

CAPITULO PRIMERO.

Disposiciones generales.

§ I.—COMO SE PUEDE DISPONER A TITULO GRATUITO.

96. El art. 893 dice “que nadie podrá disponer de sus bienes, á título gratuito, sino por donación entre vivos ó por testamento, en las formas que se establecerán más adelante.” Esta disposición implica una doble restricción, la una concerniente al fondo, y la otra á la forma. El tribuno Jaubert ha formulado muy bien la primera: “Puede uno disponer de sus bienes á título gratuito, pero sólo por donación entre vivos ó por testamento. Dejará de subsistir la distinción de las disposiciones de última voluntad en testamentos ó donaciones á causa de muerte; no se reconocerá más que una sola especie de última voluntad, que se llamarán testamentos.” (1) La restricción de las formas en las cuales se puede disponer á título gratuito da lugar á algunas dificultades, que más adelante veremos. El ob-

1 Jaubert, Informe al Tribunado, núm. 4 (Looaré, t. 5º, pág. 344).

jeto esencial del art. 893 es abolir las donaciones á causa de muerte. Esto se ha puesto en duda á pesar de la declaración formal de Jaubert; creemos inútil combatir una opinión que tiene en su contra el texto y el espíritu de la ley. Es contraria al texto, porque el art. 893 está concebido en términos restrictivos y prohibitivos; no conserva más que dos modos de disponer de los bienes á título gratuito, la donación entre vivos y el testamento. Luego abroga la donación á causa de muerte, institución romana que se usaba en los países de derecho escrito, pero que el derecho consuetudinario no conocía. Aunque el principio sea cierto, la aplicación sugiere más de una duda.

97. La donación á causa de muerte guardaba un término medio entre la donación y el testamento. Se acercaba á la donación entre vivos por la forma: era un contrato que exigía el concurso de consentimiento del donador y del donatario; pero difería esencialmente de la donación, en que el donador no se desprendía actualmente de la cosa donada, y podía á toda hora revocar su liberalidad. Bajo este concepto, existía grande analogía entre la donación á causa de muerte y el legado: el prefallecimiento del donatario, así como el del legatario, hacen caduca la liberalidad. Según esto, fácil es distinguir la donación á causa de muerte y la donación entre vivos, del legado. La donación entre vivos es esencialmente translativa de propiedad, y la transmisión es irrevocable; mientras que la donación á causa de muerte no despoja al donador, sino únicamente á los herederos si el donatario sobrevive y si el donador no ha revocado su liberalidad: en este sentido, se decía que el donador, en la donación á causa de muerte, se prefería al donatario, pero que prefería el donatario á sus herederos. En cuanto al legado, no da ningún derecho al legatario, no es más que un simple proyecto de disposición que se realiza á la muerte del testador; mientras

que la donación á causa de muerte acarrea una translación irrevocable de la cosa donada. (1)

Más difícil es distinguir la donación á causa de muerte que la donación que se hace por contrato de matrimonio, y sobre todo de la donación entre cónyuges. La donación por contrato de matrimonio no despoja al donador, y caduca por prefallecimiento del donatario: éstas son las analogías. Hé aquí la diferencia: la donación de bienes en lo porvenir es irrevocable en el sentido de que el donador no puede revocar la liberalidad que ha hecho, donando sus bienes á otro donatario, mientras que la donación á causa de muerte es irrevocable como un legado. En cuanto á la donación entre cónyuges, es revocable, lo que parece identificarla con la donación á causa de muerte. Hay, sin embargo, una diferencia esencial, y es que la donación entre cónyuges es una donación entre vivos, á la que, en consecuencia, deben aplicarse los principios que rigen esta liberalidad; así es que debe aceptarse de una manera expresa, mientras que una aceptación tácita era suficiente para la validez de la donación á causa de muerte. El esposo donador se despoja; aunque pueda revocar, la donación no se vuelve caduca por el prefallecimiento del donatario. Si se trata de reducir las donaciones entre cónyuges, se las asimila igualmente á las donaciones entre vivos, es decir, que se las reduce después de agotados los bienes legados, y empezando por la última, mientras que en otro tiempo las donaciones á causa de muerte se reducían como los legados, es decir, concurrentemente y á marco por franco.

