

c) *Movimiento de Codificación.*1. *El Proyecto de Código Civil de Don Justo Sierra.*

58. Este Proyecto, dominado por las ideas de los códigos europeos y demás leyes que le influenciaron, en materia de donaciones de carácter matrimonial recogió en sus artículos 1330 y 1344 las disposiciones de los artículos 1327 a 1335 del Código Civil Español.

La idea de su creador fue la de aceptar las donaciones que por razón de matrimonio celebrasen los futuros cónyuges o que a su favor otorgasen los terceros en consideración al mismo, y la de prohibir las donaciones que se hicieran durante el matrimonio entre los cónyuges.

59. Respecto de las donaciones antenuptiales, señaló el destino que debería dársele a los bienes donados una vez que el matrimonio no llegare a verificarse o fuere declarado nulo posteriormente. En el artículo 1333 decretó que quedaría sin efecto las donaciones de esta clase si el matrimonio no se verificaba por cualquier causa, pero que en caso de no haber culpa por parte de la mujer ella retendría la mitad del importe total de "los regalos". En el artículo 1334 dispuso que una vez declarado nulo el matrimonio subsistirían las donaciones hechas en favor del cónyuge o cónyuges que hubieran obrado de buena fe; si sólo uno de ellos hubiere obrado de mala fe, las donaciones que se le hubieren otorgado a él pasarían a sus hijos; pero si los dos cónyuges se hubieren conducido con mala fe, las donaciones en tal caso quedarían sin efecto.

En el artículo 1338 permitió que las donaciones matrimoniales pudieran hacerse con bienes que el donante dejare a su muerte, declarándolas irrevocables; los bienes donados no podrían ser enajenados a título gratuito por el donante, salvo que se tratase de donaciones remuneratorias efectuadas por éste; por el contrario, tales bienes podían ser enajenados a título oneroso. Esta especie de donación revistió las características de una donación *mortis causa*, si bien afectó los bienes en ella comprendidos a un sistema protectionista establecido en favor del donatario. De todas maneras las donaciones por razón de matrimonio nunca podían comprender bienes que excedieran de una quinta parte del patrimonio del donante, pues el Proyecto siguió el sistema de la legítima a favor de sus descendientes, estableciéndola en las cuatro quintas partes de dicho patrimonio (artículo 663 y 664).

60. Por cuanto ve a las donaciones entre consortes, decretó en su artículo 1344 la nulidad de las mismas que se hicieran durante el matrimonio. La prohibición de estas donaciones fue mayor a la que por su parte establecían las Leyes de Partida, ya que la disposición del artículo citado fue termi-

nante. Sin embargo, el mismo precepto hizo una excepción, al permitir fuera de la prohibición, los regalos módicos que los cónyuges se hicieran, el uno al otro, en ocasiones de regocijo familiar, siguiendo nuevamente al Código Civil Español.

## 2. El Código Civil de 1870.

61. Reguló a las donaciones antenuptiales y a las donaciones entre consortes, al lado de las disposiciones relativas al Contrato de Matrimonio, en los Capítulos VIII y IX, sucesivamente, del Título X del Libro Tercero, destinado al estudio de los Contratos en general.

a) Por lo que ve a las donaciones antenuptiales, dispuso que ellas podían celebrarse por los esposos entre sí o por un tercero a favor de uno o ambos esposos, si bien en el primer supuesto la donación correspondiente no podría exceder de la quinta parte de los bienes del donante, siendo inoficiosas en el exceso (artículo 2233); esta norma fue congruente con el sistema de la legítima consagrado por este código. Permitted al menor hacer donaciones antenuptiales, pero exigió de la intervención de sus padres o tutores y de la aprobación judicial (artículo 2240). Asimismo dispuso que si el matrimonio fuere declarado nulo, subsistirían las donaciones hechas al cónyuge o cónyuges que obraron de buena fe (artículo 2242); que las hechas al cónyuge que obró de mala fe, pertenecerían a sus hijos, pero no teniéndolos se devolverían al donante (artículo 2243), aplicándose ese criterio para el caso de que los dos donatarios hubiesen obrado de mala fe (artículo 2244). En lo demás, señaló las bases que vinieron a inspirar tanto al Código Civil de 1884, como al vigente.

b) En cuanto a las donaciones entre consortes, el ordenamiento de 70 tuvo el mérito de haberlas declarado permitidas por primera vez en México, apartándose así de la tradición e influencia de la legislación Colonial y de Independencia y del Proyecto de don Justo SIERRA. En efecto, dispuso en su artículo 2246 que “los consortes pueden hacerse donaciones que no excedan de la quinta parte de sus bienes presentes, por disposición entre vivos o por última voluntad; pero unas y otras sólo se confirman con la muerte del donante y con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales”. Así, se permitieron tanto las donaciones entre cónyuges *inter vivos*, como las *mortis causa*, ajustándoseles al sistema de la legítima por cuanto ve a la porción disponible de los bienes del donante, por lo cual señaló que no podía ser causa de revocación la superveniencia de hijos al donante, pues éstos ya tenían asegurado por ley un porcentaje sobre los bienes de sus padres igual al ochenta por ciento del patrimonio de aquéllos, como ya antes vimos. Empero, si la donación excedía la tasa legal, se reduciría por

inoficiosa. Señaló, como los códigos que le siguieron, que las donaciones entre consortes podían ser revocadas por cualquier causa (excepto la antes señalada), para lo cual se permitió a la mujer revocar su donación sin necesidad de ser autorizada por su marido o por decreto judicial (artículo 2248). La revocación, en todo caso, podía hacerse expresamente o por hechos que la hicieran presumir de modo necesario (artículo 2249).

Por último, destinó los Capítulos X al XIII del Título y Libro antes mencionado a regular la dote, las acciones dotales, su restitución y su administración.

### 3. *El Código Civil de 1884.*

62. Como su predecesor, reguló tanto a las donaciones antenupciales como a las donaciones entre consortes, dentro de las normas relativas al Contrato de Matrimonio, en los artículos 2098 a 2118.

a) Por cuanto a las donaciones antenupciales, siguió en principio al Código de 1870, aunque por lo que ve a las hechas entre esposos estableció que ellas serían inoficiosas si excedían de la sexta parte de los bienes del donante, ya que admitiendo el sistema de la libre testamentación, consideró que con ese límite no se perjudicarían los intereses de los acreedores alimenticios del donante. Se mantuvo la permisibilidad de las donaciones hechas por menores de edad, sujetas a los mismos requisitos señalados por su antecesor. Como causas de revocación, se señalaron el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal (artículo 2107) y mantuvo las reglas relativas al fin que debía dárseles a las donaciones antenupciales una vez que el matrimonio fuese declarado nulo (artículo 2210 a 2212).

b) Se estableció en su artículo 2114 la norma permisiva de las donaciones entre consortes, siguiendo al Código Civil de 1870, aunque se señaló que “sólo se confirman con la muerte del donante, con tal de que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales, ni perjudiquen el derecho de los ascendientes y descendientes a recibir alimentos, conforme al capítulo IV, Título II del Libro IV” en el que se legisló en materia de alimentos. Para finalizar, en sus artículos 2116 y 2117, permitió que la mujer revocara su donación sin ser necesaria autorización marital o judicial alguna y que la revocación podría ser expresa o tácita; como el código de 70, destinó los Capítulos X a XIII a regular la dote.

### 4. *La Ley de Relaciones Familiares.*

63. Surgida del movimiento revolucionario iniciado en 1910, esta ley fue dictada por don Venustiano CARRANZA en uso de facultades especiales para legislar y como encargado del Poder Ejecutivo de la Unión; de fecha 9

de abril de 1917, entró en vigor a partir del día 11 de mayo siguiente y reunió en sí las disposiciones de una serie de leyes dictadas “durante el período preconstitucional en cumplimiento de las promesas hechas en el Plan de Guadalupe, que fueron: el Decreto de 12 de diciembre de 1914...” en el cual se establece que se expedirán leyes y disposiciones encaminadas a la satisfacción a las necesidades económicas, sociales y políticas del país, y en materia civil... la revisión de las leyes relativas al matrimonio y al estado civil de las personas, así como... del Código Civil en general; la ley de Divorcio de 29 de diciembre de 1914...”,<sup>59</sup> y el Decreto del 29 de enero de 1915, que reformó al Código Civil de 1884 en algunos artículos relacionados con el matrimonio, el divorcio y la filiación.

64. Debido a una serie de motivos señalados en su parte considerativa, los principales objetivos de la ley fueron los de regular de un modo mejor las relaciones familiares y, respecto del matrimonio, imponer para el futuro como único sistema obligatorio el de la separación de bienes de los cónyuges, aboliendo así la facultad antes concedida a éstos para escoger, al contraer nupcias, entre el sistema señalado y el de la sociedad conyugal. Para suprimir este último e implantar la estricta separación de bienes se dijo que la idea de la sociedad conyugal “no se compadece con el objeto actual del matrimonio ya que, siendo sus objetos esenciales la perpetuación de la especie y la ayuda mutua, no es de ninguna manera indispensable una indisolubilidad que... puede ser contraria a los fines de las nupcias ni mucho menos una autoridad absoluta de uno de los consortes, con perjuicio de los derechos del otro, cuando... lo que se necesita es una cooperación libre y espontánea de ambos...”

Por medio de esta ley, se concedió a los cónyuges la “plena capacidad” siendo mayores de edad para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que al efecto necesite el esposo del consentimiento de la esposa ni ésta de la autorización o licencia de aquél (artículo 45), ya que uno y otra, al contraer matrimonio, “conservarán la propiedad y administración de los bienes que respectivamente les pertenecen; y, por consiguiente, todos los frutos y accesiones de dichos bienes no serán comunes...” (artículo 270), si bien podrán los cónyuges antes o después de contraer matrimonio, convenir en que los productos de todos los bienes que posean o de algunos de ellos, serán comunes, siempre que se fije una fecha en que se haya de hacer la liquidación y la presentación de cuentas correspondientes (artículo 272), por lo que la disposición final del artículo 270 no fue tan tajante.

<sup>59</sup> AGUILAR GUTIÉRREZ, Op. cit., pág. 13.

65. Contra lo que pueda pensarse, la ley, de una manera que no daba lugar a duda alguna, prohibió en todo caso que la mujer pudiera “contratar con el marido para transmitirle o adquirir de él bienes raíces, derechos reales o de cualquier otra clase” (artículo 48), por lo cual y consiguientemente, se prohibieron las donaciones entre cónyuges; en efecto, a pesar de establecerse un sistema obligatorio de separación de bienes, único en el cual como veremos pueden celebrarse las donaciones entre los consortes, la ley, con base en ese artículo 48 y en el 9o. Transitorio que derogó expresamente a todo el Título X del Código Civil de 1884,<sup>60</sup> restableció la prohibición de que los cónyuges pudieran otorgarse donaciones durante su matrimonio.

La medida se suavizó al permitir a los cónyuges conceder el uno al otro, una participación proporcional e igualitaria en los productos que no de ellos obtuviera por su trabajo, profesión, industria o comercio (artículo 273), aunque el marido podía “conceder a la mujer, en los productos que obtuviere por su trabajo o con sus bienes, una representación mayor a la que la mujer le conceda en los suyos” (artículo 274). Para establecer la validez frente a terceros de tales pactos, era indispensable que constaran en escritura pública debidamente registrada (artículo 275).

