supuesto

1 Metz, 14 de Febrero de 1812 (Daloz, núm. 2,416).

2 Montpellier, 24 de Enero de 1825 (Daloz, núm. 2,417).

3 Limoges, 1º de Febrero de 1840 (Daloz, núm. 2,405). Denegada, 10 de Abril de 1838 (Daloz, núm. 2,398, 1º).

de que el esposo no haya dado en plena libertad: y sólo el esposo puede saber si su liberalidad está ó no viciada. En cuanto al cambio de voluntad, que ordinariamente es causa de la revocación, los acreedores carecen de derecho. Tal es la opinión de todos los autores, y la jurisprudencia está de acuerdo. (1)

El artículo 1.096 decide que la revocación podrá hacerse por la mujer sin autorización del marido ni del juez. No se podrá exigir la intervención del primero cuando la revocación va contra el marido. Por otra parte, la mujer debe gozar de absoluta libertad, lo cual excluye toda autorización, la del juez lo mismo que la del marido; el brulio de una autorización judicial habría impedido á la mujer revocar. Debe tener ese derecho reservado so pena de que con frecuencia no revoque.

335. ¿Cuál es el efecto de la revocación? La cuestión se reduce á si se retrotrae, de suerte que se estime que nunca fué propietario de la cosa donada el donatario. Hay que decidir sin vacilación, que la revocación se retrotrae. Este es el derecho común, como lo hemos visto en otro lugar. (2) Los casos en que se revoca la propiedad sin retroactividad, son excepciones; la ley no establece más excepción, en el caso; luego sigue aplicándose la regla. Tal es también el espíritu de la ley: ella autoriza la revocación porque supone que la voluntad del donante no fué libre. La donación está, pues, viciada en su esencia, y, por consiguiente, debe considerarse como no hecha. De aquí resulta que concluirán los derechos concedidos por el donatario en la cosa donada. No pueden quejarse los terceros, porque el registro les demostró que la donación se había hecho durante el matrimonio, y que, por lo mismo, era revocable. Esta es la opinión de los autores.

1 Limoges, 1º de Febrero de 1840 (Daloz, núm. 2,421).

2 Véase el tomo 6º de estos *Principios*, pág. 162, núms. 104 y siguientes.

§ IV.—EFECTOS DE LA DONACIÓN.

336 La donación entre cónyuges es una donación entre vivos; produce todos los efectos que la ley le da á la donación, con la diferencia de que es revocable la liberalidad. Este principio se desprende del mismo texto de la ley; ella califica esas liberalidades como donaciones, y el Código no conoce más donaciones que las entre vivos. La excepción que conagra en cuanto á la revocabilidad no destruye la regla. Durantón admite el principio para la donación de bienes presentes, pero no le admite para la de futuros. Esto es introducir en la ley una distinción que no hay en ella y que, por lo demás, no se funda en nada. Preténdese que una donación de bienes futuros tiene el carácter y efectos de un testamento. Respondemos que la donación entre cónyuges es un contrato, aunque tenga por objeto bienes futuros. ¿Qué importa que sea revocable? Lo es también la donación de bienes presentes. ¿Qué importa que no se realice sino á la muerte del cónyuge del donante? Así sucede en toda institución convencional. El cónyuge donatario puede depojarse de su título por la voluntad del donante. Euhorabuena; pero ¿impide esto que haya un título y que ese título sea un contrato? Creemos inútil insistir. (1)

337. Puesto que la donación entre consortes es una donación, hay que inferir que el menor no puede hacer una donación á su cónyuge durante el matrimonio. Los textos no dejan lugar á duda; el art. 903 declara al menor de dieciséis años incapaz de disponer, ni por testamento, ni por donación, y el art. 904 no le permite más que dar por testamento cuando ha llegado á aquella edad. En vano se objeta que siendo revocable la donación, como lo es el tes-

1 Durantón, t. 9º, pág. 788, núm. 778. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 287, nota 7.

tamento, no hay ya motivos para prohibir al menor que done á su cónyuge. Aunque revocable, la donación es un contrato, y el menor es incapaz de contratar. Tal es la opinión común, excepto el disentimiento de Delvincourt y de Vazeille. (1)

Aplicando este mismo principio, hay que resolver que las personas sujetas á consejo judicial no pueden hacer donación á sus cónyuges, porque la ley las declara incapaces de enajenar, y, por consiguiente, de dar. Esto es tan evidente, que para nada se puede tomar en consideración el disentimiento de Merlin. (2) El texto prevalece sobre cualquiera autoridad (arts. 499, 563).

Siguese del mismo principio que la mujer casada bajo el régimen dotal no puede donar sus bienes dotales á su marido. Sin embargo, este punto está muy discutido, aunque no vemos la menor duda en él. La mujer dona, luego enajena y no puede enajenar. En vano se dice que la donación es irrevocable. ¡Eh! ¿qué importa? No por eso deja de ser donación, y, por tanto, enajenación. En derecho, esto no debería ni discutirse; pero de hecho es muy racional: se revoca difícilmente una donación consumada, que hizo adquirir derechos á terceros; es menester, pues, amparar á la mujer contra su propia debilidad. Tal es el fin de la inenajenabilidad del fondo dotal; es, pues, ir contra el espíritu de la ley permitir á la mujer que consienta en las enajenaciones que en verdad tiene derecho de revocar, pero que casi siempre no revocará. Creemos inútil combatir la opinión contraria de Troplong, cuya doctrina en esta materia es un tejido de contradicciones. (3)

Finalmente, el mismo principio conduce aun á la consecuencia de que la capacidad de los contratantes debe

1 Aubry y Rau (t. 6º, pág. 288, nota 3, pfo. 744), y Demolombe (t. 23, pág. 489, núm. 462), y los autores que citan.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Don Mutuo*, pfo. 2º, núm. 11.

3 Véase la refutación en Demolombe, t. 23, pág. 492, núm. 464.

existir en el momento de que se perfecciona la donación, sin que altere la donación la incapacidad que sobrevenga. Las contradicciones que sufre esta doctrina se deben á la incertidumbre que reina en cuanto al carácter de la donación hecha entre consortes. Si los intérpretes tuviesen más respeto á la ley no dirían, como Troplong, que un acto que la ley califica de donación es testamento; el carácter testamentario, dice, domina aquí muy enérgicamente para que se pueda no exigir la capacidad del donatario, en el momento en que se obra la adquisición por muerte del donante. Responderemos con M. Colmet de Santerre, que no al morir el donante es cuando nace la donación, sino que existe y se perfecciona por consentimiento de las partes, como cualquier contrato. ¿Es que cambia éste de naturaleza y será menester exigir la capacidad en otra época, por haberse hecho bajo condición resolutoria? No se podría exigir la capacidad del donatario en el momento en que se hace irrevocable la donación por la muerte del donante, como no se la pueda exigir cuando falta cualquiera otra condición resolutoria. (1)

338. La donación es uno de los modos de transmitir y adquirir la propiedad (art. 711); pues que las liberalidades entre marido y mujer son donaciones, la consecuencia es evidente: transfieren la propiedad al donatario desde el momento en que se perfecciona la donación. Cuando ésta tiene por objeto bienes presentes, inmediatamente se convierte el donatario en propietario. En vano se objeta que son revocables; la Sala de Casación responde que el derecho de revocación hace resoluble la donación entre vivos que un esposo hace á su cónyuge, pero no impide que la propiedad resida en el donatario mientras no haya cambio

1 Demante, t. 4º, pág. 536, núm. 276 bis. 4º. Demolombe, t. 23, pág. 491, núm. 465. En sentido contrario, Troplong, t. 2º, pág. 463, núm. 2,650, Aubry y Rue, t. 6º, pág. 289, nota 11.

de voluntad en el donante legalmente manifestada. (1) La revocabilidad implica una condición resolutoria y no una suspensiva; mas la resolutoria no impide la inmediata transmisión de la propiedad, salvo que haya resolución al verificarse la condición. Esto es lo que hace notar la Sala de Casación, (2) y es decisivo.

¿Sucede lo mismo con la donación que tuviese por objeto bienes futuros? Aquí nos volvemos á encontrar de nuevo con la contradicción de los que consideran esa donación como un legado ó donación por causa de muerte. El Tribunal del Sena, en un fallo muy bien motivado, aniquiló esta teoría; la Sala de Apelación y la de Casación le apoyaron con su autoridad, y, lo que es más, cuenta en su favor con la de los principios, que no dejan lugar á duda. No hay, dice la Sala de Casación, más que dos maneras de disponer á título gratuito de sus bienes: el testamento y la donación. Es preciso, pues, que la hecha entre esposos durante el matrimonio, sea ó testamento ó donación entre vivos; no es un testamento, puesto que hay concurso de consentimiento; luego es un contrato; ¿y no todo contrato transmite la propiedad desde que se perfecciona? En el caso, el título de heredero es el que forma el objeto del contrato; luego el donatario le adquiere desde el momento de la donación; puede serle retirado, pero le conserva, á falta de revocación, porque le está asegurado por un contrato. (3)

De ahí concluyó el Tribunal que el donatario no está obligado á pedir la entrega y que gana los frutos desde que se abre la herencia. Nos remitimos, sobre estos puntos, á lo dicho antes (núms. 237-239).

1 Denegada, 10 de Agosto de 1839 (Daloz, núm. 2,398, 1º). Casación, 18 de Junio de 1845 (Daloz, 1845, 1, 275).

2 Casación, 31 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 1, 288).

3 Denegada, 5 de Abril de 1836 (Daloz, núm. 2,400). Compárese con Aubry y Rau, t. 6º, pág. 289, nota 12. Demolombe, t. 23, página 488, núm. 461.

339. ¿Caduca la donación entre esposos por la muerte del donatario? Hay que distinguir. Si tiene por objeto bienes futuros, ó presentes: en el primer caso, caduca por la muerte del cónyuge donatario. Tal es el derecho común en esta materia (art. 1,089); mas las donaciones entre marido y mujer siguen bajo dominio de aquel derecho, menos en lo que mira á la revocabilidad. Por identidad de razón, debe resolverse que la donación de bienes presentes no caduca por muerte del donatario, porque tal es el derecho común, respecto á las donaciones entre vivos. Sin embargo, está muy discutido el punto. Los más de los autores están por la caducidad, en tanto que la jurisprudencia consagra la opinión contraria.

El fallo de la Sala de Casación, de 1845, dictado según las conclusiones contrarias de Delangle, resume perfectamente el debate. El Tribunal comienza por establecer un principio que sería indiscutible; la donación entre vivos constituye un contrato, y ningún contrato puede revocarse ó anularse sino por las causas que autoriza la ley. Tales son los términos del art. 1,134. Mas ningún artículo del Código declara caduca la donación entre vivos durante el matrimonio del cónyuge donatario. El silencio de la ley decide el punto; es tanto más significativo aquel silencio, cuanto que los autores del Código acababan de resolver que las donaciones hechas á uno de los cónyuges por contrato de matrimonio caducan cuando el donante sobrevive al esposo donatario y á su posteridad. Si hubiese tenido el legislador intención de declarar caducas las donaciones entre cónyuges cuando muriera el donatario, lo habría dicho, como lo dijo en el art. 1,089, y habría debido decirlo, porque tal cosa habría sido una derogación de los principios elementales de las donaciones entre vivos.

Créese que el Código los deroga implícitamente al de-

clarar revocables las donaciones. La caducidad, dice De-
langle con Grenier, es una consecuencia necesaria de la
revocabilidad; lo era también en el derecho romano y en
los países de derecho escrito, y debe serlo bajo el dominio
del Código, que reproduce, en esta materia, la tradición
romana; respondemos que el principio que se invoca está
desmentido por el texto del Código; la institución confiere
al donatario un derecho irrevocable (art. 1,083); y, sin em-
bargo, caduca por fallecimiento del donatario; luego no es-
tá bien decir que la caducidad es consecuencia necesaria
de la revocabilidad. ¿Qué importa, después de esto, que
donaciones revocables, tales como las del art. 1,086, cadu-
quen por aquella causa? Si así lo resolvió el legislador (ar-
tículo 1,089), es por derogación del derecho antiguo; se ha
necesitado una disposición formal para que caducaran esas
donaciones por la referida causa. Pero no hay una dispo-
sición semejante para las donaciones entre cónyuges; lue-
go siguen bajo el dominio de los principios generales. La
objección y la respuesta nos conducen al texto, el cual no
declara caducas las donaciones entre marido y mujer, y así,
no lo son. (1)

340. Los cónyuges no pueden hacerse liberalidades sino
en los límites de lo disponible fijado por la ley. Vamos á
decir cuál es ese disponible. Si los cónyuges se exceden de
él, procede la reducción. Tal es el derecho común. Se pre-
gunta cómo se hace la reducción de las donaciones que tie-
nen lugar durante el matrimonio. Si se adoptan los prin-
cipios que acabamos de exponer, no cabe duda; las libera-
lidades que se hacen los cónyuges son donaciones; es ne-
cesario aplicar, pues, el art. 923. Generalmente está éste
admitido respecto de las donaciones de bienes presentes;

1 Casación, 18 de Junio de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 273), y los auto-
res citados en nota. Compárese con Dalloz, núm. 2,404. Hay que
añadir á Demolombe, t. 23, pág. 499, núm. 469, y un fallo de Tolo-
sa, de 26 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 58).

ellas ponen al donatario en posesión de los bienes donados desde el momento del contrato; ¿qué importa que sean revocables? Si há lugar á reducirlas, es porque el donante no las ha revocado, y desde luego producen efecto, no á contar de la muerte del donante, sino del perfeccionamiento del contrato. Se está, pues, en el texto y en el espíritu del art. 923, según el cual las donaciones no se reducen sino después de los legados y cuando procede la reducción de las mismas, reducción que comienza por la última y va subiendo hasta las más antiguas. (1)

Cuando la donación entre consortes recae sobre bienes futuros, se discute mucho el punto de cómo se hace la reducción. Comprendemos que quienes asimilan esas donaciones con las disposiciones testamentarias, enseñen que no producen efecto sino hasta la muerte del donante, y que, por consiguiente, deben reducirse en esa época, en concurrencia con los legados y antes que la donación de bienes presentes. Esto es lógico. Pero no se admite que la donación, aunque tenga por objeto bienes futuros, es un contrato que le da al donatario el título de heredero desde su perfeccionamiento; es menester ser lógico y decidir sin vacilar que es reducible conforme á las reglas del artículo 923. Nos remitimos á lo dicho antes acerca de la reducción de las donaciones hechas en contrato de matrimonio (núm. 297); la revocabilidad de las donaciones entre consortes no cambia nada los principios. Lo único que de aquí resulta es que una donación entre marido y mujer podrá revocarse por una liberalidad posterior; si se revoca viene abajo, y ya no puede tratarse de su reducción. Es menester, pues, no confundir la revocación con la reducción. Para que se pueda reducir una liberalidad, es necesario que subsista en el momento de arreglarse los de-

1 Troplong, t. 2º, pág. 466, núm. 2,658. Aubry y Rau, t. 6º, página 290, nota 16.

rechos de los donatarios y de los reservatarios. Si se revoca la liberalidad, se extingue como si nunca hubiere sido otorgada. (1)

SECCION III.—De la parte disponible entre consortes. (2)

341. El Código establece una parte disponible especial entre consortes. Cuando no hay hijos de un matrimonio anterior, la parte de que puede disponer cada consorte en favor de su cónyuge, es, por lo general, más elevada que la que se puede dar á otras personas; mientras que es menor cuando el esposo donante tiene hijos de un matrimonio anterior. Dejamos por el momento esta segunda hipótesis á un lado, la cual no ha dado lugar á serias dificultades. No sucede lo mismo con la primera, y las cuestiones que ella ha suscitado dividen siempre á los autores y á la jurisprudencia. A nuestro entender, hay un vacío en la ley, que es imposible á los intérpretes llenar, porque no se trata de los principios, sino de disposiciones arbitrarias que sólo el legislador puede arreglar.

¿Cuál es la parte de bienes de que puede disponer una persona cuando deja ascendientes ó descendientes? El Código Civil establece dos partes disponibles, una de derecho común y otra excepcional. Hemos dicho cuál es el disponible ordinario (arts. 913 y 915); está basado en el número de herederos á quienes la ley concede una reserva. Si hay ascendientes en una línea, la parte disponible es de tres cuartos, y de la mitad, cuando el difunto deja ascendientes en ambas líneas. Cuando deja descendientes, puede disponer de la mitad, de la tercera ó de la cuarta parte de los bienes, según

1 Demolombe, t. 23, pág. 497, núm. 467. Dalloz, núm. 2,409. En sentido contrario, Duranton, t. 8°, pág. 381, núm. 357. Aubry y Rau, t. 6°, pág. 290, nota 17.

2 Benech, *De la parte disponible entre esposos*, Tolosa, 1841, 1, tomo en 8°.

que haya uno, dos, tres ó más hijos. Lo disponible ordinario se fija, pues, en razón del número y calidad de los reservatarios.

Lo disponible entre cónyuges difiere de lo disponible ordinario en cuanto á la parte y en cuanto á los fundamentos en que descansa. Cuando el cónyuge deja descendientes, puede dar á su cónyuge lo disponible ordinario, además del usufructo de los bienes reservados á los ascendientes. Vese ya que lo disponible excepcional del artículo 1,094 es un disponible de favor; al establecerle, el legislador consideró únicamente la situación del cónyuge donatario, subordinando á ella los derechos de los reservatarios, al grado de que se torna derecho irrisorio la reserva de los ascendientes. Si el cónyuge donante deja descendientes, es fijo lo disponible excepcional y no cambia, como lo disponible ordinario, según el número de hijos. Si el donante quiere disponer como propietario, puede dar á su cónyuge un cuarto en propiedad y otro en usufructo, pero no le puede dar más que el usufructo de la mitad de sus bienes. También esa es una ley de favor, en el sentido de que el legislador no tiene en cuenta más que la posición del cónyuge supérstite, sin preocuparse de los reservatarios ni de su número. ¿Cuál es el fin de la ley al establecer un disponible fijo en favor del cónyuge y al arreglar ese disponible de manera que el cónyuge donatario pueda haber el goce de la mitad de los bienes que deja el donante? El fin es permitir al cónyuge que muere, que asegure á su cónyuge un estado de fortuna tal que pueda continuar la vida de riqueza ó comodidad que tenía cuando vivía su cónyuge. Los autores del Código, al arreglar la sucesión *ab intestato*, han desconocido el derecho que tiene el cónyuge supérstite sobre los bienes que dejó el difunto; y le relegaron á la última línea de los sucesores irregulares, cuando era menester darles el primer lugar entre los he-

rederos legítimos. Diríase que fijando el disponible entre consortes quisieron reparar aquel injusto olvido; los cónyug-s pueden con sus liberalidades corregir el vicio de la ley. A nuestro juicio, más hubiese valido conceder al supérstite el usufructo legal de la mitad de los bienes, como lo hacían nuestras costumbres. Siempre tendríamos que es una misma la mente del legislador; sólo que es menester una donación ó un testamento para que el cónyuge supérstite conserve un goce igual al que tenía en vida de su consorte.

342. Hasta aquí todo es sencillo, y si el cónyuge, como lo supone la ley, no quiere otorgar disposiciones más que en favor de su cónyuge, no hay ninguna dificultad, como tampoco la hay cuando no hace liberalidad á su consorte; en la primera hipótesis, puede dar lo disponible excepcional del art. 1,094; en la segunda, puede dar lo disponible ordinario de los arts. 913 y 915. Mas ¿cuál será lo disponible si el cónyuge quiere, al mismo tiempo, gratificar á un cónyuge y á su hijo ó á un pariente ó á un extraño? La ley no ha previsto esta hipótesis; de ahí insolubles dificultades; y decimos insolubles, porque el legislador no las previó y él es el único que las puede resolver. No bastan los principios de derecho, porque los intérpretes debieron crearlos; y de ahí un desacuerdo inevitable. Vamos á exponer el estado de la jurisprudencia y las incertidumbres de los autores; las objeciones que hagamos son dudas, más bien que una doctrina. Declaramos desde hoy que es imposible toda doctrina, pues la parte disponible es materia arbitraria que arregla el legislador como le parece, y que, por consiguiente, sólo él tiene facultad de arreglar.

ARTICULO I.—Del disponible cuando el cónyuge no deja hijos de primer matrimonio..

§ I.—DEL DISPONIBLE CUANDO EL CONYUGE DEJA DESCENDIENTES.

343. Conforme al art. 1,094, el cónyuge que no deja hijos puede disponer en favor de su cónyuge, como propietario, de todo aquello de que podría disponer en favor de un extraño, y, además, del usufructo de la totalidad de la porción de que la ley prohíbe disponer en favor de los herederos. ¿Cuáles son éstos? No hay otros reservatarios que los ascendientes y los descendientes. El art. 1,094 quiere, pues, decir que el cónyuge que tiene descendientes puede donar á su cónyuge, en propiedad, la mitad ó las tres cuartas partes de sus bienes, según que tenga descendientes en ambas líneas ó en una sola, y, además, el usufructo de la mitad ó de la cuarta parte que forman la reserva de los ascendientes. ¿Por qué no lo dice la ley como lo acabamos de decir nosotros en términos claros y precisos? Esto se debe á los cambios que sufrió el proyecto primitivo formulado por la Sección de Legislación. Creemos inútil reproducir estos detalles que se ven en todos los autores, pues son inútiles para interpretar el texto. (1)

344. Lo disponible establece que el art. 1,094 sacrifica los derechos de los reservatarios en favor de los cónyuges. Resulta de aquí, en efecto, que los ascendientes pueden reducirse á la nuda propiedad de su reserva; casi nunca tendrán, pues, el goce de los bienes, porque el usufructo pertenece á sus hijos más jóvenes que ellos en una generación. Disposición irrisoria, dice Maleville; y colocándose en el punto de vista de los ascendientes, no hay error. Jaubert, el Informante de la Sección de Legislación

1 Demolombe, t. 23, pág. 525, núm. 494.

del Tribunal, previó la objeción y trató de responder á ella: "¿Parecerá muy riguroso privar á los ascendientes del usufructo de la reserva? Esto, en cierto modo, es no dejar le reserva más que para sus herederos, pero es el *favor del matrimonio*. ¿Por qué había de cambiar con la muerte de un cónyuge la posición del otro, sobre todo respecto de derechos que no nacen sino invirtiéndose el curso de la naturaleza?" Puede contestarse, y la contestación nos parece concluyente, que el legislador exagera el favor del matrimonio; lo único que puede pedir el cónyuge supérstite es que no se venga á menos en su posición; mas la parte disponible basta para conservarle la propiedad y el goce de la mitad, por lo menos, de los bienes del cónyuge difunto; era, pues, inútil alterar la reserva de los ascendientes hasta el punto de hacerla ilusoria. Tal es la opinión de los más de los autores. (1)

345. Cuando es menor el cónyuge, está limitado por el art. 904 su derecho de disponer: no puede hacerlo á título gratuito, mientras no llegue á los dieciséis años de edad. Llegando á esa edad, no puede disponer más que por testamento y sólo hasta donde concurra la mitad de los bienes de que la ley le permite que disponga al mayor de edad. Esta incapacidad del menor sufre una excepción cuando se casa; entonces puede disponer por contrato matrimonial en favor de su cónyuge, con la misma latitud que si fuese mayor, con tal que lo haga con consentimiento y asistencia de aquellos que le deben dar para la validez de su matrimonio (arts. 1,095 y 1,398). Volveremos á este último punto en el título "Del Contrato de Matrimonio," que es el que le corresponde. El cónyuge menor no queda relevado de su incapacidad sino respecto de las disposiciones que forman parte de sus capítulos

1 Véase á Dalloz, núm. 802, y á Demolombe, t. 23, pág. 526, número 495.

matrimoniales. Durante el matrimonio, sigue siendo incapaz, y así, no puede hacer donación á su consorte; no puede disponer en su favor sino por testamento, y sólo dentro de los límites del art. 904, y, en consecuencia, si deja descendientes, no puede dar en propiedad á su cónyuge más que la mitad de lo que el cónyuge mayor puede dar; esto es, un cuarto si tiene descendientes en ambas líneas, y tres octavos si no los tiene más que en una. En usufructo, no puede dar á un cónyuge más que el de la mitad de los bienes reservados á los ascendientes, y, por consiguiente, el usufructo del cuarto ó del octavo de los bienes. Resulta de aquí una singular anomalía: el menor puede quitar á sus ascendientes el usufructo de la mitad de su reserva, mientras que no podría privar á sus hermanos del goce de los bienes que recibieran en su herencia, y de los cuales no pudo disponer por razón de su edad. En vano se ha objetado que semejante resultado choca contra la justicia y la razón; responderémos con el Tribunal de Tolosa, que aun pareciendo injusta la ley, no toca á los tribunales el corregirla. (1)

§ II.—DE LO DISPONIBLE CUANDO EL CÓNYUGE DEJA
DESCENDIENTES.