98. En el antiguo derecho, la donación á causa de muerte tenía una ventaja que no podría ya tener en el derecho moderno. Seguíase, en los países de derecho escrito, la

1 Zachariæ, t. 5º, pág. 415, nota 7 del pfo. 644. Merlín, *Repeticiones*, en la palabra *Donación*, sec. 1º, pfo. 1, núm. 2.

regla del derecho romano que no permitía más que al padre de familia hacer su testamento; mientras que el hijo de familia, incapaz de testar, tenía capacidad para donar á causa de muerte. Por lo demás, la donación á causa de muerte tenía poca utilidad, daba lugar á disputas, porque con frecuencia era difícil distinguirla de las otras liberalidades. Por esta razón los autores del código la suprimieron. De aquí ha surgido otra dificultad. Siendo nula la donación á causa de muerte, los herederos están interesados en atacar las liberalidades hechas por el difunto, cuando parecen presentar los curadores de la antigua donación á causa de muerte. Lo que hace que sea dudosa la decisión de estas cuestiones, es que la donación á causa de muerte tiene algo de indeciso; los caracteres que la distinguen de las liberalidades permitidas por el código, no son tan precisos como podría creerse según lo que acabamos de decir. Así es que esta donación no es esencialmente revocable por la voluntad sola del donador; se puede estipular que él no podrá revocarla por el hecho solo de cambiar de voluntad; en este caso, se parece singularmente á la donación de los bienes futuros del código civil. Ordinariamente se hace en la forma de contrato, lo que la distingue del legado, pero se acabó por no exigir más la aceptación del donatario; y en este caso casi no difería del legado, como lo dice Justiniano. (1)

Vamos á recorrer los casos que se han presentado ante los tribunales. Una persona que está á punto de morir hace un donativo manual de una suma de dinero, con la condición de que el donatario no dispondrá de él antes del fallecimiento del donador, y que se la devolverá si recobra la salud. Se pregunta si ésta es una donación entre vivos, válida como donativo manual, pero subordinada á una condición suspensiva ó resolutoria. Se falló que dicha

1 L. 3, C., *de mortis causa donat.* (VIII, 57).

donación era una verdadera donación á causa de muerte. En efecto, la condición de que la suma donada se restituyese si el donatario recobraba la salud, excluía la intención de donar entre vivos: no había traslado de la suma, y el prefallecimiento del donatario volvía caduco el donativo. Hé aquí ciertamente los caracteres de una donación á causa de muerte; podía decirse, con los jurisconsultos romanos, que el donador prefería al donatario, á la vez que prefiriendo el donatario á los herederos: y, cuando el donador se prefiere al donatario, no hay donación. No podrá ser cuestión, en este caso, de legado, porque el legado no se hace de mano á mano. (1) No debe concluirse de aquí que un donativo manual hecho al llegarse la muerte es necesariamente nulo; todo depende de las condiciones que pone el disponente. Si lo hace sin ninguna condición, la liberalidad será perfectamente válida, porque ninguna ley impide á los que están cercanos á la muerte, el que hagan una liberalidad en forma de donación entre vivos; y, el donativo manual es una donación entre vivos, como más adelante lo diremos.

Un contrato de matrimonio estipula el régimen de la comunidad; en él se dice que los bienes que se adquieran pertenecen á los hijos que nazcan del matrimonio. Se falló que esta cláusula encerraba una donación á causa de muerte. Nosotros creemos que la corte de Burdeos falló bien al anular la cláusula, pero no podríamos ver en esto una donación á causa de muerte. ¿En dónde está, en este caso, el consentimiento del donatario? Los donatarios no estaban todavía concebidos al hacerse la donación. Falta igualmente otro carácter de la donación á causa de muerte, el de la revocabilidad, porque en la sentencia de los donadores, los bienes por adquirir debían pertenecer definitiva é irrevocablemente á los donatarios; ellos preferían

1 Burdeos, 8 de Agosto de 1853 (Daloz, 1854, 2, 81.

pues, los donatarios á sí mismos, lo que implica hacer una donación entre vivos. Pero, como tal, la liberalidad era nula, porque los donatarios no estaban concebidos al hacerse la donación, y los futuros cónyuges daban bienes por venir. La liberalidad tampoco podía valer como institución contractual, porque esta institución no puede hacerse directamente en provecho de los hijos que nazcan. Luego la cláusula no podía valer ni como donación entre vivos, ni como donación de bienes futuros; luego era nula en todos conceptos. (1)