Además, “los bienes que los cónyuges adquieran en común por *donación*, herencia, legado o por cualquier otro título gratuito u oneroso o por don de la fortuna, entretanto se hace la división, serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro... Si los bienes comunes (así adquiridos) fueren inmuebles o muebles preciosos, no podrán ser enajenados (y en consecuencia, ni donados) sino de común acuerdo” (artículo 279). Este mismo acuerdo de voluntades se exigía para cuando se quisiera enajenar “la casa en que esté establecida la morada conyugal y los bienes que le pertenezcan (en ella sitios), sean propios de uno de los cónyuges o de ambos... (o bien), si la residencia conyugal estuviere en el campo” (artículo 284).

66. Por último, las donaciones antenuptiales quedaron permitidas, ya fueran hechas por un extraño a uno o ambos esposos o por estos entre sí. En esta parte la ley siguió a los Códigos Civiles de 1870 y de 84 y el articulado que destinó a su reglamentación<sup>61</sup> pasó en términos idénticos al Código Civil Vigente.

##### 5. *El Código Civil de 1928.*

67. Hemos vuelto a adoptar la denominación genérica de Donaciones de

<sup>60</sup> En cuyo capítulo IX reguló, permitiéndolas, las donaciones entre cónyuges.

<sup>61</sup> Artículos 285 a 297, capítulo XIX.

Carácter Matrimonial propuesta por PLANIOL y RIPERT, para encuadrar en ella a las especies Donaciones Antenupticiales y Donaciones entre Consortes, a que se refieren los capítulos VII y VIII, del Título V, del Libro Primero, de las cuales nos ocuparemos a continuación.

### PRIMERA PARTE

#### LAS DONACIONES ANTENUPTICIALES.

##### 1. DEFINICIÓN.

68. De los artículos 219 y 220 del Código Civil vigente, resulta que son donaciones antenupticiales aquéllas que antes del matrimonio hace un esposo al otro, o un extraño a uno o ambos futuros cónyuges, con motivo de la realización próxima de dicho matrimonio, independientemente del nombre que la costumbre les haya dado.

En tales preceptos se han reunido la influencia de los Códigos Civiles Francés y Español, de los mexicanos de 1870 y de 1884 y de la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Del Código de NAPOLEÓN se han recogido las definiciones; del Español, la idea de acoger dentro de una denominación común a todo el conjunto de liberalidades que por la costumbre de los pueblos puedan otorgarse, en vista de la celebración futura del matrimonio, a las personas que están por contraerlo —arras, donaciones *propter nuptias* (o dote del varón), dote y donaciones esponsalicias (o regalos módicos de boda). De los Códigos Civiles de 70 y de 84, la misma idea anterior, pero suprimiendo el capitulado que ambos ordenamientos destinaban a la dote. Por último, de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la redacción de los preceptos que rigen en materia de esta especie de donaciones.

##### 2. NATURALEZA JURÍDICA.

69. Las donaciones antenupticiales presentan, en nuestro derecho, las siguientes características fundamentales:

- a) son verdaderas donaciones y, por tanto, verdaderos contratos;
- b) difieren esencialmente de cualquiera otra especie de donación, por la causa, motivo o fin por el que son otorgadas, y
- c) gozan de un régimen especial, privilegiado, en comparación con aquél al que queda sujeto el contrato de donación en general.

70. a) En primer término, partiendo del concepto que dimos del contrato de donación en derecho mexicano,<sup>62</sup> la donación antenupticial se nos presenta

<sup>62</sup> *Infra*, núm. 11.

como un verdadero contrato en virtud del cual una persona, denominada donante (que puede serlo un tercero o uno de los esposos), transmite gratuitamente la propiedad de una parte de sus bienes presentes, en favor de otra, llamada donatario (uno o ambos esposos), que la acepta. De ello resulta que la donación antenupcial es un contrato traslativo de dominio, es gratuito y no puede comprender sino bienes presentes del donante. En la segunda parte de este estudio analizaremos a fondo las notas mencionadas; por ahora, dejamos asentada la premisa de que la donación antenupcial es un verdadero contrato de donación, y que esta afirmación se robustece con la disposición del artículo 231, que dice que “son aplicables a las donaciones antenupciales las reglas de las donaciones comunes, en todo lo que no fueren contrarias” a las disposiciones especiales de las primeras.

71. b) Las donaciones antenupciales difieren del contrato de donación en general por la causa por la que son otorgadas: la celebración futura del matrimonio del o de los donatarios.

En primer lugar, se requiere que estas donaciones sean hechas antes de la celebración del matrimonio. Las que se hagan por terceros a los cónyuges durante el matrimonio, en nada difieren de las donaciones en sentido general que hemos estudiado, por cuyas normas se rigen; las que se otorguen por uno de los cónyuges a favor del otro o entre ambos a la vez, durante su matrimonio, reciben el nombre de donaciones entre consortes y son reguladas en un capítulo diferente a aquél por el que se rigen las donaciones antenupciales.

En segundo lugar, esta especie de donaciones exige una característica esencial por parte del o de los donatarios; es decir, el donatario debe ser, necesariamente, una persona que en el momento del contrato esté por contraer nupcias. La donación que se haga a los padres o parientes de los esposos, no será donación antenupcial, sino donación común y corriente; el contrato que se otorgue en favor de los hijos que hayan de nacer del futuro matrimonio tampoco será, conforme a nuestro derecho vigente, una donación antenupcial. Respecto de esta última posibilidad, el contrato sería de donación ordinaria y el donante podría revocarla en cualquier tiempo mientras no se hubiere aceptado por los representantes legítimos del donatario concebido, aunque de cualquier manera la efectividad del contrato quedaría sujeta a la condición de que el donatario naciera vivo y viable.

En tercer lugar, se exige que las donaciones antenupciales sean hechas en consideración al matrimonio. Es decir, se requiere por ley una causa, motivo o fin determinado, lícito y especial. “Es preciso que el donante tenga ante sí, y el donatario asimismo lo considere, la celebración de nupcias próximas como objetivo único de ayuda y beneficio... Se suele decir que

estas donaciones constituyen una variedad de las llamadas donaciones condicionales, sometidas al acontecimiento futuro e incierto de la celebración de las nupcias” indica PUIG PEÑA.<sup>63</sup> Hay autores que señalan que tales donaciones están sujetas a una condición suspensiva, mientras que otros alegan que la condición que impera es la resolutoria; en el primer caso, la donación quedaría sujeta al hecho futuro de la celebración efectiva del matrimonio, de manera que el nacimiento de la obligación del donante ocurriría hasta una vez que la condición se cumpliera; en el segundo caso, el de la condición resolutoria, la donación habría surtido sus efectos desde el momento de la aceptación del donatario, si bien vendría a ser revocada una vez que el matrimonio no se celebrara o fuera declarado nulo. Sobre este punto, la norma a observarse es la contenida en el artículo 230, que dispone que “las donaciones antenupticiales quedarán sin efecto si el matrimonio dejare de efectuarse”.

Creemos que la realización futura del matrimonio tiene respecto de estas donaciones, un doble carácter: el de causa del contrato y el de presupuesto legal o *condictio juris*. El primero (causa), porque es indispensable que el contrato se haga en consideración al matrimonio, como quedó explicado. El segundo, porque si la donación antenupticial tiene como uno de sus elementos de definición dicha celebración, si el matrimonio no llega a verificarse, no existirá la figura o especie “donación antenupticial”; el contrato, si ha de subsistir porque así lo desee el donante, ya no se tipificará como donación antenupticial, sino común y ello porque sólo será antenupticial la donación que se haga en atención al matrimonio y siempre y cuando éste se verifique.

Explicando la naturaleza jurídica de la *condictio juris*, en relación con estas donaciones, Betti<sup>64</sup> dice lo siguiente: “Finalmente, se distinguen de la condición otras circunstancias, objetivamente separadas del negocio, que existe sin ellas, pero que, aunque cronológicamente posteriores, constituyen los antecedentes lógicos del negocio por su misma naturaleza y configuración típica. Pensemos en la celebración del matrimonio que es presupuesto del contrato dirigido a regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, o la muerte, como presupuesto de todo negocio *mortis causa*, o en la existencia del sujeto a que se refiere la institución de heredero o se destina el legado o la donación. A estas circunstancias... conviene la calificación de presupuesto legal y de *condictio juris*, pero asume ésta aquí un distinto

<sup>63</sup> Op. cit., Tomo II, Vol. I, pág. 382.

<sup>64</sup> *Teoría General del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España. Pág. 390.



significado.<sup>65</sup> Existe entre ellas y el negocio un nexo objetivo de subordinación lógica porque su acaecimiento es immanente al tipo de negocio, elemento inseparable de su función típica (causa). Pero no se encuentra en juego la validez <sup>66</sup> del negocio, sino el vigor y la inmutabilidad del precepto contenido en él, y se aplica en todo su rigor el principio de la irretroactividad de los hechos jurídicos, en virtud del cual la regulación de intereses que el negocio contempla no llega a existir mientras no sobreviene el hecho que es su antecedente lógico. Lo que no significa, sin embargo, que sea en este caso impropia la calificación de *condictio juris*, ya que no es requisito conceptual ni característica constante de la condición la retroactividad (el tratamiento del derecho romano muestra lo contrario), sino que acarrea solamente que de la citada calificación no pueda el intérprete extraer la deducción práctica de una aplicación por analogía del régimen de la condición, dejando a salvo, siempre, una contraria disposición de la ley”.

De lo anterior, podemos deducir las siguientes consecuencias:

1. las donaciones antenuptiales se perfeccionan con la celebración del matrimonio; mientras no ocurra ese presupuesto legal el contrato se encontrará en un estado de pendencia y sus efectos no se producirán sino hasta que “sobreviene el hecho que es su antecedente lógico”;

2. realizado el matrimonio —y, así, perfeccionada la donación— el donatario tendrá acción para exigir al donante el cumplimiento de su obligación, cuando no hubiere mediado entrega de la cosa;

<sup>65</sup> BETTI (pág. 388) señala que la diferencia general que estos presupuestos legales tienen con la condición (suspensiva o resolutoria) es la de que ellos “están ligados al negocio... por un nexo objetivo de subordinación jurídica, independiente de la mención que las partes puedan hacer de él, mientras que la condición establece, en cambio, un vínculo subjetivo y arbitrario entre el negocio y un evento extraño, y, por tanto, es creación exclusiva de la voluntad de las partes”. Esto es, que si las condiciones son puestas en el acto jurídico por decisión voluntaria de las partes —quienes a través de ellas decían imprimir al acto un carácter especial por motivos subjetivos, para subordinar su entrada o permanencia en vigor a la realización de tales condiciones —la *condictio juris* es un “presupuesto ínsito en la misma naturaleza del negocio” como dice PUIG PEÑA (op. cit., pág. 382)—, un presupuesto unido al negocio independientemente de la voluntad de las partes, pues aunque ellas no lo mencionen siempre estará ahí, en la naturaleza del acto, por ley. “Además, dice BETTI, los presupuestos en cuestión atañen a la misma validez y no a la ineficacia del negocio, el cual, sin su observancia es anulable o afectado por invalidez pendiente”. Sobre este punto debe recordarse que la teoría italiana no distingue, como nosotros, entre inexistencia y nulidad, sino que lo que para ella es “invalidez”, para nosotros es inexistencia, mientras que lo que llaman “ineficacia” es para nosotros nulidad.