346. Cuando el cónyuge donante deja hijos ó descendientes, puede dar á su consorte, “ó un cuarto en propiedad y otro en usufructo, ó la mitad de todos sus bienes en usufructo solamente.” Por el “cuarto en propiedad” hay que entender el cuarto en “plena propiedad.” Desde luego esto se ha puesto en duda, por parecer absurda la alternativa que el art. 1,094 da á los consortes. Un cuarto en plena propiedad, decían, y un cuarto en usufructo, for-

1 Tolosa, 27 de Noviembre de 1841 (Daloz, núm. 804).

man la mitad en usufructo, más un cuarto en la nuda propiedad. Si además de la mitad en el usufructo, puede dar el cónyuge un cuarto en la nuda propiedad, ¿no es absurdo añadir que también puede dar la mitad del usufructo? ¿Es necesaria una disposición legal para decir que el que puede dar lo más puede dar lo menos? Se concluía que por el cuarto en propiedad debía entenderse un cuarto en la "nuda propiedad." Esta interpretación, contraria al texto bien preciso de la ley, fué desechada por el Tribunal de Bruselas; (1) el fallo, aunque muy bien motivado, no responde al reproche de absurdo que tanto se ha prodigado en esta materia. La ley no dice lo que se le hace decir: la alternativa no recae en la parte de bienes, sino en la naturaleza de las disposiciones, según que el donante puede disponer en propiedad ó en usufructo; nunca puede disponer de más de un cuarto en propiedad, ni de más de la mitad en usufructo. Sin embargo, hay que reconocer que el fin que el legislador tuvo en mira se habría conseguido por completo si hubiese permitido al cónyuge dar á su consorte el usufructo de la mitad de sus bienes; no hay motivo para permitir al cónyuge que disponga en propiedad, puesto que no se quiere más que una cosa, asegurar al cónyuge supérstite la riqueza ó comodidad de que disfrutaba en vida de su consorte.

347. Siguese de ahí que el cónyuge donante no puede modificar en nada lo disponible tal como le fija el artículo 1,094, Así, no podría dar á su cónyuge, además del cuarto en plena propiedad, otra fracción en la nuda, aun cuando esa donación de la nuda propiedad no excediese del valor de su cuarto en usufructo. Así se resolvió, y con razón. (2) El disponible entre esposos es una excepción del derecho

1 Bruselas, 21 de Julio de 1810 (Daloz, núm. 815). Tal es la opinión de todos los autores.

2 Rennes, 5 de Diciembre de 1854 (Daloz, 1855, 2, 344).

común, que reglamentó por motivos especiales el legislador; el donante no puede usar de una facultad excepcional sino en los límites de la ley. No sucede lo mismo con el disponible ordinario; la ley le fija, en verdad, en toda propiedad, pero no prohíbe que se disponga del usufructo; antes bien, autoriza esa manera de disponer dando á los herederos derecho de ejecutarla ó de convertirla en propiedad (art. 917). Es que lo disponible ordinario forma el derecho común, y no ha sido reglamentado en razón de la posición del donatario, mientras que lo disponible del artículo 1,094 es excepcional, y el legislador lo arregló en atención al fin especial para el cual le estableció.

348. El monto del disponible excepcional difiere del monto de la parte disponible ordinaria. Aquél es invariable, en tanto que lo disponible del art. 913 varía según el número de hijos. Cuando el donante no deja más que uno, puede donar la mitad de sus bienes, en plena propiedad, conforme al art. 913, en tanto que no puede dar á su consorte más que una cuarta parte en propiedad y otra en el usufructo. Si el donante deja dos hijos ó más, el disponible ordinario es del tercio ó del cuarto, mientras que el disponible excepcional es siempre el mismo.

De ahí ha nacido la cuestión de si el cónyuge puede dar el disponible ordinario á su consorte; cuando no deja más que uno ó dos hijos, ¿puede dar á su cónyuge lo que podría dar á un extraño, la mitad ó la tercera parte en propiedad? Hemos respondido de antemano á la cuestión, enseñando que lo disponible del art. 1,094 no puede ser modificado por el donante, en razón de tener un destino especial; reemplazarle con el disponible ordinario, es poner la regla en lugar de la excepción, es confundir dos disponibles que nada tienen de común, es cambiar la ley. Tan evidente es ello, que durante cuarenta años ni siquiera se ha soñado en poner en duda esta cuestión; los autores estaban

acordes para enseñar que lo disponible excepcional del artículo 1,094 era obligatorio para el cónyuge donante; Grenier cita un fallo de Nimes que así lo había resuelto, y añade que con trabajo se habría creído que se hubiese levantado la opinión contraria, si aquel fallo no hiciese fe. Lo que parecía increíble llegó á ser una doctrina. Un profesor de la facultad de Tolosa, Benech, en una brillante monografía sobre la parte disponible entre consortes, emprendió probar que en ningún caso es el art. 1,094 restrictivo de la parte disponible ordinaria, arreglada por el artículo 913; y que, por consiguiente, el cónyuge que no deja hijos, puede dar la mitad de sus bienes á su cónyuge. Siempre han ejercido atractivo sobre los ánimos juveniles y aventureros las novedades; Demante y Valette introdujeron la teoría de Benech en la escuela de derecho de París; Aubry y Rau la adoptaron; (1) la jurisprudencia, más prudente, la rechazó desde que se produjo en los tribunales, y ha permanecido fiel á esa interpretación. (2) Los autores modernos la han combatido con energía, (3) hasta que acabó por ganar crédito. Podríamos dispensarnos de discutirla; si nos detenemos un instante en ella, es por enseñar al joven lector á desconfiar de las opiniones que se colocan por encima de la ley invocando su espíritu. Un magistrado que enriqueció con excelentes notas la obra de Grenier sobre las donaciones, dice á este respecto: “¿No sería infinitamente peligroso hacer torcer la letra precisa de una ley ante consideraciones más ó menos poderosas sacadas de los incidentes de la disposición preparatoria? Una ley reside en su texto imperativo y en manera alguna en las fa-

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 608, nota 5, pfo. 639, y los autores que citan.

2 Denegada, 3 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845, 1, 42), y 4 de Enero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 10).

3 Marcadé, Troplong, Demolombe (véase á Demolombe, t. 23, página 540, núm. 500).

ses movibles de su elaboración. ¿Dónde estarían los ciudadanos y los jurisconsultos mismos si cada uno pudiese desprender de los archivos legislativos un nuevo sistema ante el cual fuese menester sacrificar todo cuanto hasta entonces se hubiese comprendido y practicado?" (1) El respeto á la ley; véase el primer deber del intérprete; ella es nuestra divisa y nuestra excusa, porque nuestro fin es volver la interpretación del Código á los principios tales como se desprenden de los textos.

El primer fallo que la Sala de Casación dictó en este debate, opone á la nueva teoría un argumento decisivo: el texto de la ley. Se trata de saber si la disposición del artículo 1,094 contiene un sistema completo sobre el disponible entre cónyuges, sistema especial y excepcional que excluye el derecho común del art. 913. Pues bien, ¿qué dice el título de nuestro capítulo? Está concebido así: "De las disposiciones entre cónyuges, ya por contrato de matrimonio, ya durante éste." Hé ahí la prueba "literal" de que el cap. IX está especialmente dedicado á esa materia; el legislador tuvo por objeto trazar en él las reglas que rigen las liberalidades que los cónyuges pueden hacerse y la parte de que pueden disponer. Todos los artículos de nuestro capítulo están concebidos con el propio espíritu. El art. 1,091 expresa que los cónyuges podrán hacerse la donación que estinen oportuno, "con las modificaciones antes expresadas." Esas modificaciones, entre las cuales se halla el art. 1,094, forman, pues, el derecho especial de los consortes; y no tienen ellos otro. El art. 1,099 es todavía más significativo. "Los cónyuges, dice, *no podrán* darse indirectamente más allá de lo que se les permite por las precedentes disposiciones." Estos textos son claros, y de ellos resulta que el art. 1,094 fija de una manera invariable la parte de bienes que un cónyuge puede dar á su consorte.

1 Bayle-Mouillard, comentando á Grenier, t. 4º, pág. 104.

349. ¿Qué contestan los partidarios de la opinión contraria? Para conciliar la aplicación del art. 913 con los términos absolutos del art. 1,094, se han reducido á suponer que el legislador, al fijar el disponible entre consortes, cometió un olvido. (1) ¡Cómo! ¡El art. 1,094 tiene por objeto derogar el 913, y, al consagrar una excepción á la regla, habría olvidado la misma regla! ¡Habría olvidado que el disponible es una mitad cuando el difunto no deja más que un hijo! Vale más suponer un olvido, dicen los editores de Zachariæ, que imputar al legislador una incosecuencia que Benech, en su arrebató meridional, trata de absurdo. ¿Cuál es, pues, ese absurdo del cual se hubiese hecho culpable el legislador? El art. 1,094, dicen, ha elevado lo disponible entre esposos, por encima de lo disponible ordinario, cuando el donante deja dos hijos ó más. Tal derogación del derecho común no tiene otra razón de ser que el favor de que goza el matrimonio. ¿Puede admitirse que el legislador haya disminuido, por el contrario, el disponible ordinario en un solo caso, á saber: cuando el cónyuge deja un hijo, y que en ese único caso no haya tenido en cuenta para nada el favor del matrimonio? Cuando no tenga cada hijo, á título de reserva, más que un cuarto, un quinto, ó un sexto, podrá recibir el cónyuge una parte más considerable; y cuando para sí sólo tenga un hijo la mitad en toda propiedad, el cónyuge será quien lleve la peor parte. Delvincourt veía esto muy singular; y nosotros, añade Benech, nosotros decimos que es absurdo.

¿Está fundada esta crítica tan ardiente? A nuestro juicio, el sistema del Código no es ni singular ni absurdo. La pretendida inconsecuencia que se le imputa es sencillamente imaginaria. El reproche que se hace á los autores del Código supone que al fijar lo disponible entre consortes, partieron del principio de que, en todo caso, es menester ele-

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 699, nota 5.

var el disponible entre esposos por encima del disponible ordinario. Negamos que tal sea el principio del art. 1,094. Todo el mundo reconoce que el legislador quiso permitir al cónyuge que muriera, asegurar á su consorte la situación de fortuna de que disfrutó durante el matrimonio; hé ahí por qué el art. 1,094 establece un disponible fijo, invariable, que da al cónyuge supérstite cuando menos el goce de la mitad de la fortuna del cónyuge difunto. Decir que lo disponible es fijo, es decir que es proporcionado á las necesidades, á las conveniencias del donatario; es decir que para nada se tiene en cuenta á los hijos. ¿Que importa que el cónyuge donante deje sólo un hijo, ó que deje diez? ¿Por ventura serían mayores las necesidades del cónyuge donatario cuando tiene un hijo, que cuando tiene diez? Las necesidades son siempre las mismas, luego el disponible debe ser el mismo.

350. ¡Cosa singular! El autor del sistema que combatimos invoca el espíritu de la ley contra el texto. Y se halla que desconoce el verdadero espíritu del Código y que lo que llama espíritu de la ley no es más que la interpretación que ha creído bueno substituir á la voluntad del legislador. Así sucede ordinariamente cuando los autores oponen el espíritu de la ley á su texto. El espíritu de la ley es la voluntad del legislador; cuando es claro el texto, éste nos dice lo que quiere el legislador; el texto es, pues, la mejor, la más segura expresión de su voluntad, y, por tanto, de su espíritu. ¿Dónde se va á encontrar el espíritu de la ley para hacer á un lado el sentido literal que presenta el texto? En las labores preparatorias, en las modificaciones sucesivas que ha sufrido el proyecto primitivo antes de ser afirmativamente formulado. Oponemos, en el caso, una excepción á esta argumentación; se recurre á la discusión para interpretar un texto obscuro y dudoso; no es permitido prevalerse de la discusión para cambiar la

ley, haciéndole decir otra cosa de la que ella dice. Véase cómo es que las opiniones más opuestas encuentran apoyo en los trabajos preparatorios; poco más ó menos, se halla en ellos todo lo que se quiere hallar. Benech buscó argumentos para su sistema, y Marcadé los halló para otro diametralmente opuesto. ¿Se apoyarán en una base tan poco sólida para modificar el texto de la ley?

Tomemos uno ó dos pasajes de los trabajos preparatorios para demostrar cuán peligrosa es esta materia de argumentación. El Tribunado propuso una corrección que consagraba el sistema de Benech. “En el caso de que hubiere hijos, opina la Sección que es justo que un cónyuge pueda dar al otro todo aquello de que pueda disponer en propiedad; es decir, *tanto cuanto podría dar á un extraño*, ó la mitad de sus bienes en usufructo. El Consejo de Estado no adoptó la corrección ó interpretación del Tribunado. ¿Qué inferir de aquí? Benech dice que el Consejo de Estado juzgó inútil enunciar expresamente lo que resultaba ya del proyecto. Nó, dice M. Bayle-Mouillard, el Consejo de Estado no admitió la interpretación del Tribunado; luego la desechó. Por el contrario, el texto no deja lugar á duda. Luego hay que atenerse al texto.

Hay un elemento de los trabajos preparatorios que no carece de importancia, y con los discursos de los oradores, cuando éstos son jurisconsultos. Jaubert es jurisconsulto, y su informe al Tribunado está confeccionado con todo esmero; ¿qué dice del art. 1,094? “En cuanto al emolumento de las donaciones entre consortes, hay que distinguir: si quedaron hijos del matrimonio, *no puede tener el cónyuge supérstite más que el cuarto en la propiedad y el cuarto en el usufructo ó la mitad de todos los bienes solamente en usufructo.*” Hé ahí la restricción, que se niega, escrita con todas sus letras. Bigot-Préameneu se expresa en términos también restrictivos. “El art. 1,094, di-

ce, *limitó* la facultad de disponer de una parte *fija*, á un cuarto en la propiedad y otro en el usufructo, ó á la mitad sólo en éste; el cónyuge *no podrá dejar á su consorte más que esa parte.*” ¿Qué contestar á estas pruebas abrumadoras? Después de acusar de inconsecuencia al legislador, Benech acusa de “precipitación” á los oradores que expusieron los motivos de la ley. Todos se engañaron, sólo el intérprete tiene razón. Véase á que se reduce casi siempre lo que los autores llaman el espíritu de la ley.

851. El art. 1,094 da también lugar á otra dificultad. Fija él lo disponible “para el caso de que el cónyuge donante deje *hijos ó descendientes.*” ¿Qué decir cuando deja hijos naturales? El caso ocurrió ante la Sala de Casación. El cónyuge donante había muerto sin parientes en grado de heredar, dejando un testamento en el cual instituía por sus legatarios universales á su cónyuge y á un hijo natural que había tenido antes de su matrimonio. Este pretendía que lo disponible en favor del cónyuge debía arreglarse por el art. 1,094, lo cual reducía la parte del cónyuge á un cuarto en la propiedad plena y un cuarto en el usufructo, mientras que el hijo natural tenía la mitad en la propiedad plena más un cuarto en la nuda. La Sala declaró que lo disponible dado al cónyuge y la reserva del hijo natural debían calcularse de acuerdo con el art. 913. Hay un motivo para dudar, y es que los hijos naturales tienen un derecho de igual naturaleza que los legítimos; ese derecho es menos extenso cuando concurre el hijo natural con padres legítimos; pero, á falta de éstos, el hijo percibe toda la herencia como si fuese legítimo. ¿No tendríamos que inferir de aquí que el hijo natural limitaba al cónyuge á lo disponible del art. 1,094? La Sala de Casación responde que del texto y del espíritu de la ley resulta que el artículo 1,094 entiende por hijos y descendientes la posteri-

dad legítima. Comencemos por el texto. La ley, para fijar lo disponible entre consortes, distingue dos hipótesis: si el cónyuge deja hijos de primer matrimonio, se aplica el artículo 1,098; si no deja hijos de primer matrimonio, se aplica el art. 1,094. En el caso del art. 1,098, no cabe duda; se trata de hijos nacidos de un matrimonio anterior, y el texto dice que el cónyuge puede dar una parte de hijo "legítimo" á su nuevo cónyuge. Así es que en el art. 1,094 la ley debe entender también por hijos á los nacidos del matrimonio; la correlación estrecha que hay entre ambas disposiciones no permite otra interpretación; no se concebiría que en un caso no se tratara más que de hijos legítimos, y el otro comprendiera á los naturales.

El argumento de texto nos deja todavía en la duda. Ninguna relación hay entre los arts. 1,094 y 1,098; ésta última disposición, absolutamente especial, nada tiene de común con la general del art. 1,094. Hay que dejar, pues, á un lado el art. 1,098 é interpretar el 1,094 por sí mismo; esto es, conforme á los principios de los derechos del hijo natural, y esos principios favorecen al hijo. La Sala de Casación invoca también el espíritu de la ley; citamos sus palabras para mostrar cuán dudosa es la argumentación tomada del espíritu de la ley: "Al fijar la parte disponible de una manera absoluta y sin relación al número de hijos dice la Sala, quiso el legislador quitar á los consortes toda prescripción de interés personal, y favorecer así la fecundidad del matrimonio." Sería, pues, desconocer su pensamiento extender al hijo natural el beneficio de una disposición que implica la existencia del matrimonio; todo lo que el hijo natural puede reclamar es su reserva; mas, en el caso, la partición igual entre los dos legatarios dejaba intacta la reserva. (1) Nada se dijo, en los trabajos prepa-

1 Denegada, 16 de Junio de 1866, según el informe del Consejero de Ubezi, y las conclusiones de Fabre (Daloz, 1866, 1, 484).

ratorios, del motivo que alega la Sala de Casación; y aunque sea muy plausible, sin embargo, no osaríamos resolver una cuestión de derecho fundándonos en los motivos de la ley, cuando nada prueba que esos motivos sean los del legislador.

§ II.—APLICACION.

352. El art. 1,094 fija lo disponible; toca á los cónyuges disponer dentro de esos límites como les parezca. De ahí dificultades sobre la extensión de las disposiciones que hacen. El cónyuge deja descendientes, y da á su cónyuge su disponible, ó todo aquello de que la ley le permite disponer, ó aún todos los bienes que deja al morir: ¿tendrá derecho al disponible ordinario el donatario, además el usufructo de los bienes reservados á los ascendientes? La misma cuestión ocurre si el cónyuge donante deja descendientes; da su disponible: ¿será el cuarto en propiedad y el cuarto en usufructo? La extensión de una liberalidad depende, ante todo, de la intención del donante. Sobre este particular, todos están de acuerdo; la única dificultad está en saber si debe el donante manifestar, en el caso, de una manera expresa su voluntad. Así lo declaró el Tribunal de Agén (1); y á primera vista podría creerse que no hizo más que aplicar un principio elemental de interpretación, á saber: que las excepciones no existen sino cuando se estipulan; mas lo disponible del art. 1,094 es una excepción del derecho común del art. 913. La Sala de Casación no admitió este principio: dijo, y con razón, que el art. 1,094 da á los cónyuges una facultad que forma para ellos el derecho común; pueden usar de él como se usa de toda facultad legal, sin estar sujetos á otras condiciones que las que establece la ley. Ahora bien, el art. 1,094 no impone á los cón-

1 Agén, 28 de Noviembre de 1827 (Daloz, núm. 505).

yugés la condición de expresar terminantemente la intención de dar á su consorte todo lo que la ley permite que se le dé; basta que esa intención sea cierta. (1) Esto quiere decir que la cuestión se resuelve conforme á los principios generales.

353. En este sentido se ha formado la jurisprudencia. Si el donante deja descendientes, tendrá derecho el donatario, además del disponible ordinario, al usufructo de la reserva, cuando la disposición hecha en favor del cónyuge no puede, en razón de su extensión, conciliarse con el usufructo del ascendiente reservatario. Tal es el principio establecido por el fallo que acabamos de citar. Un cónyuge lega á su cónyuge todos sus bienes: ¿comprende esta disposición el usufructo de la reserva de los ascendientes? Ninguna declaración contenía el testamento á este respecto; pero la voluntad casi no era dudosa. Cuando un esposo que tiene un ascendiente lega, sin embargo, todos sus bienes á su cónyuge, excede los límites de lo disponible, puesto que absorbe la reserva; esto es indicar muy enérgicamente la voluntad de dar á su cónyuge todo lo que le puede dar. Objetábase que siendo disponible la reserva del ascendiente, no debía estar comprendida en el legado universal. El Tribunal de París responde que es una sutileza de interpretación que llegaría á la absurda consecuencia de que el cuarto reservado no forma parte de la totalidad de los bienes; en otros términos, que la parte no está comprendida en el todo. Esta resolución fué confirmada en un fallo denegatorio. (2)

354. La aplicación del principio á la segunda disposición del art. 1,094 hace nacer una nueva dificultad. Si el

1 Denegada, 24 de Abril de 1854 (Dalloz, 1854, 1, 256).

2 Denegada, 19 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1863, 1, 27). Compárese con la Denegada de 15 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 431). Bruselas, 3 de Marzo de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 338), y los fallos citados por Dalloz, núm. 806.

cónyuge donante deja hijos, puede dar á su consorte ó un cuarto en la propiedad y otro en el usufructo, ó la mitad de todos sus bienes sólo en el usufructo. Es un derecho alternativo. De aquí había inferido desde luego Grenier que, dado el silencio del instrumento, pertenecía la elección al deudor (art. 1,190); esto es, á los herederos. No es exacto; no hay alternativa, hay dos derechos muy distintos: el de disponer de la propiedad y el de disponer del usufructo. Toca al cónyuge ver cómo quiera disponer, pues su voluntad es ley para sus herederos. Así, en el segundo caso del art. 1,094, lo mismo que en el primero, la extensión de lo disponible depende de la intención del disponente; y toca á los tribunales resolver, conforme á los términos del instrumento y á las circunstancias del caso, lo que el cónyuge quiso dar á su consorte. Los autores están unánimes. Grenier se adhiere á la opinión general (1) y la jurisprudencia está conforme. Dos cónyuges se hacen recíprocamente donación, por contrato de matrimonio, del usufructo de bienes que dejen al fallecer, con cláusula de reducción, para el caso de supervivencia de hijo, todo lo de que las leyes actuales y futuras les permiten y permitan disponer mutuamente. Se resolvió que esa donación comprende lo disponible más alto del art. 1,094; quiere decir, un cuarto en propiedad y otro en usufructo. (2)

355. Ordinariamente la intención del donante es dar á su cónyuge el más alto disponible. Sin embargo, hay que cuidarse de erigir el hecho en regla; la regla es que la intención del donante determine la extensión de su liberalidad, y en intención puede cambiar; si el cónyuge puede dar á su consorte el máximo del disponible, puede tener también la intención de darle el mínimo. Un cónyuge lega á su consorte supérstite todos los bienes que deje al morir, y

1 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 821.

2 Caen, 22 de Marzo de 1843 (Dalloz, núm. 506, 5º).

muere sin hijos. ¿Tendrá derecho el cónyuge al usufructo de la reserva del ascendiente? Se ha resuelto que no le tenía. Era que, en el caso, la testadora había hecho un legado particular á su madre, para que hiciese veces de su reserva. El juez infirió de ahí que ese legado debía ejecutarse tal como estaba hecho; es decir, en plena propiedad. Esa intención de la testadora estaba probada por todas las circunstancias del caso. (1)

356. Hasta aquí hemos supuesto que el cónyuge dispuso de la propiedad. Cuando dispone del usufructo, hay que aplicar el mismo principio, mas la aplicación suscita una nueva dificultad. El art. 917 prevee el caso de que se haya hecho en usufructo la disposición, y concede á los herederos reservatarios la opción, ó de ejecutar la disposición, ó de hacer al reservatario abandono de la propiedad de la parte disponible. Se pregunta si los herederos de reserva pueden invocar esa disposición cuando el cónyuge dispuso del usufructo en favor de su cónyuge. Así, éste da ó lega á su cónyuge el usufructo de todos sus bienes, y muere dejando hijos: ¿pueden éstos usar de la opción concedida por el art. 917; ó podría aquél pedir que se convirtiera en propiedad la liberalidad hecha en usufructo y reclamar, por consiguiente, el cuarto en la propiedad y un cuarto más en el usufructo? Nos parece que, evidentemente, nó, y la negativa está muy bien establecida en un fallo del Tribunal de Bruselas. Ese Tribunal comienza por recordar que, por lo general, se deben ejecutar las liberalidades tal como fueron hechas, sin perjuicio de reducirlas si exceden de lo disponible. El art. 917 contiene una excepción á ese principio, puesto que permite á los herederos transformar un legado de usufructo en legado de propiedad. De ahí se sigue que esa disposición es de estricta interpretación, y debe restringirse al único caso previsto en ella. Ahora bien,

1 Tolosa, 24 de Agosto de 1868 (Dallos, 1868, 2, 179).

el art. 917 supone la reunión de estas condiciones; la primera, que esté fijada por la ley la parte disponible en plena propiedad; la segunda, que el donante haya dispuesto del usufructo; y la tercera, que el usufructo dado exceda del valor de la parte disponible en la propiedad. Estas condiciones no se hallan en el caso del art. 1,094, puesto que la ley fija allí la parte disponible en usufructo, ó parte en éste y parte en la propiedad. De modo que no se podría aplicar el art. 917 á las liberalidades entre consortes, sin violar al mismo tiempo la ley y las disposiciones del donante. El Tribunal de Bruselas añade una consideración histórica igualmente decisiva. ¿Cuál es el objeto del artículo 917? Es resolver una cuestión discutida en el derecho antiguo: la de si el heredero legitimario estaba fundada al quejarse de que el testador gravara su legítima con un usufructo ó una renta vitalicia que redujese momentáneamente su goce á menos de lo que debiera producirle aquélla. Esta cuestión no puede suscitarse más que en los casos previstos por los arts. 913 y 915, que fijan la parte disponible en plena propiedad; pero es imposible en el caso del art. 1,094, puesto que, según esta disposición, toda liberalidad entre consortes se reduce ó á la mitad de los bienes en usufructo, ó á una cuarta parte en él y otra en la propiedad, según que el donante haya dispuesto del uno ó de la otra. (1) La jurisprudencia (2) se ha formado en este sentido, así como los autores (3) hay algunos fallos que han aplicado el art. 917 á las donaciones entre consortes. El único motivo que dan es que el artículo 917 contiene una regla general que debe aplicarse á todos los ca-

1 Bruselas, 16 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 15). Sobre el art. 967, véase el tomo 12 de estos *Principios*, págs. 224 y 246, números 151-160.