Por contrato de matrimonio, la madre del futuro da á los cónyuges todos los inmuebles de que será ella propietaria en el momento en que fallezca su marido. Se ha pretendido que tal liberalidad era una donación á causa de muerte, y, como tal, nula. La corte de casación falló muy bien que no había en esto disposición á causa de muerte, porque la donación debía tener efecto en vida del donador. Pero la sentencia pronunciada en materia fiscal, implica que la liberalidad no reunía todos los caracteres requeridos para la validez de una donación entre vivos. En efecto, la donadora daba bienes que ella no debía adquirir sino hasta la muerte de su marido; luego no se despojaba actualmente, como lo exige el art. 894. Si la corte de casación mantuvo los derechos que se habían percibido, es porque bajo el punto de vista del derecho fiscal, no se tiene en cuenta el valor obligatorio del acto. (2)

Por escritura notariada una viuda se reconoce deudora de una suma de mil francos hacia dos cónyuges, por diversos abastecimientos y préstamos en dinero, y encarga á sus herederos que paguen esa suma un mes después de su fallecimiento. El tribunal resolvió que, en la forma de

1 Burdeos, 23 de Agosto de 1865, y 18 de Agosto de 1864 (Dalloz, 1866, 2, 218 y 219).

2 Denegada, 20 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 220).

una obligación, la donadora había querido dar ventajas á los donatarios con perjuicio de sus hijos, y anuló la liberalidad por encerrar una donación á causa de muerte. Esta decisión fué casada, y con razón. Había liberalidad hecha en la forma de un acto á título oneroso; y la doctrina tanto como la jurisprudencia están concordes en admitir la validez de las disposiciones á título gratuito, hechas en formas de contratos á título oneroso, cuando no tienen por objeto eludir una prohibición de la ley. ¿La liberalidad era una donación á causa de muerte? Nó, porque la suma se debía inmediatamente; luego había donación entre vivos. Sólo que el pago se aplazaba, pero esto sólo se concierne á la ejecución de la liberalidad; desde el momento en que la donación confiere un derecho actual al donatario, es válida. (1) Otra cosa sería si el donador no entendiese que se obligaba actualmente sino que únicamente se dejaba al donatario una eventualidad sobre su sucesión futura; en este caso, dice la corte de casación, habría donación á causa de muerte. ¿No sería más exacto decir que semejante donación es nula, porque no acarrea ningún desprendimiento actual? La donación á causa de muerte propiamente dicha, implica que el donador tiene la facultad de revocar la liberalidad que hace; ahora bien, el que dona á su muerte no se reserva el derecho de revocar, impone un gravamen á sus herederos, gravamen irrevocable, que no es ni un legado, ni una donación entre vivos; luego es nula por todos conceptos, sin que, no obstante, pueda decirse que es una donación á causa de muerte.

II. De la donación.

99. "La donación entre vivos es un acto por el cual el donador se despoja actual é irrevocablemente de la cosa donada, á favor del donatario que la acepta" (artículo 1 Casación, 22 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 94).

894). En el proyecto del código civil sometido al Consejo de Estado, la donación se califica de contrato. El primer cónsul criticó esta definición. "El contrato, dijo, impone mutuas obligaciones á los dos contingentes; por lo que esta definición no puede convenir á la donación." Esta crítica no fué objeto de ninguna discusión; se habló sobre la cuestión de saber si convenía admitir definiciones en el código; en el curso de la conversación, Maleville presentó una definición que reemplazaba la palabra contrato, con la de acto; lo que el Consejo aceptó. Se ha querido ver en la observación del primer cónsul uno de esos rasgos de luz por los cuales un hombre de genio adivina las dificultades que en realidad ignora. Esto no es más que una adulación. Verdad es que en el antiguo derecho los mejores jurisconsultos estaban divididos en la cuestión: Furgole sostiene que la donación no es un contrato, porque su objeto esencial es gratificar al donatario, y que sería desnaturalizarlo si se quiere encadenarlo con un vínculo de derecho. Esta sutileza no está en el espíritu del derecho francés. Ricard, Pothier, Domat, se atrevieron á la realidad de las cosas. ¿Por qué se exige la aceptación del donatario si no es un contrato la donación? ¿por qué se exige que el donatario y el donador sean capaces en el momento en que se verifica el concurso de consentimiento? En verdad que el primer cónsul no se percataba de esta sutileza cuando criticaba la disposición del proyecto; lo que dice es simplemente un error; porque supone que no hay contrato sino cuando las dos partes contraen obligaciones recíprocas, lo que conduciría á la consecuencia de que un contrato unilateral no es un contrato; y ¿es necesario añadir que lo contrario se halla escrito en el art. 1103? "El contrato es unilateral cuando una persona se obliga en provecho de otra, sin que por parte de ésta haya ningún compromiso." Esta definición se apli-