<sup>66</sup> Véase el último párrafo de la nota anterior. Sobre la *condictio juris* puede verse también a PUIG PEÑA, op. cit., Tomo II, Vol. I, pág. 382.

3. si la *condictio juris* no se cumple y el donante ha hecho entrega anterior de la cosa, podrá exigir del donatario presunto su devolución; si el fallido donatario ha dispuesto de la cosa (por ejemplo, si lo que se dona es el boleto de transporte para el viaje de bodas y el beneficiario lo utiliza), el donante tendrá contra él una acción de enriquecimiento ilegítimo para recuperar su valor, y

4. si es seguro que el matrimonio no se celebrará (por ejemplo, por muerte de una de las partes), caerá por su base la donación ofrecida sin que el presunto donatario pueda exigir el cumplimiento del contrato.

72. c) Como tercera característica fundamental de estas donaciones, señalamos que ellas gozan de un régimen especial de privilegios comparado con aquél al que se sujeta el contrato de donación común por el Código Civil. En efecto, cualquiera que sea la denominación que la costumbre les haya dado, las donaciones antenuptiales en nuestro derecho, fundándose en las normas de los derechos francés y español, no sólo reguló —como el primero lo hizo— por separado a esta especie del contrato de donación, sino que siguiendo a ambos órdenes legales dispuso una serie de reglas especiales cuyo principal efecto es el de atenuar las disposiciones a las que se somete la donación ordinaria, persiguiendo una finalidad específica, que para nosotros se traduce, siguiendo a DEMOLOMBE,<sup>67</sup> en el ánimo del legislador de impulsar y de facilitar los matrimonios, y no ya sólo como en el derecho romano de ayudar al marido a soportar las cargas del matrimonio. Las consecuencias que se derivan de ese trato privilegiado a que venimos haciendo mérito son las siguientes:

1. para calcular si la donación es inoficiosa, se faculta al esposo donatario y a sus herederos para elegir entre la época en que se hizo la donación o la del fallecimiento del donante (artículo 223), pues en caso contrario se estará a la norma general del artículo 2364 citado y el valor de los bienes será el que tenían al tiempo de la donación;

2. estas donaciones no necesitan para su validez de aceptación expresa (artículo 225), por lo que se deroga la regla general del artículo 2340;

3. no se pueden hacer valer como causas de revocación:

a) la superveniencia de hijos al donante (artículo 226), de conformidad con el artículo 2361, fracción II, por lo que se derogan al caso los artículos 2359 y 2367.

<sup>67</sup> *Traité des Donations entre Vifs et des Testaments*. L. Hachette et Cie. París, Francia, 1868. Tomo VI, Libro 23, pág. 272, núm. 245.

b) la ingratitud del donatario, “a no ser que el donante fuere un extraño, que la donación haya sido hecha a ambos esposos y que los dos sean ingratos” (artículo 227), por lo que si no ocurren esos supuestos, se derogan al efecto los artículos 2370 a 2374; y,

4. se permite a los menores hacer donaciones antenupticiales, si bien se exige la intervención de sus padres o tutores o, en su defecto, la aprobación judicial (artículo 229), lo que implica modificaciones a las reglas generales sobre la capacidad para donar ya estudiadas.

### 3. ELEMENTOS DE LA DONACIÓN ANTENUPTICIAL.

73. El trato privilegiado a que están sujetas estas donaciones modifica en algunas partes las reglas generales propias de la donación ordinaria en este punto, según se verá a continuación:

#### a) *Elementos de Existencia*

##### a') El Consentimiento.

74. En páginas anteriores destacamos que de conformidad con el artículo 1803 del Código Civil, el consentimiento puede ser manifestado expresa o tácitamente, según que se haga de manera verbal, por escrito o por signos inequívocos, o por el contrario, que resulte de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo. También dijimos que en el contrato de donación común, la regla general sobre el perfeccionamiento de los contratos sufre una derogación y en lugar de admitirse la teoría de la recepción conforme al artículo 1807, se adopta la teoría de la información por prescripción del artículo 2340.

En las donaciones antenupticiales, las reglas del consentimiento en la donación común se modifican nuevamente. Si en general se exige que el donatario acepte el contrato y haga saber esta aceptación al donante para que aquél se entienda perfeccionado, tratándose de una donación antenupticial esta será perfecta por el mero hecho de la celebración del matrimonio (como se desprende de la interpretación a contrario sensu del artículo 230), sin que sea indispensable que el donatario la acepte expresamente, como dispone el artículo 225. Pero ¿cuál es el alcance de este precepto?

En primer lugar, el artículo en cuestión dispone que es suficiente la aceptación tácita del donatario para que el contrato sea válido, pero no que aquél no pueda rechazar la donación en forma expresa (de palabra, por escrito o por signos inequívocos) o tácita (como sería la devolución sin más de un presente de boda), pues como ya apuntábamos, pueden existir donaciones que no convengan a los ya entonces cónyuges, entre otras causas,

porque perjudiquen sus intereses. El repudio que de ellas se hiciere quedaría fundado en el principio de que no se puede obligar a nadie a aceptar un beneficio sin su consentimiento, aunque éste sea tácito.

En segundo término, si la donación antenuptial es onerosa, para que el donatario quede obligado a cumplir con los gravámenes que se le hayan impuesto, deberá aceptar expresamente el contrato, pues de otra suerte no podrá exigírsele su cumplimiento. Por el contrario, cuando la donación sea simple o condicional, bastará la aceptación tácita.

En tercer lugar, cuando la donación comprenda bienes muebles o inmuebles, opera en principio la regla de la aceptación tácita como suficiente para su validez. Empero, tratándose de bienes inmuebles con valor mayor a quinientos pesos o de muebles cuyo valor exceda a los cinco mil pesos, si bien se entiende perfeccionada la donación con la celebración del matrimonio, de todos modos se requiere que él o los donatarios firmen las escrituras públicas correspondientes, para que el acto sea válido. Si se donan bienes muebles cuyo valor sea menor a doscientos pesos, no existe problema alguno; si en cambio el valor es mayor de esa cantidad pero menor de cinco mil pesos, como la donación debe hacerse en escrito privado, en éste también deberá constar la firma del donatario que manifieste su conformidad con el contrato.

En todos estos casos debe distinguirse entre los momentos en que se producen, respectivamente, la aceptación de la donación, su perfeccionamiento y el otorgamiento de las formalidades del contrato, cuando son requeridas por la ley. La aceptación se supone realizada desde el momento en que el donatario tiene conocimiento del contrato, y no lo rechaza expresa o tácitamente; el perfeccionamiento ocurre en cuanto se celebra el matrimonio, por lo que si éste no se lleva a cabo la donación no surtirá sus efectos a pesar de que se hubiese aceptado tácitamente y con anterioridad por el donatario; por último, la exteriorización de la aceptación por medio de la firma autógrafa del donatario en el documento en que se haya hecho constar el contrato, puede hacerse ya sea antes o después del matrimonio, sin que en ambos casos se altere la regla del perfeccionamiento de la donación, pues ese requisito de forma no modifica la esencia del contrato sino que sólo es exigido para darle validez.

De todo esto resulta que es inaplicable a las donaciones antenuptiales la disposición del artículo 2346, por lo que si el donatario firma el escrito privado o la escritura pública respectivos después de la muerte del donante, los herederos de éste no podrán oponerle al primero la excepción del artículo citado.

a") *El Objeto.*

75. Las donaciones antenupticiales, sean hechas por un esposo a favor del otro, por ambos entre sí o por un tercero a favor de uno o los dos futuros cónyuges, solamente pueden comprender una parte de los bienes presentes del donante y nunca sus bienes futuros ni la totalidad de los presentes, bajo pena de nulidad (artículos 2332, 2333 y 2347).

Los Códigos Civiles de 1870 y de 1884 se separaron de la influencia de los derechos extranjeros para prohibir la donación de los bienes futuros del donante. En Francia, las donaciones antenupticiales hechas por terceros o por los futuros cónyuges, pueden comprender tanto bienes presentes como bienes futuros del donante, o ambas clases a la vez, permitiéndose además por cuanto ve a las hechas por los esposos, la donación hecha bajo condición potestativa o con la reserva de disponer de ciertos objetos. En España, conforme al Código Civil vigente, las donaciones de esta especie cuando son hechas entre esposos pueden comprender bienes presentes y bienes futuros, si bien en este último supuesto sólo para el caso de muerte<sup>68</sup> y en la medida marcada por las disposiciones referentes a la sucesión testada.

En nuestro derecho, la donación que se hiciera bajo condiciones cuyo cumplimiento dependiera de la exclusiva voluntad del donante, sería nula de acuerdo con el artículo 1944. Por el contrario, la que se otorgara con la reserva de disponer de determinados objetos sería válida siempre y cuando esa facultad no fuera la de disponer de ellos por actos de dominio, pues esto sería contrario al efecto traslativo de la propiedad que produce toda donación; nada se opondrá, pues, a que el donante se reserve el usufructo de la cosa y entregue la nuda propiedad de ella al donatario. Por último, la donación que se hiciera para surtir efectos a la muerte del donante, más que donación sería una disposición de carácter testamentario y quedaría sujeta a las normas de las sucesiones; su naturaleza jurídica sería la misma que la de los legados y no la de los contratos.

De lo anterior y conforme a las disposiciones de nuestro Código Civil, podemos formular las siguientes reglas relativas a los bienes que pueden comprender las donaciones antenupticiales:

1. sólo puede donarse una parte de los bienes presentes del donante, sean muebles o inmuebles;

<sup>68</sup> Artículo 1331 del Código Civil Español dispone que: "Los desposados pueden darse en las capitulaciones matrimoniales hasta la décima parte de sus bienes presentes y respecto de los futuros, sólo para el caso de muerte y en la medida marcada por las disposiciones de este Código referentes a la sucesión testada".

2. la donación puede consistir en prestaciones periódicas, que se extinguen con la muerte del donante salvo que éste dispusiera otra cosa (artículo 2356);

3. las donaciones que un esposo haga al otro, “aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso la donación será inoficiosa” (artículo 221). Sobre este punto nos volveremos a ocupar posteriormente, al hablar de las donaciones inoficiosas;

4. las donaciones que un tercero haga a uno o ambos esposos, serán inoficiosas cuando perjudiquen la obligación del donante de ministrar alimentos a las personas a quienes los debe conforme a la ley, según dispone el artículo 222 en relación con el artículo 2348, sobre los que trataremos más adelante; y,

5. en todo lo no expresamente señalado, se aplican las reglas generales del contrato de donación común.

b) *Elementos de Validez.*

b') La Capacidad.

76. Las donaciones antenupciales, hemos afirmado, pueden ser otorgadas por un tercero a favor de uno o ambos esposos o por estos entre sí. En materia de capacidades, se aplican en principio las reglas generales de la donación común, salvo ciertas excepciones a las que hemos de referirnos a continuación.