2 Véanse los fallos citados por Dalloz. núm. 824.

3 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 610. nota 8, y los autores que se citan. En sentido contrario, Benech, págs. 436 y siguientes.

sos. (1) El fallo de Bruselas que acabamos de analizar responde á esa objeción. Creemos inútil insistir, por ser evidentes los motivos del Tribunal.

357 ¿Qué debe decirse cuando se haga la disposición en una renta vitalicia? Este punto está muy debatido. Nos parece que son idénticos los motivos que hay para resolver. En efecto, el art. 917 pone en la misma línea el caso de que el donante haya dispuesto en una renta vitalicia que en usufructo. Si, pues, se hace á un lado el art. 917, cuando los cónyuges dispusieron en usufructo, es preciso hacerla igualmente á un lado cuando dispusieron en una renta vitalicia; y habría flagrante inconsecuencia en aplicarle cuando se trata de esta última, siendo así que se le declara inaplicable tratándose del usufructo. La única dificultad está en saber cómo se apreciará si la renta vitalicia excede ó no de lo disponible. Se ha dicho, y con razón, que no debía estimarse la renta vitalicia en capital, según las probabilidades de vida ó muerte del donatario; porque este cálculo propendería á someter la renta á la medida de lo disponible á perpetuidad, ó sea en propiedad, mientras que, por su naturaleza de disposición vitalicia, debe estar sujeta á la regla del art. 194 que determina lo disponible en esa renta. Unicamente, pues, hay que comparar la renta con la parte disponible en goce; quiere decir, con el usufructo de la mitad y reducirla al goce de la mitad del patrimonio. Este es el principio formulado por M. Colmet de Santerre, y véase cómo le aplica. Si los caídos de la pensión son superiores á la mitad de las rentas, se reducirán á esa mitad; si son iguales ó inferiores, deberán ser cubiertos por los hijos herederos reservatarios. Queda una dificultad: el monto de los caídos es fijo, en tanto que el goce cambia. ¿Qué sucederá cuando no basten las ren-

1 Véanse los fallos de París, Poitiers y Douai citados por Dalloz, núm. 823.

tas de los bienes para cubrir la pensión? Que ésta se reducirá á la debida concurrencia, porque la disposición no puede pasar nunca de la mitad del usufructo. (1)

358. Si los cónyuges venden lo disponible fijado por el art. 1,094, procede aplicar el art. 1,099 que distingue: la liberalidad se reduce cuando es indirecta, y es nula cuando es simulada ó se hace por interpósita persona. Más adelante volveremos á la distinción. Se trata de saber por ahora si es aplicable el art. 1,099 al caso previsto por el 1,094. Se ha pretendido que no se aplicaba más que al artículo 1,098. Nos parece que la ley dice lo contrario; el primer párrafo expresa: "Los cónyuges no podrán dar indirectamente más de lo que se les permite por *las disposiciones anteriores.*" El texto comprende, pues, todas las que determinen la parte disponible entre consortes, y así, el art. 1,094 y el 1,098. Se objeta que ambos artículos prevén casos absolutamente distintos: el 1,094 extiende lo disponible ordinario para favorecer el matrimonio, mientras que el 1,099 le restringe por no favorecer las segundas nupcias; concíbese que el legislador se muestre riguroso cuando los cónyuges buscan la manera de defraudar una ley que restringe á límites estrechos las liberalidades que quieren hacer el hombre ó la mujer que, teniendo hijos de otro matrimonio, contraen uno nuevo; pero semejante rigor no tiene razón de ser cuando se trata de liberalidades que favorecen el primer matrimonio. Es cierto, y el legislador habría podido establecer alguna diferencia entre las dos hipótesis, pero no lo hizo. Además, hay un motivo que justifica el rigor del art. 1,099, aun en su aplicación al caso del 1,094. Si el legislador favorece las liberalidades he-

1 Demante, t. 4º, pág. 528, núm. 274 bis, 7º, seguido por Demolombe, t. 23, pág. 555, núm. 503. Troplong (pág. 424, núms. 2,573 y siguientes) adopta el sistema consagrado por un fallo de Ruan, de 8 de Agosto de 1853 (Daloz, 1853, 2, 207).

chas al cónyuge, debe cuidar también de que ni los hijos ni los ascendientes queden privados de la reserva limitada que les concede.

Si es aplicable el art. 1,099 al caso del 1,094, síguese que también lo es el 1,100, por que este último, que presume ciertas personas interpósitas, no es más que consecuencia del 1,099. Luego hay que aplicar á las donaciones simuladas ó hechas á interpósita persona, lo que más adelante diremos al explicar los arts. 1,099 y 1,100. (1)

§ IV.—DE LA CONCURRENCIA DE LOS DOS DISPONIBLES.

Núm. 1. Principio.

359. Hay dos disponibles: la parte de que un cónyuge puede disponer en favor del otro cuando deja ascendientes ó descendientes, y la de que puede disponer en favor de otros, que el art. 1,094 llama extraños, por más que ordinariamente lo sean los hijos. ¿Puede el cónyuge disponer al mismo tiempo en favor de los extraños y de su consorte? Que el cónyuge puede hacer liberalidades á un hijo y á su consorte, es indudable, pero se trata de saber con qué límites se permiten esas liberalidades. Hay un punto cierto, y es el de que no se puede acumular los dos disponibles; quiere decir, que el cónyuge no puede dar á un extraño el disponible de los arts. 913 y 915 y á su cónyuge el del artículo 1,094. Para esto hay una razón decisiva y es la de que el disponible del art. 1,094 excede al ordinario, excepto un solo caso, al cual comprende, por lo mismo; dando á su cónyuge el disponible del art. 1,094, el cónyuge consume la parte de bienes de que la ley le permite disponer, y ya no puede dar lo que ya dió. La acumulación conduciría á un resultado imposible: el cónyuge que tiene un ascendiente podría dar á un extraño los tres cuartos de sus bie-

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 611, notas, 10-13. Tal es la opinión general.

nes en propiedad, y á su cónyuge un cuarto en propiedad y otro en usufructo; quiere decir, más que su patrimonio. (1) Esto prueba que ambos disponibles son distintos, y establecidos para distintos casos. El disponible de los artículos 913 y 915 es el derecho común: se le da á quien se quiera; el del art. 1,094 es excepcional, y sólo puede darse al cónyuge.

360. Esto nos conduce á la cuestión de si lo disponible excepcional puede concurrir con lo ordinario. Generalmente así se admite. Cuando uno de los cónyuges hace liberalidades, por una parte á su cónyuge y por la otra á extraños, se ejecutan sus disposiciones con la restricción de que el conjunto de ellas no exceda el disponible excepcional, y que las liberalidades hechas á extraños no pasen del disponible ordinario. Tal es la fórmula del principio, en que todos están de acuerdo, pues sólo hay división en cuanto á sus aplicaciones. ¿No probaría la divergencia que hay de opiniones, á pesar de la jurisprudencia constante de Casación, que no es muy cierto el principio? A nuestro juicio, no puede haber en ello verdadero concurso de los dos disponibles. La fórmula misma que acabamos de transcribir implica una contradicción. Se mantienen las disposiciones hechas en favor de extraños y las hechas en favor del cónyuge, cuando reunidas unas y otras no exceden de lo "disponible excepcional" del art. 1,094. ¿No es esto hacer de lo disponible excepcional la regla, en cuanto á que la ley establecería como principio que siempre se puede disponer de ese disponible, mientras que la palabra misma de disponible excepcional, prueba que se trata de una excepción establecida exclusivamente en favor del cónyuge? La relación entre el art. 913 y el 1,094 es, pues, la que hay de la regla á la excepción. ¿Y concíbese que en una misma dis-

1 Es la opinión general (Dallez, núm. 829. Demolombe, t. 23, página 564, núm. 509).

posición se junten la regla y la excepción? ¿Que al mismo tiempo se den el disponible ordinario y el excepcional? No es tal el sistema de la ley. Hay un disponible ordinario, que es la regla; el cónyuge le puede dar á quien él quiera, y puede dividirlo entre sus cónyuges y los extraños: establecido únicamente en favor del primero, no se puede disponer de él sino en favor del mismo. El disponible del art. 1,094 no es, pues, un máximo que el esposo tenga facultad de distribuir como le parezca. Esto es confundir la excepción con la regla. Los arts. 913 y 915 establecen lo disponible de derecho común, del cual dispone cada quien como le parezca; el disponible del art. 1,094, sólo para ser excepcional, no se les puede dar á los consortes. (1)

Objétase que la opinión general forma derecho en la distinción que establece la ley entre la regla y la excepción, puesto que el extraño no puede nunca recibir más que lo disponible ordinario. Vamos á responder á la objeción entrando en los detalles de esta cuestión tan controvertida como difícil. Nuestro fin, como lo hemos dicho antes (número 342), no es oponer un sistema al que de acuerdo admiten los autores y la jurisprudencia; no creemos probar más que una cosa: que la opinión general está fuera de la ley, ella hace la ley y naturalmente cada uno la hace á su gusto.

Núm. 2. Aplicación.

1. En qué sentido y con qué límites puede disponer el cónyuge en favor de su consorte y de un extraño.

361. El art. 913 fija la parte de que se puede disponer en favor de cualquiera persona, cuando el disponente deja hijos, y el art. 915 arregla lo disponible cuando deja des-

1 Grenier, t. 4º, pág. 97, pfo. 554. Grenier dejó esta opinión.

endientes el donante. Ese es el disponible ordinario ó de derecho común. Cada uno puede disponer de él como le parezca; puede, pues, distribuir entre extraños y su consorte, y sus disposiciones se ejecutarán, puesto que las hace dentro de lo disponible. Sin embargo, hay una restricción en esta proposición, y es la de que el cónyuge no puede dar á su consorte el disponible del art. 913, cuando ese disponible es la mitad de los bienes en plena propiedad. Tal es, como lo hemos dicho (num. 348-350), la opinión general. Esto prueba la profunda diferencia que hay entre ambos disponibles, y cuán cierto es que el del art. 1,094 es excepcional. Aunque favorecido por la ley, el cónyuge no puede recibir el disponible ordinario en el caso de que el donante no deje más que un hijo. Luego hay que cuidarse de hacer una regla del disponible del art. 1,094; es, bajo cualquier concepto, una excepción. Cuando deja el cónyuge dos ó más hijos, puede darse el disponible del art. 913 al cónyuge y á los extraños, y, en ese caso, el disponible ordinario está comprendido en el excepcional; se confunden, pues; de modo que nada obsta para que el donante distribuya la parte disponible entre su cónyuge y un extraño.

362. Este principio no es dudoso y su aplicación no ofrece dificultad. El cónyuge no tiene más que un hijo: da á su consorte lo disponible del art. 1,094; es decir, un cuarto en proporción y otro en usufructo: ¿puede dar todavía á un extraño un cuarto en la nuda propiedad? Es evidente que sí. Porque el disponible ordinario es la mitad de los bienes, y en él puede el cónyuge dar á su cónyuge un cuarto de la nuda propiedad y otro del usufructo; quedándole en la primera un cuarto, que puede dar á cualquier extraño; las dos liberalidades reunidas comprenden la mitad de los bienes de que cualquiera puede disponer cuando no deja más que un hijo. Es, pues, el caso de apli

car el art. 913. No se puede decir que concurren dos disponibles aunque el cónyuge donatario reciba el del artículo 1,094, porque ese disponible está comprendido en el del art. 913. Estamos bajo el dominio del derecho común; ambas liberalidades son mantenidas, puesto que se hacen dentro de los límites del ordinario.

Igualmente, si el cónyuge tiene dos hijos, lo disponible ordinario es de un tercio de los bienes, y da á su cónyuge la mitad del usufructo; ¿puede disponer todavía en favor de un hijo? La solución estriba en la estimación del usufructo. Generalmente, como más adelante lo veremos, se admite que el usufructo vale la mitad de la propiedad, de suerte que la donación de una mitad de él equivale á la de un cuarto de plena propiedad. Se resolvió que todavía puede el cónyuge dar á un hijo la diferencia que hay del cuarto al tercio. (1) Esto es indudable. No hay concurrencia de los dos disponibles, puesto que las disposiciones reunidas no pasan del disponible ordinario del art. 913; mas el cónyuge puede dar ese disponible á quien el quiera, con tal que al agraciar á su consorte no exceda de lo disponible del art. 1,094 (núm. 361). Ahora bien, en el caso, el cónyuge no recibió sino lo que podía recibir, la mitad en el usufructo, mitad que es menos elevada que el disponible ordinario, que es de un tercio en la plena propiedad; quedando, pues, una fracción del disponible ordinario que, conforme al derecho común, puede dar el cónyuge á un extraño.

II. ¿Puede dar el cónyuge el disponible ordinario á un extraño y el excepcional á su consorte, en cuanto exceda á lo disponible ordinario?

363. El cónyuge que deja á su madre como heredera

1 Agén, 9 de Enero de 1849 (Daloz, 1865, 2, 106). Grenier, t. 4º, pág. 98, núm. 584.

usufructuaria, da á un extraño los tres cuartos de sus bienes en propiedad; ¿puede todavía dar á su cónyuge otro cuarto en usufructo? Admítase la afirmativa como evidente. El extraño, dicen, no recibió sino lo que podía recibir conforme al derecho común: los tres cuartos; luego no ha lugar á la reducción en virtud del art. 913. En cuanto al cónyuge, recibió una fracción del disponible que su cónyuge le puede dar; el art. 1.094 no queda, pues, violado. Las dos disposiciones reunidas no exceden el disponible más elevado, el del art. 1,094. Podía dar el cónyuge ese disponible á su consorte; ¿qué importa al reservatario que le divida entre el cónyuge y un extraño? No podría quejarse el reservatario sino cuando recibiera el extraño más de lo que puede recibir conforme al art. 915; mas el extraño no recibió sino lo disponible ordinario. Luego se está dentro de la ley, y cuando ésta es clara, dice la Sala de Casación, y sus términos no se prestan á obscuridad ni á equivocación, el juez debe aplicarle tal como está escrita, pues el derecho de reformarla ó modificarla no pertenece más que al legislador. (1)

364. La opinión consagrada por la Sala de Casación fué admitida por los autores y la jurisprudencia. Los autores ni siquiera la discuten ya; la declaran evidente. (2) No debería llamarse evidente una interpretación que fué combatida en Casación por uno de los mejores jurisconsultos que ha ocupado la barra del Ministerio Público. Cuando el que habla es Delangle, es menester siquiera oírle; su requisitoria es un elemento del debate. La reproducimos en substancia, aunque no sea más que por demostrar cuán difícil y dudosa es la cuestión que examinamos. Comienza

1 Denegada, 3 de Enero de 1826 (Daloz, núm. 807). Denegada de la Sala de lo Civil, 18 de Noviembre de 1840 (Daloz, núm. 808), conforme á las conclusiones contrarias de Delangle, Abogado General.

2 Demolombe, t. 23, pág. 579, núm. 517, y los autores que cita.

el eminente magistrado por investigar las razones por que el legislador, después de determinar la reserva de los ascendientes y de los descendientes, así como la parte disponible que les corresponde, hace en seguida una condición aparte para el cónyuge, permitiéndole que dé una parte que generalmente excede de lo disponible ordinario. El favor del matrimonio es el que obligó á los autores del Código á aumentar el disponible del derecho común: "Quisieron que ante la intimidad del matrimonio se doblegara el derecho mismo de la paternidad, tal como la habían arreglado en el art. 915." Es una importante advertencia: mientras que el disponible ordinario está limitado en consideración á los reservatarios, el disponible especial se extiende en consideración al donatario, y tal favor prevaleció al de la sangre; el cónyuge es preferido á los ascendientes y á los descendientes. ¿No prueba esto que el disponible especial del art. 1,094 nunca puede darse más que por el cónyuge á su cónyuge? Concíbese que el derecho de los ascendientes y descendientes sea sacrificado al cónyuge; esto pide el afecto, y es también de deber más imperioso. Pero ¿con qué derecho se haría aprovechar á un extraño de una parte disponible que no fué establecida á favor suyo? "Primero la familia, y después de ella el extraño," dice M. Delangle. Quiere decir, que el ascendiente, en el caso, tiene derecho de quejarse, puesto que se le priva del goce de su reserva y se da el disponible excepcional del art. 1,094, no al cónyuge, sino en parte solamente á él y en parte á un extraño; se sacrifica, pues, el ascendiente á un extraño, cuando, conforme al espíritu de la ley, el ascendiente no debe ceder sino ante el cónyuge.

M. Delangle concluye de aquí que si el disponente llama á un tercero á recibir una parte de los bienes, no está ya en el caso previsto por el art. 1,094; y desde luego adquiere de nuevo toda su fuerza el derecho de los reserva-

tarios. Si se trata de un ascendiente, puede invocar el artículo 915: "Si el ascendiente está obligado á humillarse ante el cónyuge, no le está impuesto ese sacrificio respecto de un extraño." Si tal es el espíritu de la ley, ¿podría ser que dijese otra cosa el texto? ¿En qué capítulo está el artículo 1,094? En uno que se intitula: "De las disposiciones *entre consortes*." Luego el art. 1,094 concierne exclusivamente á los cónyuges. Expresa, en efecto, que el cónyuge que deje ascendientes podrá disponer, en favor de su cónyuge, de la propiedad de todo aquello de que podría disponer en el de un extraño, y, "además," del usufructo de los bienes reservados á los ascendientes. ¿No es decir esto claramente que si el cónyuge quiere disponer en virtud del art. 1,094, esto es, dar el disponible más subido, es menester que le dé por completo á su cónyuge? Luego no puede distribuir ese disponible excepcional entre un cónyuge y un extraño. Esto sería hacer aprovechar de la excepción al extraño á expensas de los reservatarios, cuando la excepción solamente se ha introducido en favor del cónyuge. (1)

Se nos permitirá agregar algunas observaciones acerca de los motivos dados por la Corte de Casación en las dos sentencias que han fijado la jurisprudencia: la sentencia de 1826 invoca la letra del art. 1,094: la demanda, dice la Corte, no opone al texto más que algunas consideraciones; es así que la ley no presenta ni duda ni obscuridad, luego, ateniéndose al texto, las consideraciones, por graves que sean, no podrán jamás prevalecer sobre el texto de la ley. Nos inclináramos ante esta decisión, si el texto fuese tan claro como se pretende. ¿Pero es exacto que el art. 1,094 prevee el caso al que la Corte lo aplica? El art. 1,094 prescribe la cantidad de que un esposo puede disponer en pro-

1 Delangle, Requisitoria (Daloz, núm. 808, pág. 281).

vecho de su cónyuge, y la regla en favor del cónyuge donatario, que priva al ascendiente del goce de su reserva. El texto supone, pues, que el esposo quiere dar á su consorte todo aquello de que puede disponer, en cuyo caso, y en razón de la posición especial del esposo donatario, la ley aumenta el disponible ordinario á los gastos de los ascendientes. Pero, si en lugar de dar á su consorte este disponible excepcional, parte el esposo entre su cónyuge y un extraño, no se encuentra en el caso previsto por el texto; quien da las tres cuartas partes de sus bienes á un extraño y el usufructo de su reserva á su consorte, no usa del derecho que le confiere el art. 1,094, porque no da el disponible excepcional á su consorte, y entra en la regla, porque no está en el caso de la excepción. El ascendiente puede, pues, invocar contra estas disposiciones el art. 915 y puede decir: Mi reserva es de la cuarta en plena propiedad, pudiendo ser reducida á la nuda propiedad, cuando el donador dispone en provecho de su consorte, de tres cuartas en propiedad y de la otra cuarta de reserva en usufructo; pero cuando da las tres cuartas en propiedad á un extraño y dispone en provecho de su cónyuge del usufructo de los bienes reservados, no puede invocar el espíritu de la ley, porque no está comprendido en el texto, pues éste supone una liberalidad hecha en favor del consorte, liberalidad que excede el disponible ordinario en razón de la posición del cónyuge donatario; y el espíritu de la ley implica que el disponible ordinario no basta y que debe extenderse hasta ponerlo en armonía con las necesidades del cónyuge superviviente. ¿Qué es lo que hace el esposo donador? En lugar de dar á su consorte las tres cuartas en propiedad, las da á un extraño; es decir, que no tiene necesidad de un disponible excepcional, pues puede dar á su consorte las tres cuartas, bastándole el disponible ordinario. ¿De qué derecho se vale? ¿Del disponible ordinario,

cuando no dispone de él en provecho de quien se ha establecido? Así, pues, el art. 1,094 no tiene aplicación, y, por lo mismo, la tiene el art. 915.

366. La sentencia de 1840 dictada, sobre las conclusiones contrarias de M. Delangle, responde á la argumentación de requisitoria; pero, á nuestro entender, la respuesta está lejos de ser decisiva. La Corte reconoce que el artículo 1,094 da una extensión al disponible ordinario en favor del consorte; extensión puramente personal y de la cual ningún extraño puede aprovecharse; pero, dice, no se sabrá deducir de aquí que el esposo que dispone en favor de un extraño, del disponible de que trata el art. 915, y en favor de su consorte, del usufructo de los bienes reservados á los ascendientes, hace aprovechar al extraño de esta extensión, puesto que el extraño no recibe más que el disponible del art. 915. Según nos parece, la Corte sienta mal la cuestión, pues se trata de saber si el esposo puede partir el disponible del art. 1,094 y dar las tres cuartas en propiedad á un extraño, y á su consorte el usufructo de la cuarta reservada; pero el art. 1,094 no concede este derecho á los esposos, pues en vista de una posesión especial establece un disponible, permitiendo privar al ascendiente del goce de los bienes que le están reservados. Si el esposo donatario no tiene necesidad de este disponible especial, bastándole una cuarta en usufructo, el esposo donador no tendrá el derecho de invocar el art. 1,094 que creó este disponible especial, y, por lo tanto, no estando en el caso de la excepción, entra en la regla del art. 915, y el ascendiente tiene el derecho de realizar el art. 1,094 y de valerse del art. 915. ¿Qué importa al ascendiente, dice la Corte, que el esposo disponga en favor de su consorte de todo el disponible del art. 1,094, ó que dé á un extraño el disponible ordinario y á su consorte el usufructo de la reserva, puesto que estas disposiciones producen, respecto

de él, el mismo efecto, y que en ambos casos se encuentra privado del usufructo de la porción que le está reservada? Nosotros respondemos que esto importa mucho, pues el ascendiente no puede reclamar cuando sus derechos son sacrificados á un derecho más poderoso que el suyo, cual es el del consorte; pero sí puede reclamar justamente si el esposo donador parte el disponible del art. 1,094, dando la mayor parte á un extraño; esto es, á un extraño que lo sacrifica. Esto decide la cuestión contra el sistema de la Corte de Casación.

367. La misma cuestión se presenta cuando el esposo donador deja descendientes, pudiendo, en este caso, dar á su cónyuge una cuarta en propiedad y otra en usufructo. Se supone que el muerto deja cuatro hijos y que lega á uno de ellos la cuarta en propiedad, por mejora, y á su consorte la cuarta en usufructo. La Corte de Casación acepta las dos liberalidades, por la razón de que las dos disposiciones reunidas no exceden del disponible más alto, según el art. 1,094, que el hijo legatario por mejora no recibe más que el disponible ordinario, es decir, el cuarto de los bienes, y que el cónyuge no recibe tampoco más que lo que el donador tenía derecho de darle. (1) A nuestro modo de ver, se debe aplicar el art. 913 y no el 1,094, porque, en efecto, los hijos reservatarios pueden decir que su reserva es de tres cuartas partes en absoluta propiedad, y que su padre no puede reducirles su reserva disponiendo en provecho de su consorte, sino en tanto que hace uso del derecho que le concede el art. 1,094; es decir, dándole una cuarta en propiedad y otra en usufructo. Si se limita á dar á su consorte un cuarto en usufructo, es porque éste no se encuentra en la posición por la cual el legislador aumentó el disponible ordinario, pues si una cuar-

1 Resolución de la Sala Civil, 9 de Noviembre de 1846 (Daloz 1846, 4, 402). Casación, 8 de Mayo de 1864 (Daloz, 1864, 1, 173).

ta en usufructo le basta, el esposo donador no tiene necesidad del disponible excepcional del art. 1,094; bastándole para esto el disponible ordinario, puesto que el donador podía dar á su cónyuge una cuarta en propiedad plena, en tanto que no le ha dado más que una cuarta en usufructo; habiendo, pues, lugar para aplicar el art. 913. Los hijos deben sufrir una reducción de su reserva cuando están enfrente del cónyuge; pero cuando están en unión de un extraño y del cónyuge, pueden invocar el derecho común del art. 913. Inútilmente se objetaría que las dos disposiciones reunidas no exceden del disponible del artículo 1,094, pues los hijos responderían que éste no es el disponible del art. 1,094, que es la regla, sino el disponible ordinario del art. 913; el 1,094 creó un disponible excepcional para una posición excepcional, pues el legislador permite legar al cónyuge el goce de la mitad de la fortuna del donador, á fin de que el sobreviviente no decaiga de la posición que ocupaba en vida de su consorte; y si el cónyuge que sobrevive se encuentra en un estado de fortuna tal, que necesita el uso de este disponible especial, los hijos no podrán reclamar, pues hay un derecho más sagrado que el suyo, cual es el del consorte, ya sea su padre ó su madre. Pero cuando el esposo no juzga necesario dar á su consorte el disponible excepcional, no puede disminuir la reserva de sus hijos, disponiendo de un cuarto en propiedad en provecho de un extraño, y de uno en usufructo en provecho de su consorte, porque esto no es usar del art. 1,094, sino abusar para lesionar los derechos de los reservatarios, ó, para mejor decir, no se encuentra en la excepción del art. 1,094, sino en la regla del 913.