ca literalmente á la donación. Luego es cierto que la donación es un contrato. Esta no es una cuestión de palabras. Siendo la donación un contrato, resulta de esto que las reglas generales establecidas en el título "De las Obligaciones Convencionales" tienen su aplicación á las donaciones, á menos que el código las derogue. (1) Más adelante veremos otras consecuencias de este principio.

100. El art. 894 no indica uno de los caracteres distintivos del contrato de donación. Hay contratos solemnes que sólo existen cuando se han observado las formas prescriptas por la ley, mientras que en los contratos no solemnes, el escrito no sirve más que de prueba. Los autores enseñan que la donación es un contrato solemne. Esto resulta del art. 893: "Nadie puede disponer de sus bienes á título gratuito sino por donación entre vivos, en las formas que más adelante se establecerán." Así es que se requieren las formas para la existencia de la donación. Hé aquí por qué el art. 1339 dice que una donación, nula en la forma, no puede confirmarse: no se confirma la nada. En el título "De las Obligaciones" volveremos á ocuparnos de la teoría de los contratos inexistentes. Por de pronto, hay que ver por qué la donación es un contrato solemne, mientras que la renta es un contrato no solemne; y, sin embargo, por uno y otro contrato se transfiere la propiedad de la cosa que es el objeto de aquél. Ya dijimos cuál es la razón histórica tradicional (núms. 92 y 93). La ley multiplica las formas para poner obstáculos á las donaciones; si las ve con tanto favor, es porque hacen salir los bienes de las familias, y el espíritu del derecho francés es que los bienes se queden en las familias. Lo que es un obstáculo se convierte, en ciertos conceptos, en una garantía. Es importante asegurar la libre voluntad del que dispone de sus bienes á título gratuito, porque las seduccio-

1. Compárese Delisle, *Comentario*, pág. 23, núm. 7 del art. 891.

nes y las captaciones asedian al donador, mientras que casi no son de temerse por el que vende. La intervención de un oficial público y de testigos tiende á garantir al donador contra dicho riesgo, porque el deber del notario es negar su ministerio en el momento en que nota que el donador no goza de una entera libertad de ánimo y de voluntad.

101. El art. 894 quiere que el donador *se despoje* actualmente de la cosa donada. Esta expresión *despojarse* parece decir que el donador debe entregar la cosa al donatario. Claro es que no es ese el sentido de la ley; porque, según nuestro derecho moderno, la propiedad se transfiere por el solo consentimiento de las partes contrayentes, es decir, por la perfección del contrato; aun cuando la tradición no se haya todavía efectuado, dice el art. 1138. Este principio se aplica á la donación en el sentido de que ella transfiere la propiedad de la cosa donada desde el instante en que el consentimiento de las partes se ha manifestado en las formas legales. ¿Qué debe entenderse por las palabras *despojarse actualmente*? La ley las emplea por oposición al testamento, el cual no despoja actualmente al testador, supuesto que él dispone para una época en que él ya no existirá. Así es que el legatario no tiene más que una esperanza, que se desvanece si llega él á morir antes que el testador; el donatario, al contrario, tiene un derecho actual, que se halla en su patrimonio, y que transmite á sus herederos, aun cuando muriese antes de que se hubiese ejecutado la donación. Luego importa poco la tradición, que no hace más que ejecutar la donación; del mismo modo que la entrega de la cosa vendida es una ejecución de la venta; antes de esa entrega, el comprador es propietario si la cosa es un cuerpo cierto y determinado, ó tiene una acción contra el vendedor si la cosa es indeterminada. El donatario tiene también un derecho irrevocable con el objeto de

la donación desde el momento en que ésta se perfecciona independientemente de toda tradición. (1)