1. Capacidad para Dar por Donación.

77. Ya se ha asentado que como norma general, todas las personas son hábiles para contratar, salvo disposición legal en contrario (artículo 1798); que la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, que comienza a los dieciocho años (artículos 24, 646 y 647), y que tratándose de menores de edad emancipados ellos podrán enajenar cuando cuenten con la autorización judicial (artículo 643, fracc. I).

En materia de donaciones antenupciales encontramos una norma más de excepción a los artículos 24 y 647, pues de acuerdo con el artículo 229, “los menores pueden hacer donaciones antenupciales, pero sólo con intervención de sus padres o tutores o con aprobación judicial”. Es decir, no sólo ya el menor emancipado puede hacer donaciones de esta especie cuando tenga la autorización judicial —con lo que es acorde el artículo transcrito—, sino que aún el menor que esté sujeto a patria potestad o tutela podrá válidamente otorgar tales donaciones, siempre y cuando intervengan en

ellas sus padres o tutores o, en su defecto, cuente con la aprobación judicial. Esta disposición se aplica tanto al tercero como al esposo que sean menores de edad y que deseen hacer una donación antenupcial.

El Código Civil fue más benigno en esta parte que sus antecesores de 1870 y de 1884, los cuales exigían la intervención de los padres o tutores y la autorización judicial para la validez de esos contratos. De cualquier forma, conforme al derecho actual, la donación que se haga en contravención a lo dispuesto por el artículo 229, estará viciada de nulidad relativa pues en cualquier momento podrá ser confirmada por el donante, ya porque obtenga la autorización de quienes deban darla, ya porque adquiera la mayoría de edad y la ratifique.

Nótese que la disposición del artículo 229 implica una excepción a las reglas generales que, para enajenar bienes de menores, establece el Código Civil en sus artículos 436, 437, 561, 562, 563 y 576, en los que requiere se demuestre un evidente beneficio a consecuencia de la enajenación de bienes inmuebles o muebles preciosos, o una absoluta necesidad, debidamente justificada y previa autorización judicial y (del curador en caso de tutela, caso en el cual, además, se requiere para la enajenación de alhajas y muebles preciosos, la decisión judicial sobre la conveniencia o no de la almoneda —necesaria para la venta de inmuebles— que prescribe el artículo 563).

A mayor abundamiento, el artículo 436 prohíbe a quienes ejercen la patria potestad, hacer donación de los bienes de los menores; prohibición que expresamente impone al tutor el artículo 576.

¿Por qué, entonces, el artículo 229 faculta o capacita al menor para hacer donaciones antenupciales y no exige en todos los casos la autorización judicial, sino que declara suficiente el consentimiento de sus padres o tutores, para su validez?

Es evidente que la acción protectora o tutelar de la ley quedaría violada, de darse una interpretación exhaustiva a ese precepto y declarar que siempre, en todos los casos, la donación del menor será válida al satisfacer los requisitos de esa disposición. Por ello, es necesario interpretar la norma permisiva en relación con las prohibitivas y concluir que la donación de bienes inmuebles o de muebles preciosos del menor sujeto a patria potestad o tutela, está prohibida, ya que nunca existirán los presupuestos de “absoluta necesidad” o de “evidente beneficio” que facultarían, de otra forma, a los que ejercen la patria potestad o la tutela, a solicitar la enajenación a la autoridad judicial. Y de ello se infiere que los bienes que pueden ser objeto de donación antenupcial por parte del menor serán cualesquiera otros distintos de los inmuebles o muebles preciosos y alhajas.

Queda en duda todavía discutir si los “valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganado” (artículos 436 y 563), pertene-

cientes al menor puedan ser objeto de donación antenupcial. Las normas prohibitivas que contemplamos “prohiben” la venta de tales bienes a los tutores o a quienes ejerzan la patria potestad, si se efectúa a un valor menor del que se cotece en la plaza el día de la venta. Difícil será controlar la donación del menor si pensamos en títulos de crédito al portador a los que pueda tener libre acceso, o de frutos y ganado; siempre subsistirá la incertidumbre del donatario sobre la validez de esa donación y, en la mayor parte de los casos, se hace necesaria o al menos aconsejable, una ratificación al alcanzar el donante la mayoría de edad.

Estas ideas, aunadas a la disposición del artículo 221 que prohíbe al esposo donante hacer donaciones que excedan de la sexta parte de sus bienes, nos llevan a aconsejar la conveniencia de reformar el artículo 229 que contemplamos, para limitar las donaciones de los menores a bienes muebles cuyo valor no exceda, en conjunto y cuando fueren varias, de una prudente cantidad, que bien puede ser la sexta parte de sus bienes.

## 2. Capacidad para Recibir por Donación.

78. Dada la naturaleza jurídica que tienen las donaciones antenupciales, únicamente podrán ser donatarios en ellas las personas que estén por contraer matrimonio.

Si el futuro cónyuge donatario es menor de edad, para que la donación sea válida se necesita en primer término, que sea capaz de contraer matrimonio, es decir, que si es hombre sea mayor de dieciséis años y de catorce si es mujer (artículo 148); en segundo lugar, que cuente con el consentimiento de las personas o persona que deban otorgarlo conforme a la ley (artículo 149 a 152), y por último, que no tenga alguno de los impedimentos que para celebrar el matrimonio señala la ley (artículo 156 a 159).

Si la donación es onerosa, creemos que sólo puede aceptarla la persona que sea capaz para contratar y obligarse por sí misma.<sup>69</sup>

Si el esposo donatario es mayor de edad, será válida la donación en todos los casos siempre y cuando no tenga algún impedimento de los que la ley establece para contraer matrimonio.

79. En todos los casos, declarada la nulidad del matrimonio, se observarán respecto de las donaciones antenupciales, las reglas del artículo 262;

“I. Las hechas por un tercero a los cónyuges podrán ser revocadas. En caso de que no se revoquen, la donación será común y se sujetará a las reglas propias de este contrato.

<sup>69</sup> *Infra*, núm. 36.



“II. Las que hizo el cónyuge inocente al culpable quedarán sin efecto y las cosas que fueron objeto de ellas se devolverán al donante con todos sus productos.

“III. Las hechas al inocente por el cónyuge que obró de mala fe quedarán subsistentes”. En este supuesto, si la donación hubiese de subsistir de todas formas, por consentimiento expreso del donante, como no se cumplió la *condictio juris* (el matrimonio nulo no es matrimonio celebrado), no será donación antenuptial sino común.

“IV. Si los dos cónyuges procedieron de mala fe, las donaciones que se hayan hecho quedarán a favor de sus hijos. Si no los tienen, no podrán hacer los donantes reclamación alguna con motivo de la liberalidad”. Esta regla se establece únicamente respecto de las donaciones que se hubiesen hecho por un esposo al otro ante al matrimonio y es congruente con la disposición del artículo 1817, conforme al cual “si ambas partes proceden con dolo, ninguna de ellas puede alegar la nulidad del acto o reclamarse indemnizaciones”. Si la donación fue hecha por un tercero, se observará lo dispuesto en la fracción I del artículo 262, ya anotada.

80. Tratándose de la donación que se hubiere hecho por un tercero a ambos esposos, conforme al artículo 2350 no producirá a favor de éstos el derecho de acrecer, salvo que el donante lo hubiere dispuesto expresamente.

b”) Por cuanto al consentimiento exento de vicios y al objeto, motivo o fin lícito, se aplican a estas donaciones las reglas de la teoría general de las obligaciones, contenidas en los artículos 1813 y siguientes.

b”) La Forma.

81. Las reglas de las donaciones comunes son aplicables a las donaciones antenuptiales, en todo lo que no fueren contrarias a las normas especiales de estas últimas, dispone el artículo 231. De esta manera, en todo lo relativo a la forma que debe observarse para la celebración del contrato, habrá que estar a las disposiciones generales de los artículos 2341 a 2346, si bien por lo que toca a este último debemos recordar que la donación no podrá ser atacada de nulidad si el donatario o donatarios no firman el escrito privado o la escritura pública correspondientes en vida del donante.

#### 4. EFECTOS DE LA DONACIÓN.

82. Interesa hacer mención únicamente al deber de gratitud que se exige del donatario para con el donante, ya que tanto por lo que toca a los efectos que el contrato produce por parte del donante (transmisión de la

propiedad de la cosa y entrega de ella), como a los otros dos que resultan a cargo del donatario (cumplir con las cargas del contrato y pagar los impuestos que éste deba causar), las reglas generales aplicables a la donación común se mantienen intactas.

La gratitud que debe el donatario al donante, en las donaciones antenupciales debe ser observada desde dos ángulos distintos, ya sea que el donante sea un tercero o bien uno de los esposos. En el primer supuesto, para que pueda exigirse el deber de gratitud, o es más, para que pueda invocarse como causa de revocación la ingratitud, se requiere que la donación se haya hecho a ambos esposos y que los dos sean ingratos (artículo 227); si sólo se hizo a uno de ellos y éste fuere ingrato, el donante no podrá revocar su contrato. En el segundo caso, cuando el donante sea un esposo, a pesar de que el artículo 227 no establece como causa de revocación la ingratitud del donatario, el artículo 228 señala como causas de la primera “el adulterio o el abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario”, las cuales se perfilan como verdaderas faltas de gratitud al entonces ya cónyuge donante.

#### 5. REVOCACIÓN DE LA DONACIÓN.

33. Por el régimen especial en el trato que impera en materia de donaciones antenupciales, sólo pueden entenderse como causas de revocación de ellas las siguientes:

a) el incumplimiento por el donatario de las cargas establecidas en el contrato, aplicándose en este punto las reglas generales de la donación; y

b) la ingratitud, con las modalidades a que hacen mención los artículos 227 y 228 ya citados; esto es, que sólo podrá revocarse la donación por esta causa cuando, otorgada por un tercero, se hubiere hecho a ambos esposos y los dos sean ingratos; o bien, cuando el donante fuere el otro cónyuge, por el adulterio o abandono injustificado del domicilio conyugal por parte del donatario.

La superveniencia de hijos al donante no será suficiente para revocar el contrato (artículo 226). Lo cual es claro, ya que si las donaciones se hacen con miras a la celebración futura del o de los donatarios, sería absurdo que al sobrevenirle hijos al donante, sobre todo cuando éste sea el otro esposo, pudiera revocarse el contrato cuando es precisamente uno de los fines del matrimonio la procreación de la especie. Si el donante es un tercero, entonces habrá una derogación de la regla general establecida por el artículo 2359 aún en el caso de que el hijo superveniente fuera póstumo.

## 6. LA DONACIÓN INOFICIOSA.

84. Los artículos 221 y 222 del Código Vigente, dispone:

“Artículo 221.—Las donaciones antenuptiales entre esposos, aunque fueren varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso la donación será inoficiosa”.

“Artículo 222.—Las donaciones antenuptiales hechas por un extraño, serán inoficiosas en los términos en que lo fueren las comunes”.

Esta materia está íntimamente ligada con las reglas referentes al objeto de los contratos como elemento de existencia de los mismos, a las normas para la reducción de las donaciones de los artículos 2375 a 2383 y a las disposiciones de los artículos 219, 220 (con los que son congruentes) y 2348.