III. Inconsecuencia de la jurisprudencia y de la doctrina.

368. La jurisprudencia y la doctrina admiten, en principio, el concurso del disponible ordinario y del disponi-

ble excepcional del art. 1,094, pero dejan de estar de acuerdo cuando se trata de aplicar el principio. Cuando el esposo comienza por dar el disponible ordinario á un extraño, se le permite todavía dar á su cónyuge el disponible excepcional, siempre que exceda del disponible ordinario. Pero si el esposo dispone desde luego del disponible del artículo 1,094 en provecho de su consorte, ¿puede dar todavía á un extraño lo que resta de este disponible? Hé aquí el caso en que la cuestión se presentó desde luego ante la Corte de Casación: uno de los futuros esposos da al otro, por contrato matrimonial, el usufructo de la mitad de los bienes que dejará á su muerte, disposición que es muy frecuente; después da á uno de sus hijos un cuarto en nuda propiedad y, por último, muere dejando tres hijos. La disposición de la cuarta en nuda propiedad, ¿puede concurrir con la disposición de la mitad en usufructo? Nó, dice la Corte de Casación; el esposo donador, al dar la mitad en usufructo á su consorte, ha dispuesto del disponible del artículo 1,094, y aunque es verdad que puede darle además un cuarto en nuda propiedad, no lo ha hecho. ¿Puede dar este cuarto á un extraño? Nó, porque sería disponer, en provecho de un extraño, del excedente del disponible que el legislador ha establecido en provecho exclusivamente del esposo. No siendo aplicable el disponible excepcional del art. 1,094, debe atenderse á la regla general del artículo 913. El esposo donador que deja tres hijos no puede disponer más que de la cuarta; ha dado ya la mitad en usufructo, que equivale á la cuarta en plena propiedad; luego ha dispuesto del disponible del art. 913, y, por consiguiente, no puede dar un cuarto, en nuda propiedad, á un extraño. Inútilmente diría el extraño que resta un cuarto en nuda propiedad sobre el disponible del art. 1,094, pues la Corte de Casación responde que dicho artículo contiene una legislación especial limitada á las ventajas entre esposos, y

que únicamente uno de éstos podría prevalerse, en el caso de que la donación que le aprovecha sea posterior á la que fué hecha á un extraño. Esta decisión, añade la Corte, también se funda en razón, pues los hijos no pueden quejarse cuando se disminuye su reserva en provecho del cónyuge, porque éste es su padre ó su madre, y ellos recibirán, á la larga, los bienes de que momentáneamente han sido privados en la sucesión del padre ó de la madre favorecidos, en tanto que si el disponible excepcional es legado á un extraño, los hijos pierden esos bienes. (1)

Tales son los motivos de la sentencia dictada por la Sala de Súplica. Las cortes de apelación se habían pronunciado en favor del concurso de dos disponibles; el debate fué llevado ante la Sala Civil, que consagra la opinión contraria, y no han cesado de casar todas las decisiones que mantenían las disposiciones hechas en virtud del art. 1,094 en favor del consorte desde luego, y en favor de un extraño después. La Corte dice, en el caso de disposiciones hechas sucesivamente en provecho del cónyuge y de un extraño, lo que nosotros hemos dicho acerca de la cuestión de principio: desde el momento en que el esposo no dispone de todo el disponible del art. 1,094 en favor de su consorte, no se encuentra en el caso del artículo citado, y la cuestión se debe decidir según el derecho común del artículo 913. Así, pues, el que deja tres hijos á su muerte, no puede disponer más que de una cuarta; las otras tres son reservadas á los hijos, y esta reserva no puede ser perjudicada más que por las liberalidades que haya hecho el difunto en provecho de su cónyuge, en virtud del artículo 10,94, y solamente en su favor puede extenderse el disponible ordinario, pues es un privilegio especial limitado al esposo, y que, por consiguiente, no puede aprovechar unas que á él sólo y jamás debe regir contra los hijos, para

1 Resolución, 7 de Enero de 1824 (Daloz, núm. 856).

la fijación de su reserva, ya sea entre ellos ya respecto de extraños. La Corte de Montpellier, á la que se envió el negocio, dictó una sentencia conforme y fué revocada, pues la Corte de Casación, en esta nueva sentencia, mantiene su jurisprudencia que ha quedado invariable; fundándose siempre en el art. 913 para descartar el art. 1,094, que no puede ser invocado más que por el esposo. (1)

369. Las numerosas sentencias de Casación dictadas en esta materia, atestiguan una viva resistencia por parte de las cortes de apelación, contra una jurisprudencia que data de 1824, (2) y aunque la mayor parte de ellas han acabado por ceder, hay, sin embargo, algunas que mantienen su opinión, (3) pero los litigantes acaban por enfadarse de una lucha en la cual están seguros de sucumbir, y, como dirémos adelante, las partes interesadas han preferido volver á la jurisprudencia, que combatirla. La mayor parte de los autores se han pronunciado contra la jurisprudencia de la Corte Suprema. (4) Nosotros creemos que la Corte de Casación ha juzgado bien, y nuestros motivos los hemos expuesto antes que establecer el principio. Muchas veces, y aqui hay un reproche que los autores hacen con justicia á la Suprema Corte, es inconsecuente, pues admite el concurso de dos disposiciones cuando el esposo, después de haber dispuesto en favor de un extraño,

1 Casación, 24 de Julio de 1839. Resolución, 22 de Noviembre de 1843 (Dalloz, núm. 857); dos sentencias de Casación, de 4 de Agosto de 1846, sobre las conclusiones conformes de Delangle (Dalloz, 1846, 1, 382). Casación, 27 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1849, 1, 37), 11 de Enero y 2 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 17). En el mismo sentido, la resolución de la Corte de Casación de Bélgica, de 24 de Diciembre de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 31).

2 Véanse las citaciones en la Colección de Dalloz, 1853, 1, 17, y 1854, 2, 99.

3 Demolombe, t. 23, pág. 601, núm. 525, y las autoridades que cita.

4 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 614, nota 19, pfo. 689, y los autores que allí son citados en pro y en contra.

da el excedente del disponible del art. 1,094 á su consorte y rechaza el concurso cuando después de haber dado á su cónyuge, el esposo da á un extraño en los términos del artículo 1,094, pero excediendo los del art. 913. Tal es la intención fundada únicamente en la fecha de las dos liberalidades, que los autores atacan como plagadas de inconsecuencias, y en lo cual nosotros creemos que tienen razón.

La distinción precisamente está formada en una sentencia de 1849: dos esposos se habían hecho donación mutua, por contrato de matrimonio, de la mitad de sus bienes en usufructo, por el que primero muriera, al superviviente, y la mujer murió después de haber hecho un testamento por el que legaba á sus hijos mayores y menores, la totalidad de los bienes de que podía disponer conforme á la ley, y las dos disposiciones fueron mantenidas por la Corte de París; la última hasta la concurrencia del cuarto en nuda propiedad, y las dos liberalidades no excedían del disponible del art. 1,094. La sentencia fué casada. La Corte de Casación admite que las dos liberalidades, hechas por un mismo acto, pueden extenderse hasta el disponible más elevado del art. 1,094; y todavía admite este concurso cuando la última liberalidad es hecha en provecho del cónyuge, pues dice la Corte que este aumento está autorizado como un favor personal al esposo, que es el único que puede prevalecerse, en los dos casos, del beneficio del art. 1,094. Pero la acumulación de dos disponibles, hasta la concurrencia del más grande, no podría tener lugar cuando la disposición excepcional en provecho del esposo, permitida por el art. 1,094, ha precedido á la prevista por el art. 913. En efecto, toda donación, cualquiera que sea el donatario, se aplica de pleno derecho sobre la cuota ordinaria, conforme al principio general; de modo que si la cuota disponible del art. 913 se encuentra absorbida por

la liberalidad hecha al consorte, el derecho del donador se nulifica respecto de todas las otras, quedando únicamente el del cónyuge. En el caso, el esposo había agotado su disponible ordinario, dando á su consorte la mitad de sus bienes en usufructo, cuya liberalidad equivalía á una cuarta en propiedad; y posteriormente, por el número de hijos que dejó, su disponible ordinario no era más que la cuarta en propiedad; habría podido dar todavía un cuarto en nuda propiedad á su consorte, pero no á un extraño, puesto que á un extraño no le podía dar más que el disponible ordinario del art. 913, y había agotado todo disponible. (1)

Así, pues, la doctrina de la Corte de Casación tiene por única base la fecha de las liberalidades, pues que admite el concurso de dos disponibles cuando las dos disposiciones hechas en provecho del cónyuge y de un extraño, se encuentren en un mismo acto, ó que la donación hecha separadamente en provecho del cónyuge, sea la última, y rechaza el concurso cuando la última disposición es la hecha en beneficio de un extraño. ¿Esta distinción está fundada en los textos ó en los principios? Los autores la niegan, pues dicen que debe admitirse el concurso en todos los casos, siempre que el donador no se exceda del disponible más alto, y que el extraño no reciba más del disponible del art. 913, ó que debe realizarse en todos los casos. Como la Corte de Casación admite el concurso cuando las disposiciones son simultáneas, ó cuando la que se hace en provecho del esposo es la última, habría debido admitirse también cuando la liberalidad hecha en provecho del esposo sea la primera. En efecto, si los dos disponibles pueden concurrir; si el esposo puede disponer, por entero, del disponible más alto del art. 1,094 en favor del cónyuge y en favor de un extraño, no hay razón para que

1: Casación, 7 de Marzo de 1849 (Dallez, 1849, 1, 95).

no pueda dar su disponible más alto en todos los casos. No puede disponer, dice la Corte, más que en provecho del cónyuge, y aunque ésta es nuestra opinión, sin embargo, conviene ser consecuente y decidir, como la hace M. Delangle, que el esposo jamás puede dar la cuota más alta, sino á su cónyuge, y que no puede, como habíamos dicho, dividir este disponible entre su consorte y un extraño, porque sería, en definitiva, hacer aprovechar al extraño, con perjuicio de los reservatarios, de un disponible excepcional que no se ha establecido más que en beneficio del cónyuge, pues le aprovecha desde que hay concurso, cualquiera que sea la fecha de las liberalidades en el sentido en que, en todo caso, los reservatarios se encuentran reducidos por la presencia de un extraño y de un cónyuge, cuando la ley no permite reducir su reserva más que por una donación hecha al esposo. Nuestra conclusión es que la Corte de Casación, para ser consecuente, debería rechazar en todos los casos los concursos de dos disponibles; y los autores, por el contrario, dicen que para ser consecuente debería admitirla en todos los casos. (1)

370. El sistema consagrado por la jurisprudencia ha dado lugar á una dificultad acerca de la cual la Corte de Casación ha vacilado, pues ésta admite el concurso cuando la disposición hecha en favor de la mujer es la última. ¿Qué debe decirse si las disposiciones son hechas en un mismo acto, pero por medio de cláusulas separadas: son simultáneas ó sucesivas? En una excelente memoria presentada á la Corte de Casación, el consejero Mesnard alegaba que la sentencia de 9 de Noviembre de 1846 parecía tener en cuenta el orden en que se encontraban escritas, en el mismo acto, las dos liberalidades, y no es difícil re-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 615, nota 29, pfo. 689. Demolombe, tomo 23, pág. 603, núms. 526 y 527. Compárese lo que Troplong dice en favor de la jurisprudencia, núm. 2,599 (t. 2º, pág. 439).

futar esta distinción tan contraria al buen sentido y á la equidad. Los términos en que se expresa, aun hacen pensar que no estaba muy convencido de que el sistema de la Corte, fundado en la diferencia de fechas de las dos disposiciones, fuese conforme á los verdaderos principios. Nosotros transcribimos la memoria, que es uno de los elementos del debate que todavía no ha recibido una solución definitiva:

“Que la condición de fecha sea determinante cuando las disposiciones sean hechas en actos separados, *bien podía admitirse*, puesto que es, actualmente, la base de nuestra jurisprudencia acerca de esta cuestión; pero cuando las dos liberalidades, en lugar de resultar de dos actos separados, hayan sido escritas en el mismo acto, *eodem tempore, eodem contextu*, ¿convendrá dejarse preocupar por la cuestión de prioridad, é investigar minuciosamente, en este acto, cuál de las dos liberalidades ha sido hecha primero, de la boca ó de la pluma del testador? ¿Será conveniente que algunos minutos ó algunas líneas de intervalo basten para determinar la suerte de las liberalidades? ¿La cuota más alta será ó no disponible, según que se haya comenzado en el acto por nombrar al cónyuge ó al hijo?... ¿Un gran principio de derecho y sus grandes consecuencias, podrían quedar así, á merced de una caprichosa colocación de sílabas y del accidente más vulgar? Bien; pero era decidir que *la prioridad de la disposición* determinada por la fecha del acto separado que contiene esta disposición, *bastara para decidir de la suerte ó de la extensión de una disposición posterior*. Vosotros preguntaréis si debe llevar el rigor de este sistema hasta el extremo de ver nada más la simultaneidad en las cláusulas de un mismo acto y de hacer esfuerzos para separar, por intervalos de tiempos, frecuentemente arbitrarios, disposiciones esencialmente contemporáneas, ó á las cuales no se puede asignar otro elemento de anterior-

ridad relativa, que el momento fugitivo, empleado por el testador para manifestar ó expresar su voluntad.”

La Corte de Casación dictó una sentencia en el sentido de la memoria; (1) pero ¿no es ésta una crítica del sistema de la Corte, que no tiene otra base que la distinción de fechas en las que las dos liberalidades han sido hechas? ¿Las diferentes fechas pueden mudar lo disponible? No depende lo disponible, en esta materia, del número de los reservatarios, sino de la cualidad de los donatarios. ¿Esta cualidad cambia según que uno de los donatarios es agraciado antes ó después que el otro?

371. Si la jurisprudencia es inconsecuente, en cambio la doctrina es incierta, y las nuevas teorías de Benech han contribuido á volver incierta una materia de suyo difícil, porque el legislador ha descuidado resolver las dificultades que presenta. Antes hemos dicho que la jurisprudencia y la mayor parte de los autores han rechazado las innovaciones que proponía el ingenioso autor en cuanto al monto del disponible. Benech tiene también su teoría acerca del concurso de dos disponibles. Nosotros debemos limitarnos á hacer mención de ella; algunos autores la han adoptado, otros la combaten ó no la tienen en cuenta para nada, y lo cierto es que no ha entrado en la jurisprudencia. Sería aumentar la obscuridad que reina acerca de lo disponible, exponer, para combatirla, una opinión que casi no ha encontrado eco, pues ya hay bastantes controversias inevitables, pudiendo dispensarse de crear fantasías que se perpetúan en el seno de la escuela, sin ninguna ventaja para la ciencia.

Hé aquí la distinción propuesta por Benech y adoptada por Demolombe: cuando la disposición tiene por objeto un

1 Resolución, 20 de Diciembre de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 14). y Resolución, Sala Civil, 12 de Julio de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 164). Compárese á Troplong, t. 2º, pág. 433, núms. 2,606 y 2,607).

derecho de propiedad, debe recaer sobre el disponible ordinario del art. 913 y lo disminuye ó lo agota de modo que si el esposo hace una liberalidad en favor de un extraño, será reductible ó nula. Si, por el contrario, la disposición es hecha en usufructo, debe ser impuesta sobre el disponible especial del art. 1,094 y, por consiguiente, la cuota disponible en propiedad del art. 913 queda intacta. (1) Los editores de Zachariæ han refutado esta distinción, que Proudhon ya había tratado. Nosotros enviamos al lector á la obra de MM. Aubry y Rau (2) y no agregamos más que una palabra: Se concibe que el disponible varíe según la cualidad y el número de los reservatarios, lo cual constituye el derecho común formulado por los arts. 913 y 915; se concibe también que el disponible ordinario sea modificado por favor para el donatario, y éste es el disponible excepcional del art. 1,094, establecido en favor del cónyuge; pero de ningún modo se comprende que el disponible varíe según que el donador disponga en propiedad ó en usufructo. ¿Pues qué el usufructo no tiene también su valor como la propiedad? Se ha criticado la opción que el art. 1,094 da al esposo, y que está basada en la distinción entre la disposición en usufructo y la disposición en propiedad. ¿Qué sería si se transformase en regla esta anomalía? Esto es lo que ha hecho Benech, y, á nuestro juicio, lo dicho basta para rebatir su opinión.

§ V.—DE LA REDUCCIÓN.

Núm. 1. Principio.

372. El art. 1,094 establece un disponible excepcional. Si este disponible es excedido, las liberalidades serán nu-

1 Benech, págs. 260 y siguientes. Demolombe, t. 23, pág. 587, número 521.

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 615, nota 20, pfo. 689.

las ó reductibles? No teniendo hijos un esposo, da á su consorte todos sus bienes y muere dejando hijos. Se ha pretendido que la disposición es absoluta y enteramente nula, la cual es opinión de los autores de las "Pandectas Francesas" y ha quedado aislada, pues el error es evidente. El Código contiene reglas generales acerca de la cuota disponible y acerca de la reducción de las liberalidades que la excedan, y deroga en seguida el derecho común en lo relativo á la cantidad de bienes de que el esposo puede disponer en favor de su cónyuge; pero no deroga los principios que rigen la reducción. Estos principios, generales de su naturaleza, reciben su aplicación en todos los casos en que el disponible, cualquiera que sea, haya sido excedido por el donador. ¿Qué importa que éste haya excedido el disponible excepcional ó el ordinario? Las liberalidades excesivas, en uno y en otro caso, estarán sujetas á reducción: esto es lo que dice el art. 920, que ordena: "Las disposiciones, sean entre vivos ó por causa de muerte, que excedieren de la cantidad disponible, serán reductibles á dicha cantidad, al tiempo de la apertura de la sucesión." Esta disposición, general de su naturaleza, se aplica tanto al disponible excepcional como al ordinario, y el lugar que ocupa el art. 1,094 no podrá hacer diferencia á este respecto. Si la clasificación del Código fuese lógica, el artículo 1,094 habría debido ser colocado en la sección I del capítulo III; pero el Código no es un manual; así, pues, importa poco el orden en que estén colocadas las diversas disposiciones, pues el disponible queda siempre disponible, y, por consiguiente, si es excedido ó absorbido, habrá lugar á reducir las liberalidades excesivas, y la reducción está regida por los principios generales de derecho. (1)

373. Por lo general, las donaciones entre esposos se hacen

1 Grenier, t. 3º, pág. 437, núm. 450, y todos los autores. Resolución, Sala Civil, 12 de Julio de 1848 (Daloz, 1848, 1, 164).

por contrato matrimonial, y si estas liberalidades exceden del disponible, ó le absorben, los esposos no pueden dar nada á un extraño, ni siquiera á un hijo común; sin embargo, el deseo de favorecer el establecimiento de los hijos conduce á los padres á hacerles donaciones. Se pregunta si el esposo donatario puede renunciar, en favor de los hijos, al beneficio de la liberalidad que le ha sido hecha, y la cuestión supone que se trata de una donación de bienes futuros, ó de cualquier donativo de supervivencia, respondiéndola nosotros de antemano: en tanto que el donador vive, el donatario no tiene más que un derecho eventual sujeto á caducidad en el caso de morir antes; renunciar á un derecho de sucesión antes de la apertura del derecho, es celebrar un convenio sobre una sucesión futura; es así que la ley prohíbe severamente los pactos sucesorios (número 225), luego la renuncia de un derecho de supervivencia no puede hacerse más que después de la apertura del derecho, y sería nula si el esposo donatario la renunciase en vida del donador, aun cuando ésta se hiciera en el contrato matrimonial del hijo. Después de la muerte del donador, puede el donatario aceptar ó renunciar la liberalidad; si la acepta, no puede retractarse de su aceptación, pues toda renuncia posterior sería inoficiosa; pero si no la acepta, puede renunciar y entonces se presenta la cuestión de saber á quién aprovecha la renuncia. Esta aprovecha á los donatarios posteriores y á los legatarios, y de ningún modo á los herederos *ab intestato*. Esto es lo que hemos dicho respecto de la caducidad de la institución que se hace fuera de contrato (núm. 246), y en este sentido está la jurisprudencia.

Se ha juzgado en principio, que cuando el cónyuge renuncia á las ventajas que le reporta su contrato matrimonial, la cantidad disponible del esposo donador queda entera en favor de los donatarios, y muy particularmente

de los hijos que el cónyuge ha dotado. (1) La Corte de Riom ha hecho aplicación de este principio en el siguiente caso: un esposo hizo á su consorte, por contrato matrimonial, una donación que agotaba el disponible ordinario del art. 913; según la jurisprudencia de la Corte de Casación, ya no podía hacer liberalidad á uno de sus hijos; la donación ulterior que el mismo esposo hizo á uno de sus hijos, por mejora, era nula puesto que para un extraño no tenía nada disponible. En el caso, el esposo donatario renuncia una parte de su ganancia de supervivencia, con el objeto de hacer válida la liberalidad hecha en favor del hijo, y se ha juzgado que la liberalidad consentida en provecho del hijo vuelve á adquirir su fuerza hasta la concurrencia de la fracción del disponible, que queda libre por esta renuncia. (2)

Se presentó otro caso más complicado: un esposo da, por contrato de matrimonio, la mitad en usufructo de sus bienes á su cónyuge; en seguida, lega este mismo usufructo en un testamento, en el cual le da, además, una suma de 5,000 francos y lega á uno de sus hijos la nuda propiedad del cuarto de sus bienes. El cónyuge donatario podía atenerse á esta donación y repudiar el legado, y, en este caso, el legado hecho al hijo era nulo en virtud de la jurisprudencia de la Corte de Casación, porque la donación hecha al cónyuge sobrepujaba al disponible ordinario del artículo 913; pero el esposo donatario no tenía ningún interés en tomar esta parte, y estaba, por el contrario, interesado en aceptar el testamento, puesto que así tenía la misma ventaja, y, además, un legado de 5,000 francos. Por un lado, renunciando á la donación, el esposo donatario devol-

1 Donai, 4 de Mayo de 1865 (Dalloz, 1867, 1, 502).

2 Riom, 6 de Mayo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 207). Compárese Burdeos, 5 de Febrero de 1844, y Agén, 22 de Abril de 1844 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones*, núm. 817, 2º).

vía á su cónyuge la libre disposición de la cantidad disponible, y podía dar, en virtud de la jurisprudencia, á su cónyuge, el usufructo de la mitad de sus bienes, y á su hijo el cuarto en nuda propiedad. Resta saber si el esposo donatario tenía el derecho de hacer esta elección y de revalidar así un legado que habría sido nulo si hubiese aceptado la donación. Se ha pretendido que la renuncia del esposo donatario estaba hecha en contra de la ley, y la Corte de Casación la juzgó válida. En el caso, el esposo donante no había excedido el disponible del art. 1,094, puesto que habría podido dar á su cónyuge una mitad en usufructo, y, además, un cuarto en nuda propiedad; y ni siquiera habría agotado el disponible ordinario, que era del tercero en plena propiedad, el donador que haya dejado dos hijos, pues podía disponer todavía, ya fuese en favor de su cónyuge, de un cuarto en nuda propiedad, ya en favor de uno de sus hijos, de la diferencia entre una mitad en usufructo; es decir, un cuarto en plena propiedad y el tercero de sus bienes. La Corte concluyó que nada le impedía arreglar nuevamente su sucesión por un testamento en el que dispusiera del más grande disponible en favor de su cónyuge y de uno de sus hijos, lo cual está autorizado por la jurisprudencia. En cuanto al cónyuge donatario, como era heredero contractual, podía renunciar su derecho. Esta renuncia era válida, de lo cual resulta que podía aceptar el legado y que tenía interés en aceptarlo; es así que quien hace lo que tiene interés y derecho para hacerlo, no puede ser acusado de haber defraudado la ley, (1) luego éste es un medio de eludir la jurisprudencia, revalidando una liberalidad que aquélla declara nula; pero, en el caso, no puede decirse que la ley hubiese sido violada.