El art. 894 agrega que el donador debe despojarse *irrevocablemente*. Hay alguna incertidumbre sobre el sentido y alcance de la irrevocabilidad de las donaciones; más adelante veremos este punto. Como este es un carácter distintivo de las donaciones, fuerza es que haya algo especial en su irrevocabilidad. Todos los contratos son irrevocables, en el sentido de que tienen fuerza de ley para los que los han celebrado, y no pueden revocarse sino por su mutuo consentimiento (art. 1134); las donaciones son más irrevocables que los convenios ordinarios. En el antiguo derecho, se decía: "No es válido donar y retener," para marcar que la donación no podía en nada depender de la voluntad del donador; éste debe saber que desde el momento en que él dona, se despoja para siempre de la cosa donada. ¿Por qué este rigor? Siempre para poner obstáculos á las liberalidades. Menos dispuesto á donar está uno cuando sabe que se priva á sí mismo y para siempre de la cosa donada; el legislador ha contado con ese apego natural á lo que poseemos, y para hacerlo sentir más al donador, le dice que será perpetuo el abandono que va á consentir. Ciertamente que este pensamiento ha contenido en su primer germen más de una donación.

Por la misma razón la ley exige una aceptación expresa. Si sólo se consultara la naturaleza de los convenios y la intención de las partes contrayentes, se habrían debido conformarse con una aceptación tácita en materia de donación, más bien que en materia de venta, porque ¿quién es el que no gusta de recibir una liberalidad y no consiente de toda voluntad en aceptarla? El código invierte, pues, el orden natural de las cosas al exigir una aceptación expresa del donatario, siendo que se conforma con

una aceptación cualquiera del comprador. En vano se buscaría una donación jurídica para esta diferencia; no hay más que el espíritu tradicional del derecho francés.

El código no dice que el donador se despoja gratuitamente, y esto se le reprocha. (1) ¿Y no es esto exagerar el rigor de la escuela? ¿Acaso la donación no indica por sí misma un título gratuito, del mismo modo que la venta indica un título oneroso?

§ III.—DEL TESTAMENTO.

102. “El testamento es un acto por el cual el testador dispone, para una época en que él ya no exista, de todo ó de parte de sus bienes, y cuyo acto puede él revocar” (artículo 895). Se subentiende que el testamento es un acto y no un contrato; el legatario no interviene en el testamento, y ¿por qué habrá de figurar en él cuando el legado no le otorga ningún derecho? Hasta podría preguntarse si su presencia no viciaría el testamento, debiendo ser este acto la expresión de la voluntad sola del testador. Más adelante insistiremos sobre este punto. El principio que acabamos de recordar es corto, y aun se formulaba en el proyecto adoptado en el Consejo; la definición decía: “Un acto por medio del cual el testador dispone solo.” El Tribunal pidió la supresión de esta palabra como inútil; (2) tanto así le parecía evidente la idea que él expresa. Está, pues, del todo entendido que el legatario no debe intervenir en el testamento; más adelante diremos en qué caso esta intervención viciaría el legado.

Hay que añadir que el testamento es un acto *solemne*. Si la ley no lo dice en el art. 895, es porque ya lo había dicho en el 893, para el testamento, tanto como para la do-

1 Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 5º, pág. 416, nota 2 del párrafo 646.

2 Observaciones de la sección de legislación del Tribunalado, número 3 (Looré, t. 5º, pág. 290).

nación, y el art. 1001 dice que las formalidades á que están sujetos los diversos testamentos, deben observarse so pena de nulidad. Esto supone que el testador ha querido hacer un testamento solemne, pero que no ha observado las formas tales como la ley las prescribe. Una declaración de última voluntad sin forma alguna, hecha verbalmente, no tendría ningún efecto, según lo diremos más adelante.