## a) Donaciones entre Esposos.

85. En principio, las donaciones antenuptiales, fueren una solamente o varias, no pueden exceder de la sexta parte de los bienes del donante. La razón de ser de este límite creemos que se debe, a que el legislador quiso evitar que los cónyuges futuros pudieran realizar disposiciones desmedidas en cuanto a sus bienes, dejados llevar por sentimientos de pasión y de amor. La sanción a que se les somete es la de declarar inoficioso al contrato en el exceso de esa tasa; sobre este punto sólo diremos que el Código debió prescribir la nulidad del acto en vez de hablar de su inoficiosidad. Creemos que a pesar de que el código nada dice sobre las donaciones hechas por el esposo al otro por interpósita persona y que excedan del límite legal, serán igualmente nulas, ya que habrá simulación relativa del acto (artículos 2181 y 2182) y en consecuencia, “luego que se anule... , se restituirá la cosa o derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o derecho ha pasado a tercero de buena fe (o existe sobre ella un gravamen o favor de éste), no habrá lugar a la restitución” (artículo 2184).

## b) Donaciones hechas por Terceros.

86. Una donación antenuptial hecha por un tercero será inoficiosa cuando perjudique la obligación del donante de ministrar alimentos a las personas a quienes los debe conforme a la ley. Por el envío que dispone el artículo 222, se observarán en este supuesto las reglas de la inoficiosidad de las donaciones comunes a que hemos hecho mérito y a las que nos remitimos, si bien únicamente hay que repetir que nada se opone en realidad a que el donatario evite la reducción o la revocación de las mismas cuando tome sobre sí la obligación de ministrar los alimentos debidos y la garantice conforme a derecho, independientemente que el donante haya muerto o no.

## SEGUNDA PARTE

## LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES.

## 1. DEFINICIÓN.

87. No existe en el Código Civil precepto alguno que defina a estas donaciones, pero teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 2332 y las excepciones de los artículos 219 y 220, podemos decir que son donaciones entre consortes los contratos por lo que una persona (donante) transfiere gratuitamente, durante su matrimonio, la propiedad de una parte de sus bienes presentes a favor de su cónyuge (donatario), que la acepta.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA.

88. Las donaciones entre consortes presentan, en nuestro derecho, las siguientes características fundamentales:

- a) son verdaderas donaciones y, por ende, verdaderos contratos;
- b) difieren esencialmente de otras especies del contrato de donación, tanto por su naturaleza como por la calidad personal que se exige del donante y del donatario y por la época o momento en el que pueden celebrarse, y
- c) quedan sometidas a un régimen especial en comparación con aquél al que se sujeta cualquiera otra donación.

89. a) La donación entre cónyuges es un verdadero contrato de donación; el concepto que de ella hemos dado nos lo manifiesta. Por lo tanto, goza de los elementos esenciales propios de toda donación, esto es, un contrato traslativo de dominio, es un contrato gratuito y sólo puede comprender una parte de los bienes presentes del donante. En efecto, dado a que es un contrato, exige el acuerdo de dos o más voluntades, representadas por el donante —que impulsado por un propósito de liberalidad (*animus donandi*) otorga un beneficio o ventaja patrimonial a favor del donatario— y por el donatario mismo. Es siempre un contrato unilateral, como lo es toda donación, en virtud de que a raíz del mismo sólo el donante resulta obligado hacia el donatario, sin que éste a su vez le quede obligado a aquél (artículo 1835); cuando la donación sea onerosa y, por tanto, un contrato mixto *stricto sensu* (*la negotia mixta cum donationem*) la parte de éste que sea efectivamente donación conservará siempre y en todos los casos la característica de la unilateralidad, puesto que sólo se considerará

donado el exceso que hubiere en el precio de la cosa, deducidas de él las cargas.

Como contrato de donación que es, la donación entre cónyuges lleva implícita una nota de liberalidad que se traduce en el beneficio material o económico que recibe el donatario y el cual ocasiona, a su vez, un enriquecimiento de éste último y un empobrecimiento del donante, efectos motivados el segundo por el primero y en tal forma que el donatario se enriquecerá en la medida que el donante se empobrezca. De estos datos resulta el elemento de gratuidad inmanente y esencial de todo contrato de donación, debido a que el provecho que de él se deriva "es solamente de una de las partes", como dispone el artículo 1837 y el cual permite diferenciar a la donación de cualquiera otro contrato en el que los provechos y gravámenes sean recíprocos, esto es, del contrato oneroso. Y no sólo se obtiene esa distinción, sino que ese elemento de gratuidad nos lleva, aunado al efecto traslativo de dominio que es fundamental en la donación, a distinguir a este contrato de aquellos otros que, sea esencialmente (como el comodato) o sólo cuando medie estipulación expresa (como el depósito, el mandato y la prestación de servicios), son también gratuitos. En tales contratos y a pesar de que puede o no haber en ellos una liberalidad, no opera la transmisión del dominio de los bienes que son objeto de los mismos, situación que en la donación siempre se presentará como esencial. Por último, este elemento traslativo de la propiedad de bienes, permite distinguir a su vez a la donación de cualquiera otra liberalidad cuya naturaleza sea la de un acto o un hecho que no sea contrato, como el cultivo en fundos ajenos, la remisión y la condonación de deuda, etcétera.

Para terminar, el contrato de donación entre consortes sólo podrá comprender una parte de los bienes presentes del donante, ya que está prohibida la donación de bienes futuros (artículo 2333) y la que se haga de la totalidad de los bienes presentes cuando quien la hace no se reserva en propiedad o en usufructo lo necesario para vivir de acuerdo con sus circunstancias (artículo 2347). Lo anterior no impide, sin embargo, que sea válida la donación que consista en prestaciones periódicas, la cual se extinguirá con la muerte del donante salvo si éste hubiere dispuesto otra cosa. Además, en todo caso, la donación entre consortes no deberá comprender tal cantidad de bienes que venga a perjudicar la obligación del donante de dar alimentos a quienes los debe conforme a derecho, so pena de ser declarada inoficiosa y de quedar sujeta a la reducción o a la revocación subsiguientes, según sea el caso, y tampoco podrá ser contraria a las capitulaciones matrimoniales. Sobre esto habremos de volver más adelante.

90. b) La donación entre consortes es una especie de género donación, pero difiere esencialmente de la donación pura y simple y de la antenuptial, por tres motivos: primero, porque sólo puede hacerse por aquellas personas que en el momento del perfeccionamiento del contrato sean cónyuges; esto es, que se necesita que la donación se verifique por un cónyuge a favor del otro durante el matrimonio; segundo, porque la donación que no se haga persistiendo el matrimonio de las partes no será donación entre consortes, sino donación común, y tercero, porque con base en lo anterior, el ánimo del donante debe ser tal que desee beneficiar precisamente a su cónyuge y no a otra persona distinta.

Al legislador se le escapó la posibilidad, o al menos la regulación de las donaciones entre concubinos. El concubinato, aunque no permitido, está tolerado en México y la legislación civil ha dispuesto una serie de derechos a favor de la concubina<sup>70</sup> y de los hijos que nazcan de esa unión. El problema consiste en saber si es necesario regular las donaciones entre concubinos de la misma manera que las donaciones entre consortes o si, por el contrario, la donación que aquéllos realicen será una donación común y se regirá por las normas propias de ésta. De acuerdo con el estado que guarda actualmente la legislación civil, una donación entre concubinos es una donación ordinaria y se rige por las reglas generales de los artículos 2332 y siguientes del código vigente. Empero, teniendo en cuenta las disposiciones, limitaciones y derechos que en materia hereditaria y de alimentos se otorgan a la concubina, creemos que es necesario llenar la laguna legal sobre donaciones entre concubinos, sometiéndolas al mismo régimen al que se sujeta la donación entre cónyuges, sobre todo por cuanto ve a la facultad que a éstos se otorga para revocar la liberalidad en cualquier momento por el donante y a la que luego haremos mención. De esta forma quedarían más protegidos tanto el matrimonio (como institución) como los derechos del concubino donante, al permitírsele revocar la donación con base en los mismos principios que llevaron al legislador a permitir las donaciones entre cónyuges. Es decir, que de no sujetar las donaciones entre concubinos al régimen de las donaciones entre cónyuges, las primeras se verían más favorecidas que las segundas, con el detrimento consiguiente que sufriría la institución del matrimonio.

91. c) La tercera nota fundamental que presentan las donaciones entre cónyuges, es la referente al régimen especial al que quedan sometidas en comparación con aquel al que se sujeta cualquiera otra donación. En efecto,

<sup>70</sup> En materia de sucesiones, se le debe garantizar el beneficio de los alimentos (artículo 1368, fracción V, y siguientes). También tiene derecho a heredar a su concubina en caso de intestado (artículo 1602 y 1635).

de conformidad con los artículos 232 a 234, podemos señalar como notas características de estas donaciones, las siguientes:

1. Sólo se confirman con la muerte del donante;
2. No deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales;
3. Como resultado de la primera, pueden ser revocadas libremente y en todo tiempo por el donante; y,
4. Como excepción a la anterior no se revocarán por la superveniencia de hijos.

La inoficiosidad a la que pueden quedar sujetas estas donaciones, no es elemento particular de las mismas, puesto que toda donación común queda sometida a ella como se vio.

92. Antes de estudiar cada una de estas notas por separado, es menester preguntarnos y contestar si la donación entre cónyuges es una verdadera donación entre vivos, o una donación *mortis causa*. Existe en principio una similitud muy grande entre las disposiciones de nuestro Código Civil y las del Código Francés de 1804, en esta materia; por esta razón, debemos recordar que en el derecho francés los autores no han sido unánimes en este punto a discusión, pues se dan tres clases de opiniones diversas sobre el particular:

1. La que afirma que no son donaciones entre vivos, sino una especie de las disposiciones por causa de muerte (comparables a un testamento), ya que su inatacabilidad depende de que el donante no las revoque durante su vida; es decir, porque sólo se confirman con su muerte.
2. La que sostiene que gozan de un carácter mixto, con elementos de las donaciones entre vivos y de las que se hacen por causa de muerte.
3. La que mantiene que son verdaderas donaciones entre vivos, sujetas a la condición resolutoria que resulta de la facultad de revocación otorgada al donante.

De acuerdo con nuestro sistema legislativo, desde que estas donaciones se permitieron en el Código Civil de 1870, la idea del legislador fue la de "considerar las donaciones entre consortes como revocables y confirmadas sólo por la muerte del donante", según se dispuso en la Exposición de Motivos de ese ordenamiento. Por ello es que a nuestro modo de ver, esta especie de donación es un verdadero contrato de donación que queda sujeto no a una condición, sino más bien a la posible revocación que de ella pueda hacer el donante; es decir, se sujeta a la facultad de revocación

que se concede por ley al donante y no a una condición resolutoria o a un plazo incierto.<sup>71</sup> Además, la donación entre consortes es un verdadero contrato de donación *inter vivos*, porque el derecho mexicano no reconoce más donación que las de esta especie (artículo 2338); la donación *mortis causa* lejos de ser una verdadera donación, es un acto de naturaleza semejante a las disposiciones de última voluntad (artículo 2339); el donatario más que ser tal sería un legatario. En todo caso, creemos que si el donatario muriese antes que el donante, como ya dijimos en otro lado, por ese simple hecho no debe entenderse revocada la donación sino que siempre será indispensable que el donante revoque, expresa o tácitamente, su contrato. Además, la idea de la donación entre consortes como donación *mortis causa* ya no tendría en nuestro derecho mayor importancia, porque ella respondió a la época en que tales donaciones (entre consortes) eran nulas o inválidas en su origen, por lo que su validez resultaba del hecho de que el donante no las revocara mientras viviese, y era hasta su muerte cuando efectivamente producían sus efectos. La donación no requiere de confirmación alguna y mientras el donante no la revoque, será perfecta y así permanecerá.