374. De aquí se deduce que los reservatarios no tienen
1 Rejet, 3 de Junio de 1863 (Daloz, 1864, 1, 32).

la acción de reducción, cuando el consorte renuncie á la donación hecha en su favor si la reserva de aquéllos queda entera tal cual está determinada por el art. 913. En efecto, no tienen derecho de proceder, más que cuando las liberalidades excedan del disponible y perjudiquen su reserva (art. 920), é inútilmente se alegaría que cuando el esposo ha dado á su cónyuge el disponible del art. 1,094, las liberalidades que haga posteriormente sean nulas y que no puede depender del cónyuge donatario invalidarlas ó revalidarlas. Esto último sería verdad, si las liberalidades fuesen nulas; pero son simplemente reductibles, y, por consiguiente, los hijos reservatarios no pueden proceder contra ellas sino cuando sean excesivas. Todavía se ha objetado que la renuncia del consorte constituye una ventaja indirecta en favor de aquel de los hijos que es donatario, y que la donación se hace eficaz por consecuencia de dicha renuncia, lo cual es verdad; pero la cuestión no puede ser resuelta sino hasta después de la muerte del cónyuge renunciante, puesto que únicamente por su muerte se esclarecen los derechos de los hijos sobre su sucesión. (1)

375. ¿Quién puede pedir la reducción? El art. 921 dice que la reducción no puede pedirse más que por aquellos en beneficio de quienes la ley ha hecho la reserva, y que los donatarios y legatarios no pueden pedirla ni aprovecharla. ¿Es aplicable este principio en el caso en que el esposo ha dispuesto del disponible del art. 1,094 en favor de su cónyuge y de un extraño, sin perjudicar la reserva del hijo? La jurisprudencia está dividida. Se ha opinado que el art. 921 no debe recibir su aplicación más que en el caso del art. 913, pero que no podría ser lo mismo en el caso del art. 1,094; y en efecto, dice la Corte de París, el prin-

1 Tolosa, 15 de Abril de 1842. Burdeos, 5 de Febrero de 1844. Agón, 22 de Abril de 1844 (Dalloz, núm. 844, 1º y 2º).

cipio del art. 921 está fundado en el principio general de que el interés es la medida de las acciones. De aquí se sigue que los herederos reservatarios sólo pueden pedir la reducción en el caso del art. 913, puesto que su reserva ha sido mermada, y que la acción de reducción tiene por objeto completarla; por el contrario, en el caso del art. 1,094, los reservatarios están fuera de causa, puesto que se supone que su reserva está intacta; los donatarios y legatarios pueden entonces pedir la reducción, porque tienen interés en hacerlo. (1)

La Corte de Burdeos ha juzgado, en sentido contrario, que la acción de reducción es personal al hijo reservatario, y que ninguna otra persona, cualquiera que sea su interés, puede ejercitarla, ni aun aprovecharla cuando es ejercida. (2) Esta decisión no ha prevalecido, pues la Corte de Casación ha juzgado que los donatarios y legatarios pueden deducir la reducción, en el caso del art. 1,094, aunque el hijo no podría deducirla, puesto que su reserva no ha sido perjudicada; y ésta es la opinión enseñada por los autores. (3) A decir verdad, la acción de reducción que los donatarios ó legatarios intentan en el caso previsto por el art. 1,094, no es una acción de reducción, porque ésta, propiamente dicha, se deduce cuando es menoscabada su reserva, y en el caso presente, la reserva está intacta. Si se perjudicase la reserva, se vendría á dar al caso del art. 921 y únicamente los reservatarios tendrían derecho para proceder; (4) y en el caso del art. 1,094, la cuestión no se agita más que entre los donatarios y legatarios. Hé aquí el caso presentado ante la Corte de Casación: un esposo hizo

1 París, 10 de Diciembre de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 106).

2 Burdeos, 2 de Abril de 1852, y 7 de Diciembre de 1858 (Dalloz, 1863, 2, 125).

3 Durantón, t. 8º, pág. 359, núm. 327. Troplong, t. 2º, pág. 431, núm. 2,586. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 577, nota 3, pfo. 685.

4 Casación, 5 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 1, 372).

donación, por contrato matrimonial, á su cónyuge, del usufructo de todos sus bienes; la donataria murió dejando un solo hijo y varios testamentos por los cuales legaba á su marido la plena propiedad de los bienes provenientes de la sucesión de su padre, y la plena propiedad de su parte en los beneficios de sus gananciales; dejando, además, legados particulares en favor de diversas personas. La donación y los legados excedían las cuotas disponibles fijadas por los arts. 913 y 1,094, y se suscitó una cuestión entre el cónyuge y los otros legatarios sobre la reducción de la donación y de los legados. No se disputaba la reserva del hijo puesto que él tenía derecho á la mitad de los bienes y ninguna persona hubiera pensado atacar ese derecho, sino que los legarios pedían la reducción de las liberalidades hechas al cónyuge y pretendían tener derecho para obligar al cónyuge á limitarse al disponible del artículo 1,094, y el cónyuge oponía á los legatarios el artículo 921; pero esta excepción no fué admitida por la Corte y el Abogado General explica muy bien por qué no era aplicable el art. 921. En el caso de este artículo la lucha se entabla entre el disponible y la reserva; y como el reservatario es el único que tiene derecho é interés en mantener su reserva intacta, se comprende que los donatarios y legatarios no tienen carácter para exigir la reducción de una disposición que no perjudica más que al heredero reservatario. En el caso, la reserva estaba asegurada y la cuestión existía entre los dos disponibles: el general del artículo 913 que comprende la mitad de los bienes en propiedad y el disponible especial del art. 1,094 que no comprende más que el cuarto en propiedad y el cuarto en usufructo, ó solamente la mitad en usufructo. Los legatarios extraños solamente tenían derecho al disponible más amplio, y para ejercitar su derecho, debían limitar al cónyuge, que no tenía derecho más que al disponible más corto,

en los límites de este disponible. Esto no era deducir la reducción, puesto que la reserva estaba fuera de causa, sino pedir la distribución de dos disponibles, y el derecho de los legatarios, á este respecto, era el mismo que el del cónyuge. Desde luego conviene no atender al art. 921 y atribuir á cada parte interesada su parte en el disponible. (1) Más adelante diremos cómo se hizo la partición (número 380).

Núm. 2. Cómo se hace la reducción.

I. Valuación del usufructo.

376. Hemos citado muchas conclusiones de resoluciones judiciales que valúan el usufructo en la mitad de la propiedad, y se ha disputado este derecho á los tribunales. La Corte de Casación de Bélgica ha rechazado esta singular pretensión. Cuando las liberalidades, en lugar de consistir en una cantidad de bienes del que dispone, tienen por objeto un usufructo ó una renta vitalicia, es indispensable valuarlas tomando por base una unidad de valor que no puede ser más que la plena propiedad. La ley no tiene necesidad de dar este derecho á los jueces, que lo tienen por la fuerza de las cosas, porque no pueden decidir las controversias que les someten sino cuando proceden de esta valuación. Conviene que ellos hagan constar si las disposiciones exceden ó nó de la cantidad disponible; es así que el disponible general está fijado en propiedad, luego cuando se trate de saber si las liberalidades hechas en usufructo exceden ó nó de este disponible, deben, necesariamente, valuarle en plena propiedad. (2)

377. La dificultad consiste en determinar lo que vale el

1 Rejet, Sala Civil, 4 de Enero de 1869 (Daloz, 1869, 1, 10): En el mismo sentido, Tologa, 1º de Febrero de 1827 (Daloz, núm. 863).

2 Rejet, 24 de Diciembre de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 1, 31).

usufructo comparado con la propiedad. La ley de Frimario lo considera como si valiera la mitad del fundo; (1) ¿pero esta disposición se una regla obligatoria para el juez en toda clase de materias? De ningún modo; y solamente en interés del fisco estableció esta regla la ley de Frimario, pues aunque está fundada en hechos, vendría á dar á consecuencias absurdas si se aplicara á las relaciones de los particularse, y particularmente al disponible: el usufructo legado á un hombre de veinte ó treinta años, bien puede valer la mitad del fundo; pero seria altamente ridiculo decir otro tanto del usufructo dado á un anciano de noventa años. (2)

Los tribunales no están ligados por ninguna ley y pueden estimar el usufructo según las circunstancias de cada causa; es decir, tomando en consideración la edad del usufructuario y el estado de su salud; aunque nada impide al juez aplicar por analogía la regla establecida por la ley de Frimario, y hasta hay un gran número de decisiones judiciales en este sentido. (3) Muchas sentencias están concebidas en los términos más absolutos: así, la Corte de Amiéns dice que nada hay más incierto que la duración de la vida del hombre, y que conviene mejor atenerse á la ley de Frimario, que admitir en cada caso una valuación que sería del todo arbitraria; (4) es decir, que la ley del año VII debe siempre recibir su aplicación, si no como regla general, cuando menos como autoridad de razón; pero esta autoridad de razón podría conducir á consecuencias irracionales, como acabamos de decir. Así, pues, conviene rechazar aun la aplicación, por analogía, de la ley de Frimario, en principio, dejando á los tribuna-

1 Ley de 22 Frimario, año VII, art. 15, pfo. 7 y 8.

2 Proudhon, *Derechos de Usufructo*, t. 1.º, pág. 456, núm. 364.

3 Véanse las sentencias mencionadas por Dalloz, núms. 836 y 837.

4 Amiéns, 5 de Marzo de 1840 (Dalloz, núm. 837).

los, según la regla que traza, cuando esté en armonía con los hechos y las circunstancias, y apartarse de ella cuando la edad y las enfermedades del usufructuario disminuyen el valor del usufructo.

La jurisprudencia está en este sentido. En un caso que se presentó ante la Corte de Donai, los jueces de primera instancia valoraron el usufructo conforme á la ley de Firmario, lo cual era una exageración manifiesta, porque el usufructuario tenía una esposa de edad de ochenta y tres años; y la Corte resolvió que solamente podía estimarse el usufructo en el cuarto de la propiedad. (1) En otro caso la Corte de Agén valuó el usufructo de la mitad de los bienes, no en el cuarto de la herencia, como se le pedía, sino en la novena parte, (2) y la misma Corte decidió que el usufructo dado á una mujer de ochenta y tres años no podía valer más que la octava parte de la sucesión en plena propiedad. (3) Esto es arbitrario sin duda, pero la arbitrariedad está en la naturaleza de las cosas, y vale más en esta materia la arbitrariedad del juez, que la arbitrariedad de la ley. La Corte de Casación dice muy bien, que esto debe dejarse á la prudencia é inteligencia de los jueces del negocio principal. (4)

378. Darémos algunas aplicaciones tomadas de la jurisprudencia, las cuales servirán de ejemplo para llevar á cabo las reducciones de las liberalidades excesivas: un esposo da á su consorte el disponible del art. 1,094, en usufructo: ¿puede todavía hacer liberalidades á un extraño? No puede, según la Corte de Casación, á no ser que el disponible del art. 913 no sea superior al del art. 1,094, y,

1 Donai, 14 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 89). Compárense las sentencias citadas por Daloz, núm. 838, en la palabra *Disposiciones*.

2 Agén, 16 de Diciembre de 1864 (Daloz, 1865, 2, 5).

3 Agén, 12 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 2, 17).

4 Casación, 18 de Marzo de 1866 (Daloz, 1866, 1, 396).

en consecuencia, conviene valuar el usufructo en propiedad. Se ha juzgado que el esposo que deja dos hijos y que da á su cónyuge la mitad de sus bienes en usufructo, puede todavía disponer, en favor de un extraño, de la diferencia que existe entre el disponible del art. 1,094 y el del art. 913; la mitad en usufructo equivale á un cuarto en propiedad, luego podía dar todavía la diferencia del cuarto á un tercero. (1)

Por contrato de matrimonio, los futuros esposos se dan, á título de ganancia de supervivencia, el usufructo de todos los bienes que dejen á su muerte y después del matrimonio; después, el marido lega á su mujer el usufructo de la mitad de todos los bienes, y á uno de sus hijos, por mejora, un tercero en plena propiedad. ¿Cuál es el disponible y cómo debe ser distribuido entre el consorte y el legatario? El disponible entre esposos es fijo, la mitad del usufructo; habiendo dispuesto el difunto del usufructo, la donación del usufructo de todos los bienes se encuentra, pues, reducida al usufructo de la mitad; la Corte valúa este usufructo en el cuarto en propiedad; así, pues, la mujer, en virtud de la donacion asentada en el contrato de matrimonio, toma el cuarto en propiedad; el disponible ordinario es de una tercera parte; luego queda para el hijo la diferencia de la tercera entre la cuarta, y partiendo el legado del tercero se encuentra reducido á la duodécima parte. (2)

Un esposo dejando dos hijos lega á su consorte todo aquello de que puede disponer conforme á la ley, en usufructo, y á uno de sus hijos el máximun de la cantidad disponible. El legado en usufructo comprende la mitad de

1 Agén, 9 de Enero de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 51), y 10 de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 333).

2 Agén, 5 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1864, 2, 97).

los bienes ó un cuarto en propiedad, y siendo el disponible general de una tercera parte, queda al hijo, como acabamos de decir, una duodécima parte en propiedad, pero este duodécimo se toma de la mitad de los bienes gravados en usufructo en provecho de la mujer; así, pues, el hijo no puede recibir su legado más que en nuda propiedad. La Corte toma como base de la valuación de la nuda propiedad, la regla establecida por la ley de Frimario respecto del usufructo; es decir, que dobla la parte en nuda propiedad, señalando al hijo legatario una duodécima parte en propiedad y dos duodécimas en nuda propiedad. (1)

II. Modo de efectuar la reducción.

379. Para determinar la reducción conviene distinguir dos casos: el primero que es el más simple, cuando el esposo no ha hecho disposición más que en favor de su consorte, y, en este caso, la reducción se hace conforme al artículo 1,094, cuando el donador haya excedido el disponible marcado por la ley. Si deja hijos, el disponible varía, pues el donador puede dar á su consorte un cuarto en propiedad y otro en usufructo; si quiere disponer del usufructo no puede darle más que el usufructo de la mitad de los bienes; en los términos del acta se verá si el esposo ha querido disponer en propiedad y en usufructo, ó solamente en éste, y la reducción se hará en consecuencia.

Un esposo hace donación á su consorte, por contrato de matrimonio, de una renta vitalicia de 400 francos y el usufructo de su mobiliario; el hijo pide la reducción de la liberalidad porque excede del disponible del art. 1,094. ¿Debe reducirse hasta la concurrencia del menor disponible, ó del disponible más alto? La Corte se ha declarado en favor del disponible más alto; es decir, por el valor de un cuarto en propiedad de todos los bienes, más un cuar-

1 París, 31 de Mayo de 1861 (Dalloz, 1863, 2, 91).

to en usufructo; fundándose, por analogía, en el art. 917, que obliga al reservatario á dejar al donatario todo aquello que podría serle donado, si no quiere ejecutar la disposición del usufructo ó de la renta vitalicia; puesto que la hija pretendía, dice la sentencia, que la liberalidad excedía el disponible, era justo que ésta abandonase todo el disponible á su padre. El argumento no es decisivo, porque debe tenerse en cuenta la intención del donador, y no puede decirse que quien da el usufructo del mobiliario y una renta vitalicia, intenta dar el usufructo de todos sus bienes y un cuarto en nuda propiedad. Según el rigor del derecho, debe procederse á hacer un avalúo de la renta y del usufructo para estimar lo que el consorte quiere dar. La Corte decidió *á priori* que el consorte tenía derecho al disponible más alto, y mandó en seguida estimar la donación, y, si había lugar, reducir la renta vitalicia. (1)

El esposo da á su cónyuge el usufructo de todos los inmuebles que deje á su muerte, y al morir deja dos hijos. ¿La disposición sería excesiva? Se ha opinado que la viuda no tiene derecho más que al usufructo de la mitad de los inmuebles. La sentencia no da otro motivo sino que habiéndose hecho la disposición en usufructo, la donataria no podía reclamar más que la mitad del usufructo que le había sido dado. La viuda reclamó el disponible más alto, en virtud del art. 917. De esta disposición debe hacerse caso omiso, como anteriormente hemos dicho (núm. 356); ¿pero la reducción no será en este caso excesiva? El artículo 1,094 permite dar al esposo el usufructo de todos sus bienes, más un cuarto en nuda propiedad; pero debe valuarse el usufructo de los inmuebles antes de resolver si excede ó nó del disponible, pues solamente después de valuar la cosa dada, puede compararse el valor de aquello

1 Rouen, 8 de Abril de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 217).

de que había dispuesto el esposo, con aquello de que puede disponer, y después reducir lo que haya de excesivo. (1)

Cuando la disposición recae sobre todos los bienes, la reducción se hace fácilmente: un esposo da, por contrato matrimonial, el usufructo de todos sus bienes á su cónyuge: después sobreviene un hijo, y entonces la donación se reduce á la mitad en usufructo. El consorte no puede, en este caso, reclamar el disponible más alto, porque la intención del donador estuvo claramente manifestada, no quiso dar nada en propiedad; es decir, quiso que los bienes quedasen en su familia y que su cónyuge no tuviese más que el goce, pero un goce tan extenso como lo permite la ley, porque cuando hay hijos, el cónyuge no puede recibir más que el usufructo de la mitad de los bienes; así, pues, á esta mitad debe reducirse la donación. (2)

La reducción es más difícil cuando las liberalidades hechas al cónyuge no recaen sobre todos los bienes sino sobre distintas universalidades: muere una mujer, dejando una hija, y ya había legado á su marido la propiedad de todos sus muebles y el usufructo de todos sus inmuebles. ¿Si hay lugar á la reducción, cómo debe hacerse? Acerca del primer punto no hay controversia entre las partes, pues reconocen que las dos disposiciones exceden del disponible y que hay lugar á reducir las, pero no están de acuerdo respecto del modo de llevarlo á efecto. La testadora había dispuesto en propiedad y en usufructo; y debe verse, por consiguiente, si la disposición en propiedad excedía del disponible. El esposo puede dar á su consorte, además de la mitad en usufructo de todos sus bienes, un cuarto en

1 Orleáns, 12 de Enero de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 148).

2 Rejet, Sala Civil, 4 de Enero de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 10). Compárese Agén, 5 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1864, 2, 97). Véase la pág. 468, nota 3.

nuda propiedad de estos mismos bienes. ¿Cuál sería el valor comparativo de los legados en propiedad de todos los muebles y del cuarto en propiedad de todos los bienes? En estos términos es como la Corte de Casación formula la cuestión litigiosa. La Corte de Burdeos procedió así, pues como la testadora no dispuso en propiedad más que del mobiliario, la Corte pensó que debía reducirse el legado á un cuarto del mobiliario; pero esta decisión fué casada como contraria á los arts. 922 y 1,094. (1) El disponible entre esposos recae sobre todos los bienes, y, por lo mismo, cuando se trata de determinar si este disponible ha sido excedido, conviene, como lo manda el art. 922, formar una masa de todos los bienes existentes á la muerte del esposo donante y calcular el cuarto en propiedad, hasta la concurrencia del cual haya lugar á reducir los legados sobre toda la herencia, ya consista en muebles ó inmuebles.

380. Aumenta la dificultad cuando el esposo ha hecho disposiciones en favor de su consorte y de un extraño. Ya hemos dicho en qué casos la Corte de Casación admite el concurso de dos disponibles, y ahora conviene proveernos en el terreno de esta jurisprudencia para determinar el modo de ejecutar la reducción. La cuestión ha sido muy controvertida: una sentencia de la Corte de Casación, muy reciente, ha formulado el sistema generalmente admitido, y ya nosotros hemos dado á conocer los hechos de la causa (núm. 375). Una señora da á su marido, por contrato matrimonial, el usufructo de todos sus bienes, dejando un hijo á su muerte; por dos testamentos ella había hecho legados en propiedad á su marido y á extraños, y estas liberalidades excedían los dos disponibles de los arts. 913 y

1 Casación, 28 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 214). Compárese, en el mismo sentido, Caen, 14 de Mayo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 209). Se han propuesto otros dos modos de hacer la reducción; véase la nota de Dalloz, 1862, 2, 209, y Demolombe, t. 23, pág. 634, números 543-546.

1,094; de aquí se originó una controversia entre los donatarios, pues la reserva del heredero estaba fuera de causa. La dificultad consiste en saber si debe aplicarse al concurso de dos disponibles el art. 926, según el cual la reducción debe hacerse á marco el franco sobre la masa de los bienes que quedan en el disponible, y la demanda sostenía que el art. 926 era aplicable al caso previsto por el art. 1,094, cuya disposición supone que las liberalidades que deben reducirse son todas de la misma naturaleza, y que todos los legatarios tienen derechos iguales sobre los valores que deben ser distribuidos entre ellos. Esto es así cuando se trata del disponible ordinario, pues se hace entonces una masa de todos los bienes y cada uno de los legatarios ocurre sobre esta masa á marco el franco y á "prorrata" de sus legados. Todo lo contrario sucede si se admite el concurso de dos disponibles, pues en este caso los derechos de los legatarios no son los mismos; porque unos, los legatarios extraños, tienen derecho á todo lo que queda del disponible general, mientras que el cónyuge no tiene derecho más que á una parte de este disponible. En efecto, respecto de los legatarios extraños, el disponible consiste en la mitad en propiedad de todos los bienes, en tanto que el disponible del esposo no comprende más que un cuarto en propiedad y otro en usufructo.

Haciéndose caso omiso del art. 926, ¿cómo se distribuirá el disponible entre los legatarios? El consorte es donatario por el contrato matrimonial del usufructo de la mitad de los bienes, y el usufructo íntegro que le había sido donado, queda reducido á la mitad por la superveniencia de un hijo. En propiedad, todavía podía recibir la cuarta en nuda propiedad de todos los bienes, en virtud del artículo 1,094. Los legatarios extraños, por el contrario, pueden recibir la nuda propiedad de la mitad de los bienes, pues que respecto de ellos el disponible es de la mi-

dad en propiedad, reducido en el caso á la mitad en nuda propiedad por la donación del usufructo. La consecuencia es que hay un cuarto en nuda propiedad, respecto del cual el cónyuge no tenía ningún derecho, puesto que su mujer no habría pedido de él en su favor, y, por consiguiente, no podía concurrir respecto de este cuarto con los legatarios extraños. Según estos principios procedió la Corte de Orleans, pues decidió que los legatarios extraños tomaran de la masa un cuarto en nuda propiedad para ellos solos, que eran los únicos que tenían derecho, pues el consorte no podía concurrir con ellos respecto de este cuarto; y el otro pertenecía á título igual á los legatarios extraños y al consorte. Así, pues, si los legatarios no habían llenado respecto de este cuarto lo que importaba el primero, debían concurrir con el consorte, cada uno á "prorrata" de sus legados. Para este cuarto recibe su aplicación el art. 926, porque el derecho de todos los legatarios es de la misma naturaleza y respecto de los mismos bienes. (1)

ARTICULO II.—Del disponible cuando el esposo deja hijos del primer matrimonio.

§ I.—PRINCIPIO.

381. Según los términos del art. 1,098, el hombre ó la mujer que, teniendo hijos de un primer matrimonio, contrajere un segundo, no puede dar á su nuevo esposo más que la parte que correspondería á un hijo legítimo, el que menos tomase, y sin que, en ningún caso, sus liberalidades en favor de este esposo puedan exceder del cuarto de los bienes. Esta disposición toma su origen de los edictos de los emperadores cristianos, pues en la antigüedad pagana,

1 Rejet, Sala Civil, 4 de Enero de 1869, y la requisitoria del procurador general Blanche (Dalloz, 1869, 1, 10). Respecto de la jurisprudencia, véase Dalloz, *ibid.*, nota 6 de la pág. 10.

los segundos matrimonios eran vistos favorablemente y considerados como favorables á la moralidad y al bien del Estado, por el aumento de poblaci3n que ellos procuraban. El espiritualismo cristiano cambi3 el curso de las ideas: San Pablo no considera el matrimonio m3s que como un remedio contra la incontinencia, y en cuanto á los segundos matrimonios, est3n infamados casi como una prostituci3n legal. (1) Sin embargo, la Iglesia no los prohíbe y el legislador civil no tiene el derecho de defenderlos, aunque trata de estorbarlos, en tanto que siempre ha favorecido el matrimonio. De aqu3 los edictos de los emperadores cristianos. La mujer viuda que teniendo hijos vuelve á casarse, debe conservar todos los bienes que haya recibido de su marido, para devolverlos á los hijos del primer matrimonio, pues ella no tiene m3s que el usufructo y los hijos tienen la nuda propiedad. Esta disposici3n fu3 extendida á los viudos; adem3s, el esposo que vuelve á casarse, no puede dar á su nuevo esposo m3s que la parte que corresponder3a al hijo que menos tomase. (2)

Estas leyes se han observado en los pa3ses de derecho estricto. Un edicto de Francisco II, conocido bajo el nombre de "Edicto de Segundas Nupcias," las extendió á los pa3ses de costumbres. El Consejero del Hospital, autor del edicto, infama en3rgicamente los segundos matrimonios, en el pre3mbulo: "Las viudas, que no conocen que son m3s deseadas por sus bienes que por sus personas, abandonan sus bienes á sus nuevos maridos, y bajo pretexto de favorecer el matrimonio, les hacen donaciones inmensas, olvidando el deber de la Naturaleza respecto de sus hijos, y cuyo amor tanto conviene que alarguen por la muerte de padres, que viéndolos destituidos de seguridad y apoyo de

1 Véanse los pasajes de los Padres de la Iglesia que est3n anotados en mi *Estudio sobre el Cristianismo*, 2ª edici3n.

2 Merlín, *Colecci3n*, en la palabra *Segundas Nupcias*, t. 21, p3gina 161, pfo. 1, n3m. 3. Van Wetter, *Institutas*, t. 2ª, p3g. 198.

sus padres, ellas deberían, por todos los medios, hacer el doble oficio de padre y madre; cuyas donaciones, además de las querellas y divisiones entre madres é hijos, traen la desolación de las buenas familias y, consiguientemente, la disminución de la fuerza del estado público.”