103. No es suficiente que un acto se lleve á cabo con las formalidades que la ley exige, para que sea un testamento; el art. 895 agrega que el testador debe disponer de todo ó de parte de sus bienes. Luego necesita una disposición de bienes, directa ó indirecta, poco importa. En efecto, la donación testamentaria está colocada por la ley entre los actos que transmiten la propiedad (art. 711): ese es su objeto, con tal fin lo sanciona la ley. Si guese de aquí que un acto hecho en la forma de un testamento, y que contenga declaraciones de última voluntad, sin ninguna relación con los bienes del difunto, no sería un testamento y no equivaldría á éste; es decir, que sería nulo, al menos que la ley hubiese autorizado expresamente al difunto á hacerlo. Así, la ley permite al padre que nombre un consejo á la madre superviviente por acto de última voluntad; un testamento ológrafo, que sólo contuviera el nombramiento de un consejo, sería, por lo tanto, válido (artículo 392). De la misma manera, el último de los padres que muere, puede elegir un tutor á sus hijos por acto de última voluntad (art. 398). El código dice también que el tutor oficioso puede conferir la adopción por este testamento (art. 366); pero esto no es ya un acto de última voluntad, sino que implica una disposición de bienes, supuesto que, al adoptar, el testador dispone de su sucesión en provecho del adoptado. La hipoteca testamentaria entra en el mismo orden de ideas (ley hipotecaria, art. 44); porque

hipotecar, es enajenar parcialmente; la constitución de hipoteca es, pues, una disposición de bienes, y desde el momento en que hay una disposición cualquiera de bienes, es aplicable la definición del art. 895. Fuera de los casos en que la ley permite al difunto que haga una disposición de última voluntad extraña á los bienes, creemos que el acto sería ineficaz. En vano se diría que el testamento es de derecho natural; esto quiere decir que es de derecho natural que el propietario pueda disponer de sus bienes para una época en que él ya no exista; esto no quiere decir que él puede ordenar y prohibir, cuando ya no exista, y como si viviese todavía. El que ya no vive no tiene voluntad que manifestar; cuando la ley se lo permite, es por excepción, y las excepciones son de estricta interpretación, no se extienden, sobre todo, cuando consagran una ficción, y ficción es considerar como vivo al que ha muerto. (1)

¿En qué sentido dispone el testador de sus bienes? El art. 895 contesta: "para una época en que ya no exista." Luego no dispone actualmente como el donador, su disposición no tiene efecto sino cuando muera hasta entonces sólo tiene un proyecto que no puede realizarse, sea que el testador cambie de voluntad, sea que el legatario fallezca antes. Síguese de aquí que el legatario no adquiere ningún derecho por el testamento, ni siquiera un derecho condicional, y que sólo tiene una esperanza que puede disiparse de un momento á otro. (2)

¿De qué puede disponer el testador? De todo ó de parte de sus bienes, dice el art. 895. El código deroga en esto, el antiguo derecho; ya no exige una institución de here-

1 Compárese Coin-Delisle, pág. 34, núm. 3 del art. 895. Zachariæ (t. 5º, pág. 420), pfo. 647), parece extender el derecho de testar á toda disposición de última voluntad.

2 Véanse las observaciones de Marcadé, el cual confiesa que se había equivocado en su primera edición sobre este principio elemental (t. 3º, pág. 373, núm. 3 del art. 895).

dero, como el derecho romano, y permite al difunto que disponga de todos sus bienes, sin distinción entre ellos. No obstante, el legatario universal no es un verdadero heredero sino cuando no hay un reservatario; sólo en este caso es investido y representa al difunto. Más adelante veremos algunas consecuencias de este principio. Cuando el legatario está en concurso con algunos reservatarios, no es más que un simple sucesor en los bienes.

104. El art. 895 agrega su último carácter del testamento al decir que el testador puede revocarlo. Este es un carácter esencial, el cual no puede derogarse por voluntad contraria. Un testamento irrevocable sería una liberalidad distinta del testamento y de la donación; y la ley no admite más modos de disponer á título gratuito que la donación y el testamento, lo que excluye á la vez una donación revocable y un testamento revocable. En vano declararía el testador que él tiene derecho á revocar su testamento, y que debe permitírsele el renunciar á un derecho establecido á su favor. Se le contestaría, y es perentoria la respuesta, que semejante renuncia sería un pacto sobre una sucesión futura, y todo convenio de esta naturaleza es nulo (art. 1130), salvo en los casos exceptuados por la ley, y ésta no establece ninguna excepción á favor del testador.