Es conveniente enfatizar que la donación entre consortes es un verdadero contrato de donación, que surte sus efectos en cuanto queda perfeccionada: una vez aceptado el contrato opera la transmisión de la propiedad de los bienes que son su objeto material. Sin embargo, GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ<sup>72</sup> sostiene un criterio totalmente distinto y afirma que “si un consorte hace al otro una ‘donación’, en realidad no es aún tal, sino un verdadero comodato, pues en cualquier momento puede revocar ese contrato...; pero si fallece (el donante) sin haberlo revocado entonces sí se considera que hubo donación. Se tiene aquí un doble contrato (al que tipifica como de unión alternativa) ligado por un plazo incierto, el de la muerte del “comodante-donante”, y en definitiva sólo subsistirá uno de los dos contratos: si muere sin haber revocado la donación, habrá sido donación, y si la revoca en vida, fue en verdad un comodato”.<sup>73</sup> Esa posición es insostenible,

<sup>71</sup> GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*. Editorial Cajica, Puebla, México 1968. Pág. 167.

<sup>72</sup> Op. cit., pág. 166.

<sup>73</sup> Pero GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ va aún más lejos, y mantiene que con la disposición del artículo 2359, que señala como causa de revocación de la donación común la superveniencia de hijos del donante, la donación no será tal sino “un verdadero comodato, que va con un elemento representativo de una donación, pues si le nacen hijos al que hizo la liberalidad, puede éste revocar el acto, y habrá sido comodato por el tiempo que el beneficiado detentó la cosa” (op. cit., pág. 169).

Con esta idea se anularía realmente la existencia de casi todo contrato de donación, dejando únicamente a salvo y como tal a las donaciones que se refiere el artículo 2361.



puesto que la donación y el comodato son dos contratos que difieren por su naturaleza el uno respecto del otro; si ambos son gratuitos y encierran una liberalidad, es característica de la donación el ser un contrato traslativo de dominio, mientras que el comodato sólo “transmite el uso de una cosa no fungible” (artículo 2497); la donación, por otro lado, puede tener por objeto bienes fungibles (artículo 763), y el comodato “cuando tuviere por objeto cosas consumibles, sólo será comodato si ellas fuesen prestadas como no fungibles, es decir, para ser restituidas idénticamente” (artículo 2498). Por lo tanto, decir que la donación entre consortes es un contrato de unión alternativa (comodato-donación), afirmando que cuando sea revocado por el donante hasta ese instante habrá sido “verdadero comodato”, significa confundir la naturaleza de ambos contratos y negarle a la donación su efecto traslativo de dominio de cosas, pasando por alto las reglas especiales que se fijan para el caso de revocación de las donaciones y que ya han sido analizadas.

La consecuencia directa de lo anterior, es la de que la donación entre consortes surte sus efectos inmediatamente desde que queda perfeccionada; es decir, desde que el donatario la acepta y notifica su aceptación al donante (artículo 2340). Por ello es que el Código Civil en su artículo 2340 ya no señala, como sus antecesores, que la donación es irrevocable desde que el donatario la acepta y hace saber al donante su aceptación; en cambio, ahora estipula que la donación es “perfecta” desde que ocurren esos supuestos, ya que aunque así quede perfeccionada, la donación entre cónyuges siempre quedará sujeta a la eventualidad de la revocación del donante.

93. De esta forma, ha quedado explicada parcialmente la primera característica de esta especie de donaciones. Queda por señalar que el hecho de la confirmación que ocurre con la muerte del donante trae por consecuencia el que el contrato no pueda ya ser revocado en forma alguna, ni siquiera por la superveniencia del hijo póstumo del donante. En efecto, estas donaciones no se revocan por la superveniencia de hijos del donante (artículo 234); esta disposición, que si en algo puede valer es en el sentido anotado, nos lleva a fijar que la especie de donación que contemplamos no pueda ser revocada al sobrevenirle al donante un hijo póstumo, ya que es precisamente uno de los fines del matrimonio la conservación de la especie, por lo que sería ilógico e injusto que se lograra aquel efecto al cumplirse una de las metas de la unión. También sería inmoral, para el caso de que se pensara que por el nacimiento de un hijo ilegítimo pudiera revocarse la donación hecha al cónyuge del matrimonio legalmente celebrado.

94. Se apuntó como segunda característica que las donaciones entre consortes no deben ser contrarias a las capitulaciones matrimoniales, por

disposición expresa del artículo 232. “El contrato de matrimonio debe celebrarse bajo el régimen de sociedad conyugal o bajo el de separación de bienes”, reza el artículo 178; las capitulaciones matrimoniales son los pactos que celebran los esposos para constituir uno u otro regímenes y para reglamentar la administración de los bienes “en uno y en otro caso” (artículo 179); esos pactos pueden otorgarse antes de la celebración del matrimonio o durante él, y pueden comprender no sólo los bienes de que sean dueños los esposos en el momento de hacer el pacto, sino también los que adquieran después (artículo 180, en relación con los artículos 184 y 207).

El sistema de la sociedad conyugal se regula por los artículos 183 a 206, en todo aquello que no esté expresamente estipulado por las capitulaciones que la constituyan, pues en principio se regirán por éstas; el efecto principal de este régimen consiste en que mientras subsista la sociedad, el dominio de los bienes comunes reside en ambos cónyuges (artículo 194); respecto de las utilidades que produzcan los bienes comunes, la regla general es la de que se dividirán en partes iguales entre los cónyuges siendo nula la capitulación en cuya virtud uno sólo de ellos deba percibir todas las utilidades, así como la que establezca que alguno de ellos será responsable por las pérdidas y deudas comunes en una parte que exceda a la que le corresponda proporcionalmente a su capital o utilidades (artículo 190). Como excepción a aquella regla general, podrá válidamente estipularse que uno de los consortes deba recibir una cantidad fija, en cuyo caso “el otro consorte o sus herederos deben pagar la suma convenida, haya o no utilidad en la sociedad” (artículo 191). Mientras este régimen subsista, es claro que los consortes no puedan celebrar entre sí donaciones, ya que lo que uno de ellos pretendiera donar al otro vendría a quedar, por mero efecto de la sociedad, no sólo en propiedad del donatario supuesto, sino también del donante. Es un caso en el que por imposibilidad jurídica, lícita, no se puede celebrar acto alguno por cualquiera de los cónyuges, sea a título gratuito o a título oneroso, por el que se pretenda transferir al otro el pleno dominio sobre una cosa; por efecto de ese contrato traslativo del dominio, el enajenante adquiriría *ipso jure* el cincuenta por ciento del valor de la cosa, por lo que en el caso de una tentativa de donación no habría la relación de empobrecimiento-enriquecimiento entre las partes. En una palabra, no habría donación.

95. Las aportaciones que hacen los esposos a la sociedad que se constituye durante el matrimonio, se considerarán como donaciones a favor de la contraparte del aportante, porque: primero, inmediatamente adquirirá el dominio sobre el cincuenta por ciento del monto de los bienes aportados por su cónyuge, y segundo, porque “todo pacto que importe cesión de una

parte de los bienes propios de cada cónyuge será considerado como donación" (artículo 192), sujetándose a lo previsto por el código para las donaciones entre consortes. La aportación (donación) del cónyuge y, por ende, los derechos que sobre la misma le corresponden al otro consorte, quedarán sujetos no únicamente al hecho de que el aportante muera perseverando en su intención, sino también a que la sociedad no sea disuelta durante el matrimonio, pues en caso de que esto último ocurra, una vez hecho el inventario correspondiente y pagados que sean los créditos que hubiere contra el fondo social, "se devolverá a cada cónyuge lo que llevó al matrimonio y el sobrante, si lo hubiere, se dividirá entre los dos consortes en la forma convenida (en las capitulaciones). En caso de... "pérdidas, el importe de éstas se deducirá del haber de cada consorte en proporción a las utilidades que debían corresponderles, y si uno sólo llevó capital, de éste se deducirá la pérdida social" (artículo 204). Con esta disposición se le viene a quitar al matrimonio cualquier carácter de especulación económica que pudiera tener por parte de un cónyuge sin escrúpulos.

96. Si la sociedad conyugal se constituye antes de la celebración del matrimonio, las aportaciones de bienes que pacten los esposos ¿serán donaciones antenuptiales o donaciones entre cónyuges?

En primer lugar, ha de quedar claramente establecido que la celebración del matrimonio es *conditio juris* o presupuesto legal "del contrato dirigido a regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges" como dice BETTL.<sup>74</sup> Es decir, que sin matrimonio no hay capitulaciones matrimoniales y por ende, aun cuando éstas se hayan otorgado con anterioridad a la celebración del matrimonio, no llegarán a existir como "negocio" mientras no sobrevenga el hecho (matrimonio) que es su antecedente lógico.

Es irrelevante el hecho de que los cónyuges otorguen con posterioridad a la celebración del matrimonio, la escritura pública en que se formalice la transmisión del dominio de bienes a consecuencia de la sociedad conyugal, ya que ese otorgamiento implica sólo el cumplimiento de una obligación.

A nuestro juicio, las aportaciones de bienes que nos ocupan, son ante todo verdaderas donaciones, y como tales, producen una transmisión de dominio del donante hacia el donatario, existiendo inequívocamente el *animus donandi* de aquél y el enriquecimiento de éste. Por lo demás, la disposición del artículo 192 no deja lugar a duda; pero regresando a la cuestión inicial ¿se tratará de donaciones antenuptiales o de donaciones entre cónyuges?

Creemos que se trata de donaciones entre cónyuges, porque:

<sup>74</sup> Infra No. 71, Notas 64 y 65.

a) De ser antenuptiales, no puede superarse la prohibición del artículo 221: "...aunque fuesen varias, no podrán exceder reunidas de la sexta parte de los bienes del donante. En el exceso, la donación será inoficiosa".

b) No se otorgan en atención a la celebración futura del matrimonio, sino precisamente a consecuencia del régimen patrimonial escogido libremente por los cónyuges respecto del matrimonio. Y ya se dijo que este contrato es *conditio juris* de las capitulaciones matrimoniales que pacten la sociedad conyugal.

c) Al momento del perfeccionamiento, donante y donatario son cónyuges, no futuros esposos. El perfeccionamiento del contrato no se presenta aquí nada más como resultado de la aceptación del donatario y del conocimiento de ese hecho por el donante, sino que, además, se requiere para su validez de la celebración del matrimonio, nuevamente por la noción de la *conditio juris*.

d) Si el matrimonio no se celebra, no habrá causa o presupuesto (*conditio juris*) del contrato dirigido a regir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (capitulaciones) ni, por tanto, de la transmisión del dominio de bienes. Los hermanos MAZEAUD<sup>75</sup> dicen: "Si el matrimonio proyectado no se realiza, las capitulaciones no surten, pues, efectos. Se dice que han caducado. Caducidad y nulidad son situaciones equivalentes. Las capitulaciones matrimoniales caducan no sólo cuando el matrimonio no se ha celebrado... sino también cuando el matrimonio que se ha celebrado es nulo. En efecto, en uno y otro casos, hay ausencia de matrimonio".