Los autores del Código Civil están lejos del espiritualismo cristiano que inspiró todavía á Hópital, pues lo que les preocupa exclusivamente es la suerte de los hijos del primer matrimonio. Es cierto que los infortunados hijos son de ordinario las víctimas de los segundos matrimonios de su padre ó de su madre, pues sufren en sus intereses morales y pecuniarios. El legislador debe, pues, vigilar que, por lo menos, no sean despojados en provecho del segundo esposo y de una familia extraña. De aquí el límite que pone á las donaciones que el esposo que se casa de nuevo esté en disposición de hacer á su nuevo consorte. El Código no reproduce la disposición del edicto de 1560, que ordenaba á los esposos reservar á los hijos del primer matrimonio los bienes que hubiesen recibido á título gratuito de sus cónyuges; pero esta especie de substitución era contraria á un principio fundamental de nuestra legislación, cual es la igualdad que debe reinar entre los hijos de un mismo padre ó de una misma madre. (1)

382. El legislador limita el disponible ordinario en interés de los hijos del primer matrimonio; pero si no hay hijos del primer matrimonio, no se encuentra en el caso de la excepción y, por consiguiente, entra en el dominio del derecho común del art. 1,094. El art. 1,098 dice: “El hombre ó la mujer que, *teniendo hijos de otro matrimonio*, contraiga un segundo matrimonio,” etc. Ateniéndose á la le-

1 Sesión del Consejo de Estado, de 27 de Ventoso, año XI, número 37 (Loaré. t. 5, pág. 276). Exposición de Motivos de Bigot-Práameneu, núm. 89 (Loaré. t. 5º, pág. 338). Memoria de Jaubert, núm. 89 (Loaré, t. 5º, pág. 363).

tra de la ley, conviene decir que basta que haya hijos en el segundo matrimonio para que tenga lugar el disponible excepcional de las segundas nupcias; pero esta interpretación sería contraria á la tradición y á los verdaderos principios. El edicto no se aplicaba más que cuando quedaban hijos del primer matrimonio á la muerte del esposo que volvió á casarse; así lo indican los principios, y á la muerte de una persona es cuando se determina la cantidad de bienes de que puede disponer, y esto es verdadero tanto del disponible entre esposos como del disponible ordinario (arts. 913, 915 y 920). Por otra parte, únicamente en interés de los hijos limita la ley el disponible; de modo que si no quedan hijos, ó han muerto, la restricción del art. 1,098 no tiene razón de ser. (1)

383. Dice el art. 1,098: "El hombre ó la mujer que, *teniendo hijos*, etc." ¿Debe entenderse más de un hijo? Ciertamente que nó, pues basta uno solo para merecer la protección de la ley, tanto ó más que si fueran muchos, y el texto mismo del art. 1,098 prueba que tal ha sido la intención del legislador. Después de haber dicho que el esposo no puede dar á su nuevo cónyuge más que la parte de un hijo, la ley agrega: y sin que, en ningún caso, puedan exceder estas donaciones del cuarto de los bienes. Esta última restricción tiene presente el caso en que el esposo donante deje uno ó dos hijos, pues una parte de hijo formaría entonces la mitad ó un tercio; y el legislador la redujo á la cuarta. (2)

384. ¿Comprende á los descendientes la palabra *hijos*? Sí, sin ninguna duda. El edicto de 1560, añade: "ó hijos de sus hijos." Pothier dice que las costumbres, particularmente la de Orleáns, habían quitado estos términos como superfluos, pues que los nietos estaban suficientemente com-

1 Grenier, t. 4º, pág. 370, núm. 680, y todos los autores.

2 Durantón, t. 9º, pág. 826, núm. 800, y todos los autores.

prendidos bajo el nombre de hijos. Una ley romana lo decidió así, y tal es el parecer de todos los autores modernos. (1)

385. Basta que el hijo sea concebido, aun cuando nazca después de la celebración del segundo matrimonio, para que sea aplicable el art. 1,098, pues el hijo concebido es considerado nacido cuando se trata de su interés, y, por lo mismo, el legislador le otorga su protección; esto no tiene duda. (2)

386. La existencia de un hijo natural no podría dar lugar á la aplicación del art. 1,098, pues que si el legislador limita el disponible, es en favor de los hijos de un primer matrimonio, que, por lo mismo son legítimos, y, por consiguiente, el texto excluye á los hijos naturales, respecto de los cuales el disponible queda en los términos del derecho común. (3)

¿Qué debe decidirse si el hijo natural es legitimado por el matrimonio de su padre y madre? Troplong responde que los hijos legitimados tienen el derecho de invocar nuestro artículo, porque se cuentan como hijos del matrimonio que los ha legitimado. Sin duda, y deben formar parte para el cálculo del disponible; pero también es cierto que no pueden valerse del art. 1,098 para pedir la reducción á título de hijos de un primer matrimonio, á menos que hayan sido legitimados por el matrimonio precedente. (4)

§ II.—DEL DISPONIBLE ESPECIAL DEL ART. 1,098.

387. El art. 1,098 limita el disponible ordinario á una parte de hijo, agregando que la liberalidad no puede exceder de un cuarto de los bienes. ¿Cómo debe entenderse esta

1 Grenier, t. 4º, pág. 370, núm. 679, Dalloz, núm. 868.

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 620, nota 5, pfo. 690.

3 París, 5 de Julio de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 289).

4 Troplong, t. 2º, pág. 483, núm. 2,700. Aubry y Rau, pág. 620, nota 6.

restricción cuando el esposo contraiga un tercero ó cuarto matrimonio? La cuestión ha sido muy debatida y nos parece que el texto y el espíritu de la ley lo deciden. El principio del artículo supone que el hombre ó la mujer, teniendo hijos de un matrimonio, contrae un segundo ó "subsecuente" matrimonio; en vista, pues, de éste, ó de muchos matrimonios, ha reducido el disponible á "una parte del hijo legítimo que perciba menos." ¿Cuándo debe fijarse esta parte? A la muerte del esposo donante, contándose entonces los hijos nacidos de los diversos matrimonios, y se fija la parte del donatario ó donatarios, en la proporción de lo que correspondería á un hijo legítimo. La ley no dice que haya otras tantas partes, mas que las de los esposos donatarios, y, en realidad, no hay más que una, aunque el texto haya previsto que pudiese haber muchas donaciones, las cuales, dice el art. 1,098, no pueden exceder en ningún caso del cuarto de los bienes. El espíritu de la ley no deja duda respecto del sentido del texto. Si el legislador limita el disponible, cuando un esposo vuelve á casarse, lo hace en interés de los hijos del primer matrimonio, pues sufren todavía mayores perjuicios con un tercero ó cuarto matrimonios, por cuya razón se ha limitado el disponible, en favor de los hijos, á una parte del hijo, siendo esto lo que podrá dar á sus nuevos cónyuges el donante, pero sin que puedan multiplicarse las partes según el número de matrimonios.

La tradición confirma esta interpretación. El edicto de 1560 asentaba: "No pueden dar á sus nuevos maridos más que á uno de sus hijos." Acerca de este texto indica Pothier que el edicto no dice que no pueden dar á "cada" uno de sus nuevos maridos, deduciendo que las viudas no pueden dar á todos sus nuevos maridos, cuando tienen muchos, más que una parte de hijo. Por esto es que, agrega Pothier, si una mujer hubiese dado á su segundo ma-

rido el equivalente de una parte de hijo, las donaciones que hiciera á los otros serían enteramente nulas, pues habiendo dado al segundo todo lo que la ley le permitía, ya no le quedaba nada más que dar á los otros. (1)

Hay un motivo de duda, que consiste en que el Código no reproduce los términos del edicto, pues aquél no dice á “sus nuevos maridos” sino á “su nuevo esposo,” de lo cual deduce Durantón que el esposo podrá disponer, en provecho de sus consortes, del disponible ordinario, con la única restricción de que cada uno de ellos no podrá recibir más de lo que correspondería á un hijo que perciba menos; pero esta interpretación no ha sido acogida favorablemente. Si la ley no reproduce los términos del edicto, reproduce el sentido, puesto que supone que el esposo contrae muchos matrimonios; hay, pues, en este caso, muchos esposos, y, sin embargo, la ley no dice que el donante pueda dar á “cada uno de ellos,” la parte equivalente á un hijo, lo cual sí es decisivo, según lo hace notar Pothien. (2)

383. El art. 1,098 limita siempre el disponible en el caso de un segundo ó subsiguiente matrimonio, permitiendo dar la parte que correspondería á un hijo, pero con la restricción de que esta parte sea la que correspondería al hijo que “menos percibiese.” Si, pues, uno de los hijos había recibido liberalidades por mejora, deben deducirse de la masa sobre la cual se calculará la parte del nuevo ó nuevos esposos, y, de esta manera, el donatario tendrá lo que obtengan los hijos no mejorados que perciban menos que los otros hijos. (3) Si la parte equivalente al hijo, da al nuevo esposo más de la cuarta parte, habrá una nueva restricción, pues será reducida al cuarto, que es el

1 Pothier, *Del Contrato de Matrimonio*, núm. 566.

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 632, nota 43, y Demolombe, t. 23, página 657, núm. 572, y los autores en sentido opuesto que él cita.

3 Durantón, t. 9º, pág. 828, núm. 802.

máximum del disponible, en caso de segundas nupcias, en tanto que el disponible ordinario puede ser de un tercio ó de la mitad.

La ley fija el máximum del disponible entre esposos, para el que vuelva á casarse; pero esto no quiere decir que no pueda dar menos, y, por consiguiente, la disposición puede comprender el usufructo nada más. El contrato de matrimonio asienta que los esposos se hacen donación recíproca del usufructo de todos los bienes muebles é inmuebles de que el primero que muera pueda disponer á este título, en cuyo caso se ha juzgado que la liberalidad no comprende más que el usufructo del disponible; es decir, el usufructo equivalente á la parte de un hijo. (1)

El esposo no puede dar más. Una viuda, teniendo hijos, contrae un nuevo matrimonio bajo el régimen dotal, combinado con una sociedad de gananciales, y no puede dar á su marido más que la parte de un hijo, en propiedad, sobre la totalidad de los bienes que formen la sucesión. En el caso, le había dado, además, el goce de los bienes que forman la sociedad de gananciales, lo cual excedía del disponible. Se objeta que si los esposos se hubieran casado bajo el régimen dotal simplemente, la mujer no tendría ningún derecho sobre el producto de las economías realizadas durante el matrimonio, y que, por consiguiente, el marido sería el aprovechado; pero la sentencia responde que los esposos no se habían ajustado al derecho, porque habiendo estipulado una comunidad de gananciales, la mujer tenía derecho á la mitad de las adquisiciones, y que habiendo dado á su cónyuge el usufructo de esta mitad de la comunidad, más el cuarto en propiedad, había excedido el disponible del art. 1,098. (2)

389. Por lo general la donación se hace en los términos

1 Pottiers, 27 de Mayo de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 277).

2 Rouen, 20 de Junio de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 94).

de la ley, porque el que casa de nuevo da á su consorte una parte de hijo, que es todo lo que le puede dar. Si los hijos del primer matrimonio mueren antes, ¿á qué tendrá derecho el esposo donatario? En el antiguo derecho la cuestión fué muy debatida, y bajo el imperio del Código se decide generalmente que la disposición contendrá el cuarto de los bienes. Esta, ante todo, es una cuestión de intención, y la intención se manifiesta por los términos de la donación. Es cierto que en la previsión de la muerte de sus hijos, el esposo que vuelve á casarse puede dar á su cónyuge el disponible ordinario, que es el del art. 1,094, cuando hay reservatarios, ó de todos los bienes si no deja ascendientes ni descendientes. La dificultad consiste en determinar la extensión de la liberalidad, cuando el esposo da una parte de hijo, pues el máximun de esta parte es un cuarto, y si el esposo tiene más de tres hijos en su segundo matrimonio, la parte de hijo no sería más que de un quinto, ó menos tal vez, ¿Es ésta la parte que ha querido dar á su nuevo consorte, ó es el máximun del cuarto? No se puede decir que sea un quinto ó un sexto, puesto que el donante nada ha precisado: ha dado lo que podía dar, y, por consiguiente, debe admitirse, con la opinión general, que le ha dado un cuarto, que es el máximun. (1)

390. La donación de una parte de hijo es una donación de bienes futuros, pues no se efectúa sino á la muerte del donante, porque solamente á su muerte puede determinarse. De aquí se sigue que debe aplicarse á esta donación lo que dice el art. 1,098 de la donación de bienes futuros; es decir, que caduca por la muerte del donatario, el cual no puede transmitirla á sus hijos, puesto que no tiene todavía ningún derecho. ¿Qué debe resolverse si nacen hijos

1 Grenier, t. 4º, pág. 372, núm. 683, y la nota de Ancelot. En sentido contrario, Vazeille (t. 3º, pág. 347, art. 1,093, núm. 12) cuya opinión ha quedado aislada.

del nuevo matrimonio? ¿Se considerarán comprendidos en la donación, como indica el art. 1,082 de la institución hecha fuera de contrato? En el antiguo derecho se admitía que los hijos fuesen considerados como substituidos vulgarmente al donatario. A pesar de que Grenier sigue la tradición, está en oposición con los textos y con los principios. El art. 1,093 decide que la donación de bienes futuros hecha entre esposos no comprende á los hijos por nacer, y esta disposición se aplica á la donación de una parte de hijo, puesto que es una donación de bienes futuros. Por otro lado, no se puede hacer valer la presunción establecida por el art. 1,082, porque es una presunción legal, y las presunciones legales son de estricta interpretación, pues existen en virtud de una ley especial aplicable á ciertos actos ó á ciertos hechos (art. 1,350). Hé aquí resuelta la cuestión. (1)

391. La ley no priva al esposo que vuelve á casarse de disponer á título gratuito de sus bienes, sino que solamente reduce la cantidad de bienes de que puede disponer en favor de su nuevo cónyuge, y exceptuando el caso de esta restricción, queda sometido al derecho común, y puede, por consiguiente, hacer liberalidades en favor de cualquiera otra persona, además de su cónyuge, usando de la facultad que todo propietario tiene de dar ó de legar sus bienes hasta la concurrencia del disponible. Conviene, sin embargo, tener en cuenta las presunciones de interposición de personas que establece el art. 1,100, porque las personas que se presumen interpuestas, están consideradas como incapaces, puesto que no son admitidas á probar contra la presunción; muchas veces este último principio no es tan absoluto como se cree por lo general, pues la confesión y el juramento pueden siempre ser invocados con-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 488, núms. 889 y 890, y todos los autores, salvo Grenier.

tra las presunciones legales. Trataremos este punto en el título "De las Obligaciones"

392 Si el esposo hace liberalidades á su nuevo cónyuge y á terceros, ¿cómo se regirán los derechos de los diversos donatarios? No pueden acumularse el disponible ordinario y el disponible del art. 1,098, porque este último no establece disponible especial, limitándose solamente á disponer que el esposo no puede dar á su consorte el disponible ordinario sino únicamente una fracción de él; no hay, pues, más que un solo disponible, al cual se imputan las liberalidades que el esposo haya hecho á su consorte ó á los extraños.

Si antes de volverse á casar, el esposo ha hecho liberalidades, conviene ver si han excedido ó no del disponible ordinario. En el primer caso, el esposo no puede dar nada más á su cónyuge, puesto que no puede darle más, quien quiera que sea; pero si no ha excedido su disponible, puede dar á su consorte lo que le queda libre en los términos del art. 1,098.

Si el esposo aun no ha hecho liberalidades, puede dar á su cónyuge lo que correspondería á un hijo, y como esta parte es casi siempre menor que el disponible ordinario, podrá hacer liberalidades en favor de un extraño sobre la diferencia entre el disponible del art. 1,098 y el del derecho común. Hay un caso en el cual el disponible del artículo 1,098 se confunde con el disponible ordinario, y es cuando el esposo donante muere dejando tres hijos, pues entonces el disponible es de un cuarto respecto de todos, y si el esposo ha dado á su cónyuge esta cantidad, ha excedido su disponible, y, por consiguiente, no puede hacer más liberalidades.

El esposo da á su cónyuge más que el disponible del artículo 1,098, haciendo después liberalidades en favor de

otras personas, las cuales pueden pedir que la donación hecha al esposo se reduzca á una parte de hijo, y que el excedente del disponible se les atribuya. Conviene aplicar aquí lo que hemos dicho anteriormente (núm. 375); es decir, que no puede oponerse á los donatarios que la ley no les permite pedir la reducción de las liberalidades excesivas, pues el art. 921 no es aplicable cuando la reserva permanece intacta y cuando se trata de arreglar las relaciones de los donatarios entre sí.

Por último, si el esposo ha hecho legados en favor de su cónyuge y de otros extraños y estas liberalidades exceden al disponible ordinario, se aplican las reglas generales que rigen la reducción; es decir, que todos los legados se reducen á marco el franco, comenzándose, en este caso, por reducir el legado hecho al nuevo esposo á una parte de hijo, puesto que en ningún caso puede recibir más, y mucho menos en el caso presente, porque el donante ha hecho otras liberalidades sobre su disponible que exceden á éste, y todas deben, pues, ser reducidas proporcionalmente. (1)

393. ¿Cómo debe determinarse la parte de hijo, á la cual tiene derecho el cónyuge donatario? Se trata de saber cuáles son los hijos que debe contar para fijar la parte de hijo que puede dar á su nuevo esposo. En el antiguo derecho se contaba á todos los hijos que dejaba á su muerte el esposo que volvía á casarse, no solamente á los del primer matrimonio sino á los del segundo ó subsiguientes. El texto del art. 1,098 está concebido en el mismo sentido que el edicto de 1560, y habla de "una parte de hijo," pues el esposo debe ser contado en el número de hijos, cualesquiera que sean, porque no hay razón para distinguir á los hijos del segundo matrimonio de los del primero.

1 Durantón, t. 9º, pág. 480, núm. 815. Aubry y Rau, t. 5º, páginas 631 y siguientes, nota 42. Demolombe, t. 23, pág. 651, números 567 á 569.

Esta es la opinión general, (1) salvo el parecer de Proudhón, (2) que dice que únicamente los hijos del primer matrimonio pueden pedir la reducción de las liberalidades excesivas hechas al nuevo esposo, concluyendo que la reducción es hecha únicamente en su favor, y que, por lo mismo, sólo ellos deben ser contados. Esta interpretación no ha tenido eco, pues introduce en la ley una distinción que los principios condenan tanto como la tradición. En efecto, la opinión de Proudhón conduce á establecer dos masas, una conforme al art. 1,098 en favor de los hijos del primer matrimonio, y otra conforme al art. 1,094 para los hijos del segundo matrimonio, y siendo más alto el disponible del art. 1,094 que el del 1,098, resultaría que los hijos del segundo matrimonio tendrían una parte menor que la de los del primero, en la sucesión de su padre ó madre; es así que esta desigualdad se opone á los principios fundamentales de nuestra legislación, puesto que precisamente para mantener la igualdad entre los hijos de los dos matrimonios han rechazado los autores del Código la disposición del edicto de 1560, que atribuía á los hijos del primer matrimonio, con perjuicio de los del segundo, los bienes que el esposo había recibido de su primer cónyuge; luego, por la misma razón, debe rechazarse la distinción que establece Proudhón y que crearía un privilegio injustificado. (3)

Si uno de los hijos muere dejando descendientes, éstos se contarán por una sola cabeza. En el antiguo derecho se distinguía, pues cuando había descendientes de varios hijos muertos, cada stirpa se contaba por un hijo; pero cuando un hijo único moría dejando descendientes, éstos se contaban por cabezas, de modo que el segundo cónyuge reci-

1 Grenier, t. 4º, pág. 400, núm. 696, y todos los autores.

2 Proudhón, *Del Usufructo*, t. 1º, pág. 423.

3 Burdeos, 17 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 2, 22).

bía una parte equivalente á la del que menos recibía de los nietos. Esta distinción no puede admitirse pues es contraria al texto y al espíritu del Código; cuando se trata de calcular la reserva de los hijos, el art. 914 quiere que los descendientes no sean contados más que por el hijo á quien representan, lo cual quiere decir que la reserva de los descendientes de un hijo único es lo que correspondería á su padre. Lo mismo debe ser, aun en el caso del art. 1,098, pues la ley no dice que el esposo donatario tome una parte de hijo ó de nieto, sino una de hijo. (1)

¿Se contarán los hijos que hayan renunciado á la herencia, ó los indignos? Se sigue el principio general que establece la ley para la reserva ordinaria, y este principio ha sido muy debatido. Nosotros hemos admitido que los hijos que renuncian y los indignos no forman parte para calcular el disponible del art. 913 ni tampoco para el especial del art. 1,098. En el último caso no puede haber duda, pues se trata de una parte de hijo que constituye el disponible, lo cual supone hijos que toman parte; es así que los que renuncian y los indignos están considerados como si nunca hubieran sido herederos, y son extraños á la sucesión; luego no pueden formar número para determinar la parte á que el cónyuge tiene derecho en su calidad de hijo. Si hay hijos naturales, su concurso produce el efecto de disminuir la parte de los hijos legítimos; es así que, según el artículo 1,098, el esposo no puede dar á su nuevo cónyuge más que una parte igual á la del hijo legítimo que perciba menos; luego debe tomarse de la masa común la parte á que tienen derecho los hijos naturales, lo mismo que se deducen las donaciones por mejora que haya hecho el esposo donante, según hemos dicho anteriormente (núm. 388).

Cuando ya se ha determinado el número de hijos, se añade el nuevo cónyuge, de modo que si hay cinco hijos,

1 Grenier, t. 4º, pág. 405, núms. 704 y 705, y todos los autores.

el nuevo consorte formará un sexto. Un tribunal señaló, en este caso, una quinta parte al cónyuge donatario, resultando que los hijos venían á tener menos de la quinta parte, y que, por consiguiente, el cónyuge donatario recibía más que el equivalente á una parte de hijo: el error era evidente y fué enmendado por la Corte de Apelación. (1)

§ III.—DE LA REDUCCIÓN DE LAS DISPOSICIONES EXCESIVAS.

Núm. 1. Qué liberalidades son reducibles.

394. Toda donación hecha al nuevo cónyuge es reducible. La ley muestra en esta materia una severidad más grande que cuando se trata de la reserva y del disponible ordinarios. Por cualquier acto, y de cualquier manera que el esposo haya mejorado á su nuevo cónyuge, esta ventaja está sujeta á reducción. Este principio resulta de los mismos textos del Código, pues el art. 1,099 ordena que los esposos no puedan darse indirectamente más de lo que les está permitido por el art. 1,098. Hay ventajas indirectas que la ley no cuenta entre las liberalidades reducibles cuando se trata de la reserva ordinaria: tales son las ventajas que proporciona el régimen matrimonial á uno de los esposos, porque el contrato de matrimonio está considerado como un contrato oneroso, y las ventajas que dichos contratos proporcionan, no son reducibles; pero no sucede lo mismo cuando hay hijos del primer matrimonio, pues respecto de ellos, las ventajas están sujetas á reducción (arts. 1,496 y 1,527). Remitimos á nuestros lectores al título "Del Contrato de Matrimonio."

La ley está concebida bajo un espíritu de severidad, y debe ser aplicada bajo el mismo espíritu: un esposo admite á su segunda mujer á concurrir con él para la adquisición

1 Agén, 14 de Abril de 1837 (Daloz, núm. 895, 1°).

de un inmueble; aunque casados bajo el régimen de separación, nada poseía ella al casarse y nada adquirió durante el matrimonio; se ha juzgado que el marido había hecho á su mujer una ventaja indirecta, reducible en virtud del artículo 1,098. (1)

Dos esposos, casados bajo el régimen dotal, compran juntamente y cada uno por mitad, un inmueble; la mujer, no teniendo ningún capital propio, no había podido pagar su parte en el precio, más que con las rentas del matrimonio; estas rentas eran la propiedad exclusiva del marido, y, por lo tanto, la declaración del acta equivalía, en este caso, á una donación indirecta hecha por el marido á la mujer, y, por consiguiente, es liberalidad reducible según el art. 1,098, cuando exceda de una parte de hijo. (2) Más adelante diremos en qué casos la liberalidad indirecta es nula.

395. Las liberalidades se hacen, por lo común, por contrato matrimonial ó durante el matrimonio. Algunas veces, el esposo que vuelve á casarse hace á su consorte donaciones, antes de la celebración del matrimonio y fuera del contrato matrimonial. Pothier dice que cuando una viuda hace una donación á un hombre, con quien después contrae segundas nupcias, debe presumirse fácilmente que la liberalidad ha sido hecha en consideración al segundo matrimonio, aunque el acta no haga ninguna mención de él, y, en consecuencia, esta liberalidad está sujeta á reducción, porque sin esto, dice Pothier, habría un camino abierto para eludir el edicto de segundas nupcias. El caso se presentó ante la Corte de Lieja: un viudo hizo, el mismo día de su contrato matrimonial; una donación en favor de los hijos naturales menores de su futura; esta liberalidad, dice la Corte, ha sido hecha, evidentemente, en vista de la

1 Angérs, 15 de Enero de 1846 (Dalloz, 1849, 5, 120).

2 Tolosa, 26 de Febrero de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 58).

unión proyectada, y, por lo tanto, está sujeta á reducción. (1)

Pothier agrega una restricción que mandan el derecho y la equidad: cuando las circunstancias resisten absolutamente á esta presunción, dice, como por ejemplo, cuando el donatario había contraído otro matrimonio, después de disuelto el cual, se había casado con la donadora, no podía presumirse que la donación haya sido hecha en vista de una unión que, al celebrarse el acta, era imposible de preveer. La palabra presumir de que se sirve Pothier, no debe tomarse á la letra, pues no existe presunción legal en esta materia, y las presunciones humanas no son aplicables más que cuando hay fraude, pues el fraude no se presume sino que debe probarse, aunque puede serlo por presunciones simples (2)

396. ¿Los donativos mutuos entre esposos están sujetos á reducción? Pothier supone que las donaciones recíprocas son igualas, tanto con relación al valor de los bienes donados, como con relación á las fortunas de supervivencia, y dice que hay razón para dudar si estas donaciones son una especie de contratos interesados y de parte de uno y otro, de la clase de contratos aleatorios. Nosotros hemos dicho muchas veces que el Código Civil no admite esta teoría, pues coloca los donativos mutuos entre las donaciones, y Pothier decide lo mismo en el caso de segundas nupcias; porque dice muy bien, que la intención de las partes no es hacer un contrato aleatorio é interesado, sino que la afección que mutuamente se tienen los esposos, es lo que los obliga á hacerse mutuamente liberalidades que de todos modos están sujetas á reducción en interés de los hijos del primer matrimonio. El espíritu de la ley no

1 Lieja, 4 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 88).

2 Pothier, *Del Contrato de Matrimonio*, núm. 548. Toullier, t. 3º, 1, pág. 480, núm. 876, y todos los autores.

deja ninguna duda, y es también esa la opinión general bajo el dominio del Código. (1)

397. Las donaciones remuneratorias son ventajas reducibles, en proporción de la liberalidad que contienen. Si los servicios no son apreciables en dinero, la donación será una liberalidad por el todo; si los servicios son apreciables de modo que el donatario que los ha vendido haya podido proceder en juicio para exigir su pago, la donación no será una liberalidad más que hasta la concurrencia de lo que exceda el valor de las cosas donadas al valor de los servicios, en recompensa de los cuales se ha hecho la donación.