De todo lo anterior se infiere que es a consecuencia de las teorías de la *causa* y de la *conditio juris*, como llegamos a la afirmación principal.

e) Así lo dispone expresamente el artículo 192.

Hay sin embargo, un punto más que tratar a este respecto. Si la donación es entre cónyuges, la facultad de revocarla libremente por el donante (artículo 233) presenta una característica especial en cuanto a su operabilidad. En efecto, más adelante se estudiará que tales donaciones pueden ser "revocadas libremente y en todo tiempo por los donantes", según reza aquel precepto; sin perjuicio de que ello sea aplicable a las donaciones que nos ocupan, diremos que en tales casos, si el cónyuge donante desea revocar su donación, su liberalidad, deberá necesariamente modificar las capitulaciones matrimoniales que constituyeron la sociedad conyugal que rige su matrimonio, para adoptar el régimen de separación de bienes. De otra suerte la revocación

<sup>75</sup> MAZEAUD, Henri et Jean. *Lecciones de Derecho Civil*. Trad. de Luis Alcalá Zamora. Editorial Jurídica Europa-América. Buenos Aires, Argentina, 1965. Parte IV, Tomo I, pág. 126. No. 77.

sería inútil; y aún cuando para la modificación del régimen patrimonial se necesita licencia judicial para que la mujer contrate con su marido, el donatario —hombre o mujer— puede ser compelido a otorgar ese contrato aun en contra de su voluntad, previa declaración en rebeldía que se declare judicialmente.

Es obvio que a todo lo anterior puede oponerse la disposición del artículo 232 que exige, como presupuesto de las donaciones entre cónyuges, “que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales”. Pero esto es aplicable a las donaciones que se hagan los esposos durante el matrimonio, no para las efectuadas a consecuencia de la sociedad conyugal constituida antes de la celebración de aquél.

97. El régimen de separación de bienes de los cónyuges encuentra su regulación en los artículos 207 a 218 del código vigente. La separación, dice el artículo 208 “puede ser absoluta o parcial”. En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación, serán objeto de la sociedad conyugal que deben constituir los esposos”. El efecto principal de este régimen consiste en que los cónyuges “conservarán la propiedad y administración de los bienes que, respectivamente, les pertenecen, y por consiguiente, todos los frutos y acciones de dichos bienes no serán comunes, sino del dominio exclusivo del dueño de ellos” según dice el artículo 212. La consecuencia lógica de lo anterior es la de que sólo bajo este sistema podrán los consortes hacerse donaciones, pues cada uno de ellos será propietario único de sus bienes y podrá, así, enajenarlos al otro (sea a título gratuito o a título oneroso). Respecto de las donaciones que en común les sean hechas a los consortes por terceros, el artículo 215 manifiesta que “entretanto se hace la división (a cada uno le corresponderá el cincuenta por ciento) serán administrados por ambos o por uno de ellos con acuerdo del otro; pero en ese caso, el que administre será considerado como mandatario”.

En resumen, las donaciones entre consortes sólo pueden celebrarse entre los que estén casados bajo el régimen de separación de bienes, sea absoluta o parcial; en este último caso, únicamente podrán comprender bienes que no sean objeto de la sociedad conyugal constituida por los esposos. Sólo así puede entenderse la disposición de que esos contratos no sean contrarios a las capitulaciones matrimoniales.

98. La tercera característica de que gozan las donaciones entre cónyuges, es la de que pueden ser revocadas en todo tiempo y libremente por el donante. Esto significa que la donación, perfecta desde que la acepta el donatario y comunica su aceptación al donante, queda sujeta en cuanto a su inataca-

bilidad al hecho de que éste último muera sin haber revocado el contrato. La revocación puede ser ex o tácita<sup>76</sup> y es nuestra opinión que el donante deberá, si desea hacer uso de ese derecho, realizarlo indefectiblemente; esto es, que aunque pueda suceder que el donatario hubiese muerto antes que el donante, éste deberá revocar el contrato después de ese momento tácita o expresamente, pues de otra suerte, los bienes comprendidos en él pasarán a los herederos del donatario, sin que esto deba entenderse en el sentido de que en ese supuesto el donante no pueda hacer uso de su acción de revocación. Por otro lado, la revocación no necesita fundarse en hecho alguno diferente a la manifestación del donante de alcanzar ese fin; ese sujeto, por libre decisión (podríamos decir, por libre albedrío) puede si desea, echar abajo su donación sin mayores requisitos. Por ello, no deberá esperar a que ocurra alguna de las causas de revocación que señala la ley para la donación en general; aunque ninguna de ellas suceda, él podrá revocar la donación. La finalidad que se persigue con esto es la de evitar que el matrimonio pueda convertirse en una especulación, defendiéndose así los derechos del cónyuge débil. Esta razón, que es bandera de quienes consideran que estas donaciones deben prohibirse por la ley —como sucede en España— nos es útil a nosotros para defender su permisibilidad. En efecto, a través del estudio nos hemos dado cuenta de que los sistemas prohibitivos de tales donaciones se han fincado en alguna de las siguientes razones:

a) Que la mujer se encontraba bajo la potestad marital y quedaba afectada a una incapacidad para donarle a su cónyuge cosa alguna, pues su patrimonio y su persona quedaban subsumidos dentro del patrimonio y persona de su marido o del padre de éste. Era el sistema del matrimonio *cum manu* romano. Pero esta base ha desaparecido, porque ahora se consagra la igualdad de derechos para el hombre y la mujer (artículo 2o.).

b) Que la libertad de donar atentaría en contra de los derechos de los cónyuges, porque las relaciones matrimoniales y la vida íntima dejarían al más débil entregado a la voluntad del más fuerte, quien por eso obtendría beneficios para sí logrados por persuasión o por coacción. Es la teoría de los civilistas españoles como MANRESA.<sup>77</sup>

c) Que la libertad llevaría al egoísmo y al utilitarismo dentro del matrimonio, quebrantando así las relaciones de armonía y de afecto recíprocos esperadas de los cónyuges. Fue la tesis sostenida por la Comisión Parla-

<sup>76</sup> Véase núm. 113.

<sup>77</sup> MANRESA, José María, *Comentarios al Código Civil Español*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, España, 1908. Tomo IX, pág. 273.

mentaria encargada de la redacción del Código Español de 1889, al decir de GATTI.<sup>78</sup>

d) Que estas donaciones menoscabarían la idea de la protección de los derechos de terceros, al permitir que el donante se volviera insolvente por medio de donaciones hechas a su cónyuge. Este argumento carece de efectos en nuestro derecho ya que conforme al artículo 163 de la Ley de Quiebras y de Suspensión de Pagos, de 1943, “frente a la masa se presumirá que pertenecen al cónyuge quebrado los bienes que el otro hubiese adquirido durante el matrimonio, en los cinco años anteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la declaración de quiebra”; es una presunción *juris tantum* (pues admite prueba en contrario), que se extiende no sólo a los bienes de la mujer en caso de quiebra del marido, sino también a los bienes de éste en caso de quiebra de la primera.<sup>79</sup> La disposición tiene mayor interés si se le observa dentro del supuesto de que el matrimonio se haya celebrado bajo el régimen de separación de bienes, pues en caso contrario “todos los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal quedan comprendidos en la masa de la quiebra del cónyuge que quebrare. Si el otro cónyuge usare del derecho de pedir la terminación de la sociedad conyugal... “podrá reivindicar los bienes y derechos que le correspondieren” (artículo 165 de la misma Ley), además de que si la sociedad “sólo fuere sobre los productos de los bienes” (sociedad de gananciales), estos últimos quedarán dentro de la masa sólo en la medida que correspondiere al quebrado (artículo 166).

e) La señalada por nosotros<sup>80</sup> como aplicable tanto a la prohibición general de la *Lex Cincia*, como a la de los derechos romanos —antes de Septimio SEVERO y de CARACALLA— y francés antiguo, de que el fundamento de la misma era el de salvaguardar el principio de la conservación del patrimonio familiar, tan importante en aquellas épocas.

El derecho mexicano, más apegado a la vida real, considera como válidas y las permite a las donaciones entre consortes. Su sistema es mejor que el de los derechos que las prohíben,<sup>81</sup> porque con el principio de la revocabilidad

<sup>78</sup> GATTI, Hugo E., *Contratación Entre Cónyuges*. Editorial Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1960.

<sup>79</sup> Véase sobre el particular, la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos* comentada por don Joaquín RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ, Porrúa, México, 1966. Pág. 179 y sigs.

<sup>80</sup> Véase *Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 2, Julio de 1970, págs. 109 y sigs.

<sup>81</sup> Entre los sistemas prohibitivos están, además del español, el italiano, el argentino (arts. 1807 y 1820) y el uruguayo (art. 1657). Se permiten en el alemán, en el suizo y en el soviético como válidas e irrevocables.

se logra de todas maneras que el matrimonio no se convierta en una especulación y de este modo ni los derechos de los cónyuges —sobre todo, los del donante— ni los principios del matrimonio, se pueden ver perjudicados en manera alguna. MATEOS ALARCÓN <sup>82</sup> dice que la facultad otorgada a los cónyuges para hacerse donaciones dentro del matrimonio, se debe a que “los redactores del Código Civil —de 1870 <sup>83</sup>— creyeron con justicia, que se atacaría la libertad individual si se sancionara la prohibición a los cónyuges de hacerse (esas) donaciones... y que a la sombra de ella se pudieran causar inmensos perjuicios a las familias, por cuyo motivo adoptaron las restricciones impuestas por la ley de Partida y señalaron un límite a esas donaciones, de manera que nunca puedan redundar en perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos”.

Por último, si la idea de la revocabilidad tiende a evitar la especulación en el matrimonio, la facultad concedida al donante no puede ser renunciable.

99. Como cuarta y última característica, se dijo que estas donaciones no pueden ser revocadas por la superveniencia de hijos al donante. El precepto legal (artículo 234) es confuso, pues si al donante no se le exige un motivo determinado para revocar el contrato (de acuerdo con la regla general del artículo 233) el podrá siempre lograr su objetivo por medio de un simple acto de manifestación de su voluntad —tácita o expresa. Si le nace un hijo, como no tiene que invocar ninguna causa, de todas maneras si quiere podrá revocar su donación anterior. Empero, ya se apuntó que el único valor que tiene esa regla es el sentido de que la donación no se tendrá por revocada al nacer el hijo póstumo del donante, pues si éste no revocó su contrato en vida, conforme al artículo 232 se entenderá confirmado e inalterable.

Esta disposición del artículo 234 debe aclararse, pues sería mejor que ese precepto dijese que estas donaciones no se tendrán por revocadas cuando naciere un hijo póstumo del donante.