Debe hacerse una distinción análoga para las donaciones onerosas: si la carga es generalmente apreciable en dinero, se deduce el total de la carga, y el excedente queda sujeto á reducción. (2)

Núm. 2. Quién puede pedir la reducción.

398. La restricción que pone el art. 1,098 á las liberalidades que el esposo puede hacer á su cónyuge, constituye un aumento relativo de la reserva en favor de los hijos, en el sentido de que el esposo no puede disponer más que de la cantidad legal; de aquí se sigue que los hijos, en interés de quienes son indispensables, pueden pedir la reducción de las liberalidades excesivas, y opinamos que esto es un aumento relativo de la reserva, pues los bienes que el esposo no puede dar á su nuevo consorte no se consideran como absolutamente indisponibles, pues que el esposo puede disponer de ellos en favor de cualquiera persona que no sea su nuevo cónyuge; son, pues, indisponi-

1 Pothier, *Del Contrato de Matrimonio*, núm. 546. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 620, nota 9, y todos los autores. Tolosa, 21 de Diciembre de 1821 (Daloz, núm. 877). Burdeos, 16 de Abril de 1853 (Daloz, 1854, 2, 23).

2 Pothier, *Del Contrato de Matrimonio*; núms. 544 y 545.

bles, respecto de los hijos del primer matrimonio, y la consecuencia es que estos hijos tienen el derecho de pedir la reducción de las ventajas que el esposo ha hecho á su consorte del disponible legal. El art. 1,496 lo expresa claramente. La acción en disminución es la consecuencia natural del exceso de las liberalidades; y es muy tan natural que la acción de reducción pertenezca á aquellos en favor de quienes la ley declara que son indisponibles los bienes. Esta es la aplicación del derecho común.

El derecho común recibe todavía su aplicación en lo relativo á la cuestión de si los hijos del primer matrimonio deben aceptar la sucesión para tener el derecho de proceder. En la opinión que nosotros profesamos, relativa á la reserva, los reservatarios que renuncian á la sucesión pierden su derecho á la reserva y son privados del derecho de pedir la reducción de las liberalidades que perjudican ó destruyen la reserva. Lo mismo sucede en el caso del artículo 1,098, pues si los herederos reservatarios demandasen, lo harían con el objeto de completar la reserva excepcional que les da el art. 1,098, y su acción sería una acción de reducción, y para ello tienen que ser herederos, pues si renuncian pierden el derecho de proceder. (1)

399. ¿Tienen también derecho de pedir la reducción los hijos del segundo matrimonio? Generalmente se admite que no tienen derecho de proceder más que cuando aprovechen la reducción efectuada por la demanda de los hijos del primer matrimonio. Se les rehusa este derecho, porque no es en interés de ellos por lo que la ley ha limitado el disponible, pues respecto de ellos, el esposo que vuelve á casarse conserva el disponible ordinario, porque las liberalidades

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 482, núm. 880, y todos los autores, salvo aquellos que opinan que la acción de reducción pertenece á los hijos en virtud de esta cualidad (Troplong, t. 2º, 1, pág. 490, número 2,724).

que hace no perjudican sus derechos, y, por consiguiente, no pueden tener la acción de reducción. Esto es lo que dice implícitamente el art. 1,496, que no concede la acción más que á los hijos del primer matrimonio. Esto es lógico; pero, por el contrario, ¿no parece una inconsecuencia decir que los hijos del segundo matrimonio tengan derecho de proceder, aprovechando la disminución que se haga por la demanda de los hijos del primer matrimonio? Nó, porque si los hijos del primer matrimonio se aprovechan exclusivamente de la acción, tendrían una parte más grande en la sucesión de su padre ó madre que los hijos del segundo matrimonio, lo cual violaría el principio fundamental de la igualdad que debe reinar entre los hijos de un mismo padre, aunque hayan nacido en diferentes matrimonios. Proudhón objeta que los hijos no pueden aprovecharse de una acción que no tienen derecho de intentar; pero se respondió ya, en el antiguo derecho, que esta aparente anomalía no es una inconsecuencia. Todo lo que resulta del principio que Proudhón invoca, es que el derecho de proceder no puede abrirse más que en la persona de los hijos del primer matrimonio; pero que, una vez abierto, el principio de igualdad quiere que los hijos aprovechen todos los bienes de que su padre no ha podido disponer. Inútilmente insisten diciendo que tiene el derecho de disponer respecto de los hijos del segundo matrimonio, porque es cierto que si no había dispuesto, los hijos del segundo matrimonio habrían entrado en concurso con los hijos del primer matrimonio, puesto que la disminución debe tener por efecto poner la herencia en el estado en que se hubiese encontrado si no hubiera sido excedido el disponible. Esto nos parece decisivo. (1)

1 Orleáns, 27 de Febrero de 1855 (Daloz, 1855, 2, 234). Aubry y Rau, t. 6º, pág. 630, notas 39 y 40, y todos los autores, salvo Proudhón, t. 1º, pág. 223, núm. 347.

400. ¿Conviene ir más lejos y decir que los hijos del segundo matrimonio pueden proceder cuando la acción esté abierta en la persona de los hijos del primer matrimonio? ¿Suponiendo que éstas permanezcan en inacción, podrán los hijos del segundo matrimonio proceder? La acción está abierta en el sentido de que los hijos del primer matrimonio tienen el derecho de intentarla. Si ellos renunciaran, se considerará que no existen, y, por consiguiente, no habría hijos del primer matrimonio y tampoco acción; pero hay herederos y no proceden. Nosotros creemos que, según el rigor del derecho, los hijos del segundo matrimonio no podrían proceder, pues no tienen este derecho, y la inacción de los hijos del primer matrimonio no se los da; (1) pero lo que nos obliga á adoptar la opinión contraria, es que en el antiguo derecho se permitía á los hijos del segundo matrimonio proceder en defecto de los hijos del primero. Tal era la jurisprudencia de la costumbre, y los autores del Código no han hecho más que consagrar la tradición. (2)

Núm. 3. Cómo se hace la reducción.

401. Las liberalidades que exceden el disponible del art. 1,098 no son nulas sino simplemente reducibles, debiendo, pues, aplicarse los principios generales que rigen la reducción, (3) precisamente en lo relativo á la formación de la masa. Esta aplicación suscita algunas dificultades.

El art. 923 dice que se reúnen ficticiamente á los bienes que existen á la muerte del donante, aquellos de que dispuso por donación entre vivos. Se pregunta si el esposo donatario puede exigir que los bienes dados á uno de los

1 Esta es la opinión de Marcadé, t. 4.º, pág. 247, art. 1,098, número 5, seguida por Boutry, *Disposiciones entre Esposos*, núm. 451.

2 Aubry y Rau, t. 5.º, pág. 631, nota 41. Durautón, t. 9.º pág. 845, núm. 877.

3 Colmar, 19 de Febrero de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 197).

hijos sean agregados ficticiamente para determinar el monto de la masa respecto de la cual debe calcularse el disponible, y hay un motivo para dudar: el esposo no es un reservatario y, por lo tanto, no puede invocar el art. 922; por otro lado, el art. 921 dice que los donatarios no pueden pedir ni aprovechar la reducción, y el art. 857 dice también que la petición para que se una no está concedida á los legatarios. Se responde que el esposo no pide ni la unión ni la reducción, pues pide que se determine la cantidad de bienes de que su cónyuge ha podido disponer en su favor, porque esta cantidad es una fracción del patrimonio del esposo donante, y debe, por lo mismo, reconstituirse este patrimonio comprendiéndose ficticiamente los bienes que han salido por donación. Si no se comprendiesen los bienes donados entre vivos, tendría menos que lo que la ley permite que le dén, pues tiene derecho nada más á una parte de hijo y esta parte se calcula sobre todo el patrimonio del difunto, formado según las reglas del art. 922; así, pues, la parte del esposo debe ser calculada conforme á las mismas reglas, si no no tendría una parte de hijo. (1)

Nosotros suponemos que la donación de que el esposo donatario pide la reunión ficticia, ha sido hecha sin dispensa de reunión. Si era una liberalidad de mejora debe aplicarse la restricción que pone el art. 1,098 al derecho de disponer, del esposo que vuelve á casarse, y no puede dar á su segundo cónyuge más que una parte igual á la del hijo que perciba menos; lo cual implica que si uno de los hijos es donatario por mejora, esta liberalidad debe ser deducida de la masa sobre la que se calcula la parte de los hijos no mejorados y, por consiguiente, la del marido. Es-

1 Troplong, t. 2º, pág. 486, núm. 2,710. Aubry y Rau, t. 5º, página 626, nota 34. París, 20 de Febrero de 1809 (Daloz, número 915, 1º).

to no es dudoso cuando la donación por mejora ha sido hecha antes que la donación de la parte de hijo; pero si el esposo, después de haber hecho una donación á su nuevo cónyuge, hace después una liberalidad por mejora ó, lo que es lo mismo, si hace una donación á un extraño ¿deberá ésta deducirse de la masa? Hay un motivo de duda, cual es que el esposo ha hecho una liberalidad irrevocable á su cónyuge; pero esto sería atentar indirectamente, si las donaciones posteriores debieran ser deducidas de la masa sobre la cual se calcula el disponible; porque siendo menor esta masa, la parte de hijo sería también menor. Se responde, y la respuesta es perentoria, que se trata de fijar el monto de lo que el esposo puede disponer, porque no puede disponer más que de una parte de hijo, la "más pequeña;" no hay, pues, nada de absoluto en la liberalidad que hace el segundo cónyuge, pues es una parte de hijo, menos las ventajas que el donante haya hecho ó pueda hacer á un hijo ó á un extraño, y, por lo tanto, no se puede decir que haciendo liberalidades revoque la donación que ha hecho á su cónyuge, pues hace uso del derecho que tiene de dar hasta la concurrencia de su disponible ordinario, y sobre este disponible el esposo donatario no puede tomar más que una parte igual á la de un hijo que perciba menos. (1)

Queda una dificultad que ha sido muy discutida. Las liberalidades por mejora exceden el disponible ordinario; ¿puede el esposo donatario pedir que el excedente sea reunido á la masa respecto de la cual debe ser calculada la parte de hijo? Opinamos afirmativamente. El principio es que el esposo tiene derecho á una parte de hijo, y para calcular su parte debe asimilársele á un hijo, contándose

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, pág. 545, número 278 bis, 7° Demolombe, t. 23, pág. 653, núm. 569. París, 19 de Julio de 1833 (Daloz, núm. 916).

como tal; así, pues, para la determinación de su parte, tiene los mismos derechos que los hijos con quienes concurre. Ellos aprovechan incontestablemente la reducción efectuada sobre las donaciones excesivas, y, por consiguiente, el esposo también debe aprovecharse, al menos en el sentido de que los bienes que vuelven á la sucesión, por consecuencia de la reducción, están comprendidos en la masa sobre la que se calcula su parte. Nosotros no decimos que el esposo pueda reclamar los bienes disminuidos, porque no es reservatario sino donatario y éstos no pueden pedir la reducción ni tampoco aprovecharla (art. 921). ¿Qué es lo que corresponde al esposo donatario? La parte de hijos que la ley permite darle; y no tendría esta parte si los bienes disminuidos sobre las donaciones excesivas quedasen fuera de la masa. Esto nos parece decisivo. (1)

402. Las disposiciones hechas en usufructo dan lugar á una dificultad particular. Según el art. 1,098, el disponible se ha fijado en un cuarto en plena propiedad, lo cual no impide al esposo hacer á su cónyuge una donación en usufructo. Debe verse, desde luego, cuál es la extensión de esta liberalidad; es decir, si el donante ha querido dar solamente el usufructo del disponible, ó si ha entendido todo el disponible, pero en usufructo, en lugar de darlo en plena propiedad. Es ésta una cuestión de interpretación y el juez decidirá, conforme á los términos del acta, cuál ha sido la intención del donante. Se ha juzgado que el esposo que deja tres hijos y que da á su cónyuge el usufructo de la mitad de sus bienes, le da precisamente el disponible si, como se supone, este usufructo equivale al cuarto en propiedad. (2)

1 Anbry y Rau, t. 5º, pág. 628, nota 35. En sentido contrario, Grenier y Troplong (Daloz, núms. 916 y 917).

2 Rejet, 21 de Julio de 1813 (Daloz, núm. 856. Compárese Poitiers, 2 de Mayo de 1851 (Daloz, 1852, 2, 277). Douai, 22 de Marzo de 1833 (Daloz, núm. 922, 1º) Rejet, 1º de Abril de 1844 (Daloz, número 922, 2º).

La valuación del usufructo es muy incierta, y para evitar que se susciten dificultades entre los herederos reservatarios y los donatarios ó legatarios en usufructo, el artículo 917 prescribe que si los reservatarios pretenden que la disposición de un usufructo ó de una renta vitalicia excede el disponible, tendrán la elección, ya sea de ejecutar esta disposición ó ya de renunciar la propiedad de la cantidad disponible. ¿Es aplicable el art. 917 cuando el esposo dispone en provecho de su nuevo cónyuge? Sí, sin ninguna duda, porque, en efecto, el art. 1,098 no establece un segundo disponible, sino el del art. 913, el cual prohíbe solamente al esposo dar todo este disponible á su consorte, en el caso en que el donante muera dejando tres hijos; es decir, cuando el esposo hace estas liberalidades sobre el disponible ordinario. Así, pues, para calcular el disponible se somete al derecho común. Esto es evidente cuando el disponible del art. 1,098 es igual al del 913; y también es cierto cuando el esposo no puede dar todo el disponible ordinario, pues las reglas generales respecto de la formación de la masa y el cálculo del disponible no son las mismas. Inútilmente se objetaría que, según la jurisprudencia, el art. 917 no es aplicable al 1,094 que ordena también el disponible entre esposos, pues hay una diferencia en los arts. 1,094 y 1,098: en el primer caso, la ley misma fija el disponible en usufructo, en tanto que el artículo 1,098, lo mismo que el 913, lo fijan en plena propiedad. Así, pues, el art. 1,094 deroga el derecho común, en el sentido de que la aplicación del art. 917 viene á ser inútil, mientras que el art. 1,098 mantiene el derecho común, y, por consiguiente, debe ser aplicado el art. 917 si se quiere evitar la valuación arbitraria del usufructo. En este sentido están la doctrina y la jurisprudencia. (1)

1 Donai, 22 de Marzo de 1836 (Daloz, núm. 922, 1º, y 14 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 89). Burdeos, 16 de Agosto de 1853

Se objeta que aplicando el art. 917 á las donaciones entre esposos es defraudada la voluntad del donante, pues él no ha querido dar más que en usufructo; es decir, que ha querido conservar la propiedad de los bienes en su familia, y transformando este usufructo en propiedad, se hacen salir los bienes, de la familia, á pesar del donante. La Corte de Gante responde que esta objeción condena á la ley, porque el inconveniente que señala es el mismo en todos los casos en que el donante ha dispuesto en usufructo, puesto que en todos los casos es modificada la voluntad del disponente, lo cual no impide al legislador dar la elección á los herederos reservatarios. Hay, pues, más grande interés que el de modificar la voluntad del donante, cual es evitar litigios cuya decisión sería necesariamente aleatoria. (1)

403. Para mantener la voluntad del donante y para proporcionar derecho á las reclamaciones de los reservatarios, se ha propuesto fijar la parte de hijo en usufructo, reduciendo toda la disposición hecha en usufructo á una cantidad que equivalga á una parte de hijo. El esposo da el usufructo de todos sus bienes á su nuevo cónyuge, el cual, según el número de hijos que dejó el donante, tiene derecho al cuarto en propiedad; el esposo donatario pide que se le señale la mitad del usufructo, que equivale al cuarto en propiedad; y se ha juzgado que esta reducción en usufructo es inadmisibles porque no tiene ningún fundamento en la ley. En principio, la disposición debe ejecutarse tal y como el donante la ha hecho, y, por lo mismo, si dispuso en usufructo, tiene derecho el donatario al usufructo; pero procediendo así, se tropezaría con las dificultades que el legislador ha querido evitar. Y esto es pre-

(Daloz, 1854, 2, 22). Proudhón, *Del Usufructo*, t. 1º, pág. 422, número 346, y todos los autores.

1 Gante, 11 de Diciembre de 1869 (*Pasierisia*, 1869, 2, 127). Compárese Caen, 26 de Julio de 1867 (Daloz, 1868, 2, 145).

cisamente para impedir la valuación arbitraria del usufructo y la reducción, tan arbitraria también, por la cual el art. 917 da la elección á los herederos reservatarios, pues no les permite reducir el usufructo, dándoles solamente el derecho de administrar el disponible en propiedad. (1)

Hay una sentencia, en sentido contrario, de la Corte de Bruselas. Los esposos se habían hecho donación mutua, por contrato matrimonial, del usufructo de todos sus bienes, muebles é inmuebles, en favor del sobreviviente: los herederos reservatarios se negaron á cumplir la disposición, en usufructo, como excesiva, y el esposo donatario reclamó la aplicación del art. 917. La Corte decidió que debía consultarse la intención del donante, porque, en el caso, el esposo, en lugar de dar á su cónyuge el cuarto en propiedad, conforme al art. 1,098, le había dado el usufructo de todos sus bienes, y había, por ello, manifestado la voluntad de reservar á sus hijos la propiedad de sus bienes y de no conferir á su nuevo cónyuge más que un usufructo. La Corte concluyó que debía mantenerse la disposición en usufructo, exceptuando la de reducción, (2) lo cual, á nuestro entender, es violar el art. 917. Siempre se puede razonar como hizo la Corte de Bruselas, pues es evidente que el que dispone en usufructo no quiso disponer en propiedad, porque si deja herederos reservatarios él entiende conservar la propiedad de sus bienes en su familia; así, pues, fundándose en la intención del donante, podría y debería hacerse caso omiso del art. 917, que contribuye á obscurecer el Código. El donante no tiene más que un medio para impedir la aplicación del art. 917, que consiste en declarar su voluntad para el caso en que ten-

1 Burdeos, 3 de Julio de 1855 (Daloz, 1856, 2, 35).

2 Bruselas, 9 de Marzo de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 273).

ga lugar la reducción, pudiendo determinar la parte que quiere dejar á su consorte en usufructo, en caso de reducción, fijando bien que los herederos reservatarios no tienen derecho para reclamar la aplicación del art. 917, porque desde que dispone en usufructo no puede impedirles ejercer la elección que le señala este artículo.

ARTICULO III.—*Sanción.*

§ I.—EL ART. 1,099.

404. El art. 1,099 dice: “Los esposos no podrán darse indirectamente más que lo que les está permitido por las disposiciones citadas anteriormente.” Después viene un inciso concebido en estos términos: “Toda donación, ya sea encubierta ó hecha á personas interpósitas, será nula.”

La interpretación de este artículo ha sido muy discutida. Nosotros opinamos, con la jurisprudencia francesa, que la ley distingue las liberalidades indirectas y las liberalidades encubiertas ó hechas á interpósitas personas. Las primeras son válidas, pero sujetas á reducción; las segundas son nulas. Una sentencia de la Corte de Tolosa establece precisamente la distinción, pues la Corte reconoce que, por regla general, las disposiciones que exceden el disponible son válidas pero reducibles; así lo dice el artículo 920, y el 1,099 aplica este principio á las liberalidades indirectas. Directamente el esposo que vuelve á casarse no puede dar á su consorte más que la parte equivalente á la de un hijo, pues según dice el art. 1,099, no puede proporcionarle ventaja por donación indirecta. Así, pues, puede darle indirectamente una parte de hijo; pero si excede de dicha parte la donación indirecta, estará sujeta á reducción como si fuese directa.

Hasta aquí la ley queda en los términos del derecho común; pero la segunda disposición del art. 1,099 lo deroga,

pues nulifica las donaciones encubiertas ó hechas á interpósitas personas. Decir que una liberalidad es nula, equivale á decir que no produce ningún efecto, y, por lo mismo, la disposición encubierta ó hecha á interpósitas personas es nula, aun respecto de la cantidad de bienes que el esposo hubiera podido dar á su cónyuge. ¿Cuál es la razón de la diferencia que establece el art. 1,099 entre las donaciones indirectas en general y las donaciones encubiertas ó hechas á interpósitas personas? Conviene desde luego precisar que lo que la ley entiende por donaciones indirectas, son simplemente reducibles, y por donaciones encubiertas, son nulas. La donación indirecta, dice la Corte de Tolosa, es la que no ha sido hecha en términos directos por el donante, pero que resulta indirectamente de los efectos de un acto que no es donación, sin que haya fraude ni encubrimiento. Si un coheredero renuncia á una sucesión, su porción acrece á su coheredero; y resultándole una ventaja indirecta que excede de la cantidad disponible, esta ventaja será mantenida hasta la concurrencia de dicha cantidad, porque proviene de una renuncia lícita hecha abiertamente en la forma solemne prescrita por la ley, sin embozo alguno. También, si el esposo hace una sociedad con su cónyuge y le proporciona ventajas que exceden del disponible, estas ventajas serán mantenidas, pero serán reducibles: se supone que el contrato ha sido hecho francamente y sin encubrimiento ninguno en favor del cónyuge. La ley también aplica estos principios á la comunidad legal, pues si resulta ventaja para uno de los esposos que haya tenido hijos del primer matrimonio, éstos tendrán la acción de reducción y la ventaja será mantenida nada más hasta la concurrencia del disponible del artículo 1,098. Lo mismo sucede tratándose de la comunidad convencional (arts. 1,496 y 1,527). Por el contrario, la donación encubierta es un acto simulado que presen-

ta las apariencias de un contrato, á título oneroso, el cual, por su naturaleza, no está sujeto á reducción; pero la apariencia es engañosa, pues la verdadera intención de las partes no era tratar á título oneroso sino hacer una liberalidad en fraude de la ley; es decir, una donación que no podría ser reducida aun cuando excediera del disponible. Tal era, en el caso juzgado por la Corte de Tolosa, la donación hecha por el marido á su mujer: por contrato matrimonial, el esposo donante, que tenía entonces cuatro hijos de su primer matrimonio, reconoció á su segunda mujer un dote de 80,000 francos, aunque no fué en realidad más que de 21,000 francos. Todas las circunstancias del juicio probaron la intención de hacer un fraude contra la ley; para establecer la realidad del dote, la mujer contó en presencia del notario los 80,000 francos, los remitió á su futuro esposo, y el notario hizo constar que se había contado el dinero; pero se supo que el futuro había tomado los 59,000 francos que constituían el dote ficticio, en una casa conocida, á la cual fueron restituidos después de la celebración del acto. Hubo, pues, donación encubierta, y este encubrimiento fué fraudulento. Cuando el donante, en lugar de dar á su cónyuge da á una persona interpósita para devolver la cosa dada al cónyuge, hay igualmente intención de defraudar á la ley, en el sentido de que quiere disimular la liberalidad y sustraerla así á la reducción haciendo lo que la ley le prohíbe.

Ahora se verá el rigor de la sanción. ¿Puede permitir el legislador que los esposos violen impunemente sus prohibiciones? Nó, porque sería ilusoria la defensa, y por lo mismo se necesita una sanción. ¿En qué debe consistir? Algunos han pretendido que con la reducción bastaría, pero éste es un error, pues este derecho sería bastante para las liberalidades directas y para las indirectas que se hicieran francamente, porque los que tienen derecho de pedir la re-

ducción, teniendo conocimiento de las liberalidades, no se equivocarían al proceder, puesto que el donante no ha querido impedir su acción desde el momento en que hizo su liberalidad á vista y con conocimiento de todo el mundo. Pero lo contrario sucede cuando hace una liberalidad encubierta ó disimulada, pues quiere impedir á los reservatarios que pidan la reducción: y muy frecuentemente conseguirá su objeto á pesar de la sanción de nulidad. El fraude perjudica la previsión de la ley, pues encuentra mil medios para cambiar y eludir la ley, mil medios de encubrir y disimular una donación. ¿Qué sucedería si la ley se limitase á declarar reducible la donación? Se daría libre curso al fraude, porque nada tenía que temer, pues si se llega á descubrir, la liberalidad sería mantenida como si se hubiese hecho de buena fe, y si no se descubre se conseguiría el objeto del fraude. No hay más que un medio de evitar este cálculo infame, el cual consiste en castigar el fraude anulando totalmente la donación, pues el temor de ser anulada la liberalidad contendrá al donante, quien preferirá dar en los límites del disponible y excederse francamente, al riesgo de ser anulada por entero la liberalidad. (1)

405. El sistema de nulidad que hemos expuesto domina en la jurisprudencia francesa, (2) pues la Corte de Casación lo ha consagrado y la mayor parte de las cortes de apelación se han adherido á este parecer. La doctrina está dividida: hay autores que enseñan que las donaciones encubiertas ó hechas á personas interpósitas, son nulas absolutamente, y otras veces con diferencia ó grados en la aplicación, sobre los cuales ya hablamos; otros dicen

1 Tolosa, 13 de Mayo de 1835, y Rejet, de la Sala Civil, 29 de Mayo de 1838 (Dalloz, núm. 915, 2°).

2 Véanse las sentencias citadas por Dalloz, 1855, 1, 193, y la Tabla Alfabética, t. 2°, pág. 310, núms. 86 y 87. Conviene agregar, París, 24 de Abril de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 221).

que las donaciones aunque encubiertas ó hechas á personas interpósitas, son únicamente reducibles (1) y hay algunas sentencias en favor de esta opinión, (2) la cual ha encontrado un apoyo considerable en una decisión de la Corte de Casación de Bélgica. El respeto que tenemos á nuestra Corte Suprema nos obliga á combatir el fallo que rindió.

La Corte hizo una declaración que condena de antemano la interpretación que da á la ley, pues dice que si se atiende exclusivamente á la letra del art. 1,098, debe admitirse que toda donación entre esposos, encubierta ó hecha á personas interpósitas, será nula absolutamente. Si la letra de la ley tiene este sentido, á él debe atenderse, cualesquiera que sean las consideraciones que se invoquen para hacer decir á la ley otra cosa que lo que dice. En efecto, la letra de la ley es muy clara, pues el art. 1,098 dice que las donaciones encubiertas ó hechas á personas interpósitas son "nulas," y no dice que son reducibles. Cuando el texto no deja ninguna duda, encadena al intérprete y no es permitido apartarse de él, (3) lo cual, á nuestro modo de ver, es decisivo. En todo el curso de esta obra seguiremos como principio invariable, esta regla de interpretación que los mismos autores del Código habían formulado en un título preliminar: "Cuando una ley es clara, no debe eludirse la letra bajo pretexto de penetrar el espíritu." (4) La Corte de Casación de Bélgica, lo mismo que la de Francia, han aplicado algunas veces este principio; y experimentamos un profundo disgusto cuando vemos desentenderse de él á las cortes supremas. Nues-

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 624, nota 24, pfo. 690. Dalloz, número 942. Demolombe, t. 23, pág. 693, núm. 614.

2 Véase Dalloz, núm. 944, y Grenoble, 21 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1870, 2º, 190).

3 Agén, 5 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1859, 2º, 7): "Cuando la ley es clara, no hay lugar á interpretación."

4 Véase el tomo 1º de estos *Principios*, pág. 342, núm. 273.

tra Corte no lo rechaza abiertamente, pero pretende que el art. 1,098 presenta todavía otro sentido; y desde el momento en que es posible otra interpretación, el intérprete tiene el derecho de adoptar la que le parezca más conforme á los principios y al espíritu de la ley. Veamos cuál es esta interpretación.

El inciso segundo del art. 1,099 no debe ser separado del primero, que determina el sentido y fija la extensión. El art. 1,099 comienza por rechazar el principio general de que el donante no puede hacer por medios indirectos lo que le está prohibido hacer directamente, y que, por consiguiente, no puede, por liberalidades indirectas, exceder el disponible del art. 1,098, lo cual implica que si se excede, los donatarios excesivos estén sujetos á reducción. En seguida viene el segundo inciso que, según dice la Corte, aplica este principio á las ventajas indirectas que más frecuentemente se presentan á las donaciones encubiertas y á las hechas por interpósitas personas. Si, como la Corte dice, el segundo inciso no hiciera más que aplicar el principio asentado por el primero, sería perfectamente inútil y podría borrarse del Código, como efectivamente lo borra la Corte con la interpretación que le da. El primer inciso dice: las donaciones indirectas son reducibles como las donaciones directas. Según la Corte, el segundo inciso decía así: las donaciones encubiertas ó las hechas por interpósitas personas son reducibles. ¿Para qué sirve esta aplicación del principio? ¿quién ignora que las donaciones encubiertas ó hechas por interpósitas personas son indirectas? ¿quién ha pensado dudarle jamás? ¿Se tomaría la molestia el legislador de hacer la aplicación de un principio cuando esta aplicación está de más? Debe decirse que es de tal manera evidente, que el legislador no podía ni aun pensar en hacerla. Así, si después de haber establecido el principio, ha creído deber hablar de las donaciones encu-

biertas ó hechas por interpósitas personas, debe creerse que esto es, no para repetir que estas donaciones son reducibles, sino para decir otra cosa, como en efecto la dice. Prescribe el art. 1,099 que la donación encubierta es nula, y se le quiere hacer decir que es reducible, porque una donación sujeta á reducción simplemente no es nula. Se pretende que es nula en el sentido de que no produce ningún efecto cuando excede al disponible, y nosotros respondemos que si tal es el sentido del inciso segundo del art. 1,099, dicha disposición es inútil; más bien dicho, inexacta: inútil, porque el primer inciso ha dicho ya que toda donación indirecta está sujeta á reducción: inexacta, porque después de haber dicho que "toda" donación indirecta es reducible, la ley agregaría que nada más lo son algunas de estas donaciones, lo cual carece de sentido. En definitiva, el segundo inciso no tiene razón de ser en la interpretación que combatimos y debe quitarse: ¿tendrá este derecho el intérprete?

La Corte de Casación ni siquiera intenta explicar el segundo inciso, limitándose á sostener que no tiene el sentido que la letra de la ley le da, y al texto opone la tradición. La disposición del art. 1,098 está tomada del edicto de segundas nupcias, el cual ha extendido á todo el reino las leyes romanas que él seguía en el país de derecho escrito; porque ni el derecho romano ni el edicto ni la antigua jurisprudencia, anulaban las liberalidades excesivas, y no se distinguía entre las donaciones encubiertas ó las hechas por personas interpósitas y las donaciones indirectas, pues todas estaban sujetas á reducción simplemente. Los autores del Código no han hecho más que consagrar la tradición en esta materia y, por lo mismo, conviene entender el art. 1,098 en el sentido del antiguo derecho. Para que fuese decisiva la tradición se necesitaría, desde luego, que fuese constante, después que se probase que, á

posar de los términos del art. 1,099 que anulan la donación, el legislador ha querido reducirla simplemente, conforme á la tradición. Porque la tradición no es constante y Pothier lo dice formalmente: "Las ventajas que sean *simuladas* y que no se hayan hecho más que para *disimular y encubrir* una donación que uno de los cónyuges quiera hacer al otro, serán declaradas *nulas*; pero las que no sean más que *indirectas* serán válidas y solamente se invalidará la ventaja prohibida que hayan incluido." (1) Hé aquí la fuente del art. 1,099. Los trabajos preparatorios que se invocan no nos enseñan nada, por la excelente razón de que la cuestión no ha sido prevista por el Consejo de Estado, limitándose los discursos á parafrasear el texto del Código. (2)

El rigor de esta interpretación, dicen, es excesivo é inusitado en nuestra legislación, y éstas son las consideraciones que se oponen á la voluntad clara y formal del legislador, las cuales no tienen valor, porque estas consideraciones, por poderosas que sean, no autorizan al intérprete á hacer caso omiso del texto. Nosotros hemos querido justificar este rigor, y una sentencia de la Corte de Agén lo ha hecho en términos excelentes: "Entre las ventajas indirectas, pero ostensibles, y las donaciones simuladas, hay toda la diferencia que separa la verdad de la mentira, y el legislador debe ser indulgente cuando no se trata más que de una cuestión de cantidad; pero ha debido armarse de un rigor saludable cuando al lado de un encubrimiento se ha tratado de defraudar la ley. Hay un objeto doble que atender: aumentar la protección debida á los hijos del primer matrimonio, desde el momento en que el amor del padre ó de la madre se refiere á ellos, y conservar in-

1 Pothier, *De las Donaciones entre Marido y Mujer*, núm. 78.

2 Rejet, 29 de Diciembre de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 1, 241).

tacta la facultad de revocar las donaciones entre esposos." (1)

406. El sistema de la nulidad de las liberalidades encubiertas presenta algunas dificultades en la aplicación, de donde se siguen nuevas controversias. ¿Hay nulidad cuando la ventaja disimulada no excede de la cantidad que el esposo puede dar á su cónyuge? La Corte de Casación de Francia ha opinado por la negativa, diciendo que cuando la donación no es excesiva no hay razón para anularla. ¿No hay un principio que dice que las partes pueden libremente valerse de muchos medios para atender á su objeto cuando éste es lícito? ¿Qué importa que el donante haga una liberalidad á su cónyuge bajo la forma de un contrato oneroso ó por medio de tercera persona si no le da más que lo que tiene derecho de darle? (2)

Esta interpretación no tiene en cuenta que el solo motivo legítimo es el rigor de la ley; esto es, quiere prevenir el fraude anulando, sin ninguna distinción, toda donación cuya forma manifieste la intención de sustraer las liberalidades á la reducción; y hay otra objeción que nos parece decisiva, cual es la de que en el momento en que el esposo donante hace su liberalidad, no sabía ni podía saber si ésta excedía ó no excedía el disponible, pues esto depende del número de hijos que dejara á su muerte; porque los que tiene en el momento de la donación pueden morir, y pueden sobrevenirle otros, pudiendo, además, aumentar ó disminuir su fortuna. ¿Se comprende que la validez ó nulidad de la donación dependa exclusivamente del azar? Este no es el sistema de la ley, pues lo que ella quiere es evitar que se la defraude, puesto que el esposo hace fraude á la ley

1 Agén, 5 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850, 2, 7).

2 Rejet, 7 de Febrero de 1849 (Daloz, 1849, 1, 71). Casación, 2 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 193). Liéja, 4 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 88). Troplong, t. 2º, pág. 498, núm. 2,744).

por el solo hecho de emplear medios encubiertos disimulados para proporcionar ventajas á su cónyuge. (1)

407. Nosotros siempre hemos supuesto la intención de defraudar á la ley. ¿Debe concluirse que el demandante por nulidad debe probar que la donación es fraudulenta, de modo que si no se demostrase el fraude la donación se mantendría, salva la reducción si tuviese lugar? La jurisprudencia está en este sentido, mientras que los autores son más severos. ¿Por qué razón la ley ataca de nulidad las donaciones encubiertas ó hechas por interpósita persona? Porque presume que el donante ha tenido la intención de sustraer de la reducción las ventajas que hizo á su consorte: y esto lo presume por sólo el hecho de haber recibido recursos para obsequiarlo por dos medios distintos y encubiertos. La ley quiere evitar este fraude y para ello no hay más medio que anular las liberalidades por sólo el hecho de haber sido donadas por encubrimiento ó por medio de personas interpósitas. El texto está concebido en este sentido y debe ser interpretado con todo rigor puesto que es el único medio de impedir el fraude, (2) y, por consiguiente, hay lugar para aplicar los principios que rigen respecto de las presunciones legales: el demandante no tiene nada que probar y ninguna prueba se admite contra la presunción, puesto que la ley anula el acto bajo una presunción de fraude, el cual es uno de los casos en que la ley no admite prueba en contrario (art. 1,352). El rigor de esta regla es, sin embargo, moderado por la excepción que admite el art. 1,352 para el juramento y la confesión, cuyos dos modos de prueba se admiten contra toda presunción, como lo explicaremos en el título "De las Obligaciones."

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 625, nota 25. Demolombe, t. 23, página 697, 4º

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 625, nota 25. Demolombe, t. 23, página 697, núm. 614.

408. El art. 1,099 sigue inmediatamente al artículo que prohíbe al esposo dar á su segundo consorte más de la parte que percibiría el hijo á quien correspondiese menor. ¿Debe deducirse que la sanción que prescribe no se aplica más que al caso previsto por el art. 1,098? ¿O debe aplicarse también á los casos de los arts. 1,094 y 1,096? Es cierto que el rigor de la ley no se justifica plenamente más que cuando se trata de liberalidades que un esposo hace á su nuevo consorte. Por un lado estas liberalidades son mal vistas, y podría agregarse que, en el espíritu de la tradición, el art. 1,098 fué puesto por aborrecimiento á las segundas nupcias, y, por otro lado, la experiencia prueba que los esposos que vuelven á casarse son siempre inclinados á hacer liberalidades excesivas á su nuevo cónyuge, y como la ley limita la facultad de disponer en su favor, ellos acuden al fraude. Estas consideraciones tienen menos fuerza cuando se trata de donaciones hechas entre esposos que no tienen hijos del primer matrimonio, pues la ley, lejos de limitar su derecho de disponer, se los extiende, y, por consiguiente, no debe presumirse el fraude cuando se hagan donaciones encubiertas ó simuladas. Pero estas consideraciones ceden ante los términos generales del art. 1,099, pues el primer inciso se refiere expresamente á las "disposiciones citadas;" es decir, á los artículos que limitan el disponible, y el segundo inciso tiene la misma generalidad; pero hay, sin embargo, una restricción que resulta de los términos de la ley; el primer inciso supone que las donaciones exceden el disponible, y como en favor de los reservatarios se ha establecido la reducción de las liberalidades excesivas, el inciso segundo, que declara la nulidad de las donaciones disimuladas, debe ser limitado al mismo caso. Si no hay reservatarios, la nulidad no tiene razón de ser; lo cual quiere decir que el art. 1,099 no se aplica á las donaciones que se hagan los esposos duran-

te el matrimonio, más que cuando tuvieren hijos. Ya hemos dicho que la jurisprudencia ha adoptado la opinión contraria, pues admite que la causa de revocación establecida por el art. 1,096 está sancionada por el 1,099, aun cuando no haya reservatarios. (1) A nuestro entender, esto es exceder la ley.

§ II.—EL ART. 1,100.

409. El art. 1,100 reputa interpósitas ciertas personas en razón de su vínculo de parentesco con el esposo á quien el donante ha querido recompensar indirectamente: "Serán reputadas hechas á interpósitas personas, las donaciones de uno de los esposos á los hijos ó á uno de los hijos del otro esposo habidos de anterior matrimonio." ¿Bajo el nombre de hijos deben comprenderse los nietos? Hay un motivo para dudar, que consiste en que las presunciones legales tienen la más estricta interpretación. Muchas veces hemos creído, con la jurisprudencia y la doctrina, que los descendientes de los esposos se considerarán interpósitas personas. Si está prohibido extender las presunciones, no lo está interpretarlas. La palabra "hijos" tiene un sentido técnico en derecho: comprende, por regla general, á los descendientes, y, en el caso, no hay ninguna razón para hacer caso omiso de este sentido. Esto nos parece decisivo. (2)

La cuestión es más dudosa respecto de los hijos naturales del esposo, pues el texto no habla más que de hijos "habidos en otro matrimonio." Se dice, á la verdad, que esto es por oposición á los hijos comunes, los cuales no son tenidos como interpósitas personas. La explicación es buena, pero no impide que el texto excluya á los hijos naturales, y

1 Véase anteriormente, pág. 441, núm. 358 y pág. 404, núm. 323.
2 Gaen, 6 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 115). Agén, 5 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 7), y los autores citados por Dalloz, núm. 958).

en materia de presunciones legales no se puede hacer á un lado el texto; y, sin embargo, la opinión contraria es generalmente seguida. (1) En cuanto á los hijos comunes es cierto que no están comprendidos entre las personas interpósitas y en este sentido el texto es terminante. (2)

410. El art. 1,100 reputa todavía hechas á interpósitas personas las donaciones que el esposo hace á los parientes de quienes su consorte es presunto heredero el día de la donación, aunque éste último no haya sobrevivido á su pariente donatario. ¿Por qué considera la ley el estado de las cosas, en el momento de la donación, sin tener en cuenta lo que podrá sobrevenir más tarde? La razón es que la ley quiere castigar el fraude y lo presume cuando el donante hace una liberalidad á un pariente de quien su consorte es presunto heredero, porque la intención de defraudar debe existir en el momento en que se hace la donación y no puede depender de eventualidades posteriores que es imposible que el donante prevea; de aquí se deduce que no hay presunción de interposición cuando el consorte no era presunto heredero del donatario, cualesquiera que sean las circunstancias que sobrevengan después. Así, el abuelo no se presume interpósita persona si al tiempo de la donación el padre vivía todavía; pero si no se presume interposición sí puede haber interposición de hecho, lo cual es muy probable. (3)

El art. 1,100 dice: "Siempre que este último no haya sobrevivido á su pariente donatario." ¿Qué debe decidirse si sobrevive, si renuncia ó si es indigno? Poco importa, y la presunción no existe menos, puesto que la intención de defraudar existía al tiempo de la donación. Si la ley prevee el caso de la muerte, es para el caso ordinario en que

1 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 628, nota 29, y todos los autores. Lieja, 4 de Febrero de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 88).

2 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 956.

3 Marcadé, t. 4º, pág. 253, art. 1,100, núm. 1, y todos los autores

el presunto heredero no llegue á la sucesión. La misma razón hay para decir, cualquiera que sea la causa por la cual el cónyuge no sucede á su donatario, pues no había menos intención de defraudar y ésta es lo que castiga la ley. (1)

411. ¿Cuándo cesa la presunción de interposición? Esta no tiene lugar sino cuando es imposible que el donante haya entendido donar á su consorte, por mediación de la persona que la ley presume interpósita; por ejemplo, cuando la donación se hace al hijo del consorte después de la muerte de éste. No se puede hacer liberalidad á un muerto y el hijo donatario no es incapaz de recibir más que á título de interpósita persona, y en el caso éste no puede serlo. Por la misma razón no se presume interposición sino cuando la liberalidad, por su naturaleza, no puede tener efecto más que á la muerte del consorte: tal sería una renta vitalicia legada al hijo del cónyuge, con la cláusula de que podría solamente concurrir á recibirla á la muerte de éste, lo cual equivale á que la donación fuese hecha después de la muerte del consorte, pues éste no puede aprovecharla y es, por lo tanto, imposible que el hijo sea persona interpósita para hacerle alcanzar esta liberalidad. (2)

La Corte de Caen, que así lo decidió, va más lejos, pues admite que si la donación hecha á una persona que se presume interpósita, no excede el disponible, no hay lugar para declarar la nulidad. (3) Esta es la aplicación del principio consagrado por la Corte de Casación, que hemos combatido (núm. 406), rechazando la consecuencia que de este principio se deduce. Hay presunción de fraude cuando la donación es hecha á una persona que se presume interpó-

1 Aubry & Rau. t. 5º, pág. 627, nota 27, y todos los autores.

2 Caen. 13 de Noviembre de 1847 (Daloz, 1849, 1, 72). Troplong, t. 2º, 501, núm. 2.755).

3 Compárese Orleáns, 10 de Febrero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 64).

sita y el frude consiste en la intención de defraudar, que es lo que la ley castiga, porque la intención de defraudar no puede depender de un hecho que el donante no podía preveer muy frecuentemente.

412. Puede tener lugar la interposición fuera del caso previsto por el art. 1,100, y será entonces ésta una cuestión de hecho que el juez decidirá conforme al derecho común. Hay diferencia entre la interposición de hecho y la interposición presunta: la primera debe probarse, puesto que todo demandante debe probar el fundamento de su demanda; la prueba se hará por testigos y, en caso de necesidad, por presunciones humanas, conforme al artículo 1,353. (1) En cuanto á la interposición presunta, no debe probarse, porque, según el art. 1,352, la presunción legal dispensa de toda prueba á aquel á quien aprovecha. ¿Puede ser combatida por la prueba contraria? Nó, puesto que la presunción del art. 1,100 es una de las que no admite prueba en contra, salvo el juramento y la confesión. Hablarémos de este punto en el título "De las Obligaciones."

413. ¿Se aplica también el art. 1,100 á las donaciones entre esposos hechas durante el matrimonio? En la opinión general la causa de revocación de estas donaciones está sancionada por la pena de nulidad que el art. 1,099 pronuncia contra "toda" donación disimulada ó hecha por medio de interpósitas personas. La jurisprudencia se muestra aun más severa para las donaciones disimuladas que los esposos se hacen durante el matrimonio, en el sentido de que las anula aun cuando no excedan del disponible; (2) pero nos parece que esto es exceder al texto y al espíritu de la ley. El texto del art. 1,098 no habla más que de las donaciones que perjudiquen la reserva, pues ésta es la que la ley quiere proteger, y, por consiguiente, cuando los es.

1 Rouen, 15 de Febrero de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 266).

2 Paris, 24 de Abril de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 221).

posos no tienen hijos, este motivo no tiene fuerza; tampoco el art. 1,099 y, como consecuencia, el 1,100. El derecho de revocación basta para garantizar la revocabilidad, al menos general, porque las donaciones disimuladas son tan revocables como las directas; además, el donante puede probar la disimulación por testigos y por simples presunciones, puesto que se trata de un fraude contra la ley. Si se admite que los arts. 1,099 y 1,100 se apliquen al caso del 1,096, debe ser lógico y debe aplicarse la ley con todas sus consecuencias.

§ III.—DE LA ACCIÓN DE NULIDAD.

414. ¿Quién puede proceder por nulidad? Cuando la nulidad es de orden público toda persona interesada puede proceder, mientras que cuando no es de orden público la acción no puede ser intentada más que por la parte en interés de quien la ley declara nulo el acto. Tal es el principio. Se trata, pues, de saber si la nulidad del art. 1,099 es de orden público. Así lo pretende M. Demolombe, pues dice que la nulidad debe tener por objeto evitar, por medio de una sanción enérgica, los daños considerables que podrían sobrevenir de las donaciones disimuladas; (1) pero esto es muy general. Porque ¿cuáles son estos daños? Ellos conciernen únicamente á los hijos del primer matrimonio, en el caso del art. 1,099, y á los reservatarios en general en el caso del art. 1,094. Dejemos por el momento á un lado el art. 1,096. ¿Se nos querrá decir que el orden público, es decir, el interés general, tiene algo de común con el interés de los hijos y de los descendientes? Se trata de vigilar un interés pecuniario y, por consiguiente, las partes interesadas son las únicas que tienen el derecho de proceder. De aquí se sigue que el donante no puede proceder, ni, por consiguiente,

1 Demolombe, t. 23, pág. 698, núm. 715.

te, sus acreedores. La Corte de Limoges decidió lo contrario, pero la sentencia fué casada, como debía ser, porque confundía todos los principios. Comenzaba por decir que pronunciando la ley la nulidad sin restricción era como si el acto que á ella se refería no hubiese existido, y que, por lo mismo, no podía producir ningún efecto legal; lo cual equivale á decir que la donación encubierta es un acto inexistente; ¿y por qué sería inexistente? Inútilmente se busca la razón, á menos que se pretenda que es ilícita la causa de la donación, lo cual sería otro error, porque la causa de la donación no es otra cosa que la voluntad de conferir un beneficio, y si esta voluntad no se manifiesta en las formas legales, puede la ley anularla; pero eso no implica que la voluntad de dar sea ilícita, puesto que ésta no lo es más que para lo que excede el disponible, y de ningún modo para la cantidad de que el donante puede disponer. Si, á pesar de esto, la ley anula el todo, será á título de sanción; mas esta sanción, como toda pena, debe ser pronunciada por el juez, cuando no se trate de un acto inexistente. La donación es simplemente nula, es decir, anulable, porque la nulidad no puede ser invocada más que por aquel en interés de quien la ha establecido la ley. ¿Tiene este interés el donante? Ciertamente que nó, y, sin embargo, la Corte de Limoges le concede la acción, y, por consiguiente, también la da á sus acreedores. La Corte de Casación ha condenado estos errores, diciendo que la acción no podía ser deducida más que por aquellos á quienes la donación valnerase sus derechos; es decir, por los hijos del primer matrimonio, en el caso del art. 1,098. y por los reservatarios en general, en el caso del artículo 1,094. (1)

415. Queda el caso del art. 1,096. Si se admite con la ju-

1 Casación, 2 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 133). Aubry y Rau, t. 5°, pág. 523, núm. 36.

jurisprudencia que la regla de la revocabilidad está sancionada con la pena de nulidad, se puede admitir que la acción pertenece á todas las partes interesadas, aun al donante, y en este sentido está la jurisprudencia, aunque M. Demolombe objeta que esto es contradictorio. La Corte de Casación responde que si la ley declara revocables las donaciones hechas entre esposos durante el matrimonio, es porque el matrimonio las vicia, pues siendo éste de orden público, se puede sostener que también la revocabilidad es de orden público. (1) La respuesta nos parece muy sutil. Cualquiera que sea, estando establecida la revocación en interés del donante, puede revocarla, y debe tener también el derecho de proceder por nulidad, pues la acción de nulidad, si se le admite, tiene por objeto garantizar la revocabilidad.

416. La acción de nulidad se abre á la muerte del donante. Este es el derecho común. La acción de reducción no se abre sino á la muerte del que ha hecho las liberalidades excesivas, y como la nulidad pronunciada por el artículo 1,099 tiene por objeto garantizar los intereses de los reservatarios, es, pues, la sanción de la indisponibilidad, y, por lo mismo, se deben aplicar á la nulidad los principios que rigen la reducción. En nuestra opinión esto no es dudoso, pues si los reservatarios son los únicos que tienen el derecho de proceder, es cierto que no pueden intentar la acción sino cuando esté abierto su derecho á la reserva, es decir, á la muerte de su autor.

Todo el mundo está de acuerdo sobre este punto, y la única dificultad está en saber si pueden los hijos proceder, en vida de su autor, no para pedir la nulidad sino para tomar las medidas de conservación. Se ha juzgado que los hijos del primer matrimonio son admisibles aun en vida

1 Rejet, 16 de Abril de 1850 (Daloz, 1850, 1, 152), Compárense las sentencias citadas por Daloz, núm. 948.

de su padre, á oponerse á que la mujer, después de haber obtenido la separación corporal, retire el total de una liberalidad encubierta que le ha sido hecha por su padre bajo el título de constitución dotal. (1)

Nosotros hemos enseñado lo contrario en un caso semejante. Los acreedores condicionales son los únicos que pueden intentar medidas de conservación mientras que la condición está en suspenso (art. 1,180); y como el derecho de los reservatarios, mayor que el de los herederos en general, no es un derecho condicional, sino una simple esperanza, ésta nunca es un derecho, ni siquiera eventual. (2)



1 Grenoble, 2 de Julio de 1831 (Dalloz, núm. 910).

2 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 629, nota 37. En sentido contrario, Merlín y Troplong.