Para finalizar el estudio de la naturaleza jurídica de esta especie de

<sup>82</sup> *Estudios Sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870 y con reformas del de 1884*. México, 1893. Tomo IV, pág. 299.

<sup>83</sup> La Exposición de Motivos de ese Ordenamiento, dice respecto a estas donaciones: “Materia es esta que ofrece graves dificultades; pues por una parte puede atacarse la libertad individual, y por otra causarse inmensos perjuicios a las familias, por el abuso a que pueden dar lugar el respeto y el sentimiento. La comisión creyó que lo más prudente era considerar las donaciones entre consortes como revocables y confirmadas sólo por la muerte del donante. De esta manera, cualquier influencia perniciosa se estrellará, ya en la revocación, ya en la reducción que debe hacerse cuando muera el donante. Además: fijado el monto a que pueden ascender, no hay peligro de que se menoscaben las legítimas de los herederos forzosos”.



donaciones, es menester apuntar que en todo lo no expresamente señalado por los artículos 232 y 234, se regirán conforme a las reglas de las donaciones comunes. Tales reglas sólo se modifican levemente para ajustar sus disposiciones a la especie en estudio, como se verá a continuación.

### 3. ELEMENTOS DE LA DONACIÓN ENTRE CONSORTES.

#### a) *Elementos de Existencia.*

##### a') El Consentimiento.

100. Opera en esta materia, la disposición del artículo 2340, que establece que “la donación es perfecta desde que el donatario la acepta y hace saber la aceptación al donador”. Por efecto de esa norma, en las donaciones entre consortes se sigue el sistema de la información adoptado por el código para la donación en general y sus consecuencias son las de que el contrato requerirá siempre de la aceptación expresa del donatario y que tal aceptación deberá producirse en la misma forma en que la donación deba hacerse, no surtiendo efectos si no se hiciera en vida del donante (artículo 2346). Si con esa exigencia se permite al donante en una donación común el poder retractarse antes de la aceptación, en la donación entre consortes ello no es tan interesante, dado a que en todo tiempo y libremente podrán revocarse esos contratos.

La aceptación no sólo debe producirse en vida del donante, sino también durante el matrimonio.

El donatario podrá aceptar el contrato por sí o por medio de mandatario con poder bastante; en este último caso pueden reunirse en un mismo cónyuge las calidades de donante y de mandatario del otro (donatario). Empero, no podrán reunirse en un sólo cónyuge las calidades de donatario y de mandatario del otro (que sería el donante), para el caso de que el cónyuge pretendiera donarse a su favor un bien propiedad de su mandante —de quien tuviere poder para celebrar actos de dominio. En el primer supuesto (cónyuge donante-mandatario), pudiera decirse que contra nuestra afirmación existe la prohibición del artículo 1797, que no permite que la validez y el cumplimiento de los contratos puedan dejarse al arbitrio de uno de los contratantes; sin embargo, puede considerarse la afirmación en estudio como una excepción a esa regla, ya que si el donante no acepta el contrato como mandatario de su cónyuge, esta falta de aceptación puede tomarse como revocación tácita a su contrato.

De cualquier modo, para que el contrato de donación pueda celebrarse entre cónyuges, éstos deberán contar con la aprobación judicial exigida por

el artículo 174, licencia que será necesaria aun en el caso de que un cónyuge sea donante y mandatario del otro (donatario) para aceptar su donación, pues en este supuesto se mantendrá viva la relación de contratación entre las partes.

a") El Objeto.

101. Se aplican en principio las reglas generales de la donación común, pero debe tenerse presente que la cosa donada no puede ser de aquellas que pertenezcan o que se incluyan en la sociedad conyugal de las partes.

Es un caso muy común que estando los cónyuges casados bajo el régimen de separación de bienes, la morada familiar esté titulada a nombre de uno de ellos, generalmente al de la mujer, pero que el pago del precio del bien haya sido cubierto con fondos propios del otro cónyuge. Estos casos encierran verdaderas donaciones entre consortes, pues en ellos se transmite la propiedad de una suma de dinero gratuitamente por el donante al donatario (suma que es destinada a cubrir el precio de la cosa) que a su vez ocasiona la relación de empobrecimiento-enriquecimiento entre las partes. De todas maneras, será materia procesal de prueba demostrar la procedencia de la cantidad con que se pagó el precio, y esta situación no dejará de presentar algunas dificultades al cónyuge donante.

b) *Elementos de Validez.*

b') La Capacidad.

102. Para que la donación entre consortes sea válida, se requiere que las partes estén unidas en matrimonio, que éste se haya contraído con todos los requisitos legales y que en él se haya adoptado el régimen de separación de bienes. Faltando alguno de los dos primeros requisitos, la donación será común; faltando el tercero, no podrá celebrarse donación alguna por la imposibilidad jurídica a que previamente se ha hecho mención: en ese supuesto los cónyuges son incapaces para donarse entre sí.

El menor de edad, hombre o mujer, casado, sólo podrá realizar donaciones a favor de su cónyuge cuando haya sido autorizado judicialmente para ello (artículo 173). En todo caso, la mujer casada necesitará de esa autorización para poder donar a favor de su marido (artículo 174).

Con las salvedades anteriores, serán incapaces para donar todas aquellas personas que conforme al artículo 450 son incapaces para contratar.

b") Tratándose de donaciones entre consortes, también se aplican las reglas generales de la teoría de las obligaciones por lo que ve al consentimiento exento de vicios y al objeto, motivo o fin, lícito.

b<sup>3</sup>) La Forma.

103. De conformidad con el artículo 2346, la aceptación de las donaciones debe hacerse en la misma forma en que éstas deban otorgarse. De esto resulta que tanto por lo que toca al otorgamiento del contrato, como por cuanto a su aceptación, deben observarse las reglas generales que imperan en materia de la donación común, contenidas en los artículos 2341, ya estudiadas.<sup>84</sup>

## 4. EFECTOS DE LA DONACIÓN.

104. Los efectos que la donación entre cónyuges produce por parte del donante, son los mismos que los ya citados respecto de la donación en general, es decir: transmitir la propiedad de la cosa objeto del control y hacer entrega de la misma.

Por parte del donatario, pueden formularse las siguientes conclusiones:

a) el deber de gratitud hacia el donante debe contemplarse no sólo desde el punto de vista de la obligación de socorrerlo —lo cual en sí, es un deber matrimonial— y de no cometer algún delito de los que habla la fracción I, del artículo 2370, sino también de la obligación de fidelidad que se exige dentro del matrimonio, ya que si el donatario le es infiel al donante lo más seguro es que éste revoque su contrato;

b) la obligación de cumplir con las cargas del contrato para el caso de que la donación sea onerosa, queda sujeta a las mismas reglas de la donación común; idéntica solución se da también al deber fiscal, en su caso, que tiene el donatario de cubrir los impuestos que cause el contrato.

Conviene destacar que a pesar de que la donación puede ser revocada libremente y en cualquier época por el donante, si el donatario hubiese gravado de alguna manera el bien donado a favor de terceros, el gravamen subsistirá de acuerdo con lo que dispone el artículo 2363, pero el donante tendrá derecho a exigir que el donatario responda de su obligación.

## 5. LA DONACIÓN INOFICIOSA.

105. Dispone el artículo 234, que las donaciones entre consortes, no siendo revocables por la superveniencia de hijos al donante, se reducirán cuando sean inoficiosas “en los mismos términos que las comunes”. Como resultado de ello, los acreedores alimenticios del cónyuge donante podrán pedir la reducción —y eventualmente la revocación— de la donación que

<sup>84</sup> *Infra*, núms. 41 y sigs.

perjudique sus derechos a recibir alimentos, sujetándose esta situación a las reglas de los artículos 2348, 2375 y siguientes, del Código Civil.

#### 6. EFECTOS DEL DIVORCIO.

El artículo 286 condena al cónyuge que diere causa al divorcio, a perder “todo lo que se le hubiere dado o prometido por su consorte o por otra persona en consideración a éste; el cónyuge inocente conservará lo recibido y podrá reclamar lo pactado en su provecho”.

Existe en esa disposición una causa de revocación legal de la donación hecha por el cónyuge inocente al cónyuge (donatario) culpable, y, por otro lado, la no aplicación de la facultad de revocación concedida al donante por el artículo 233.

## A P E N D I C E

### LAS DONACIONES ENTRE CONYUGES EN EL DERECHO ESPAÑOL ANTIGUO.

#### 1. FUEROS MUNICIPALES Y FUEROS TERRITORIALES.

##### a) *Fueros Municipales.*

1. Si hemos de investigar los principios jurídicos relativos a la donación en el antiguo Derecho Español, es preciso ahondar en el estudio histórico de este derecho, tal como surgió por primera vez con la disolución del estado visigodo —sucesor del régimen romano— y con el florecimiento inmediato posterior, del régimen de derecho consuetudinario de influencia germánica, que resultó con la desaparición de aquél.

Como fuente o foco motivador de los derechos locales, han de mencionarse las concesiones de inmunidad otorgadas por los reyes de la Edad Media española y los privilegios dados por ellos a algunas colectividades y que favorecieron, las primeras, una falta de fuerza o de efectividad del poder central, y los segundos, la vida y el desenvolvimiento del municipio como forma de organización territorial. Estos Fueros Municipales, o recopilaciones del derecho consuetudinario vigente en diversas localidades de los reinos cristianos de la Edad Media,<sup>1</sup> desempeñaron un papel muy importante en la historia política, judicial y administrativa de España; ello se debió a dos razones: primera, el número y variedad de los Fueros fue cuantioso y, segunda, las municipalidades se aferraron con tenacidad a los privilegios que a través de ellos alcanzaron.

<sup>1</sup> Excepción hecha de Cataluña, donde se denominaron *Consuetudines*.

Bien pronto, los derechos locales que como se ha dicho fueron en su origen costumbrista, alcanzaron el carácter de leyes al ser redactados por escrito bajo la autoridad del rey, de los señores o de los propios municipios. A pesar de esto, no siempre los Fueros Municipales recogieron en sí todo el derecho vigente en las localidades respectivas, ya que algunas de éstas recibieron el Fuero de otras, concedido por los reyes, "pudiendo ocurrir entonces que el texto no refleje el fuero realmente practicado. La redacción no suele verificarse de una vez, sino mediante sucesivas agregaciones; se rectifica o no el precepto derogado, por lo que es frecuente hallar disposiciones contradictorias";<sup>2</sup> debidas en parte a que no todos los Fueros se redactaron por juristas, sino que un buen número de ellos fueron escritos por personas ajenas al derecho.

Por cuanto a su extensión o materia, hubo Fueros denominados breves que sólo consignaban en sus disposiciones el derecho público y las relaciones entre los habitantes y el señor del territorio, y Fueros extensos que regulaban toda clase de instituciones, al punto que en ellos se ve la primera expresión del derecho privado castellano. Como ejemplos de los primeros, tenemos el de León, el de Sahagún, los de Oviedo, Avilés, Nájera y Logroño, el de Guadalajara, el de Santander y los de Llanes, Sevilla y Madrid; de los segundos el de Cuenca, como prototipo y que a su vez influenció, entre otros, al de Teruel.

2. El Fuero de Cuenca, tal vez el más importante de los Fueros Municipales, fue otorgado en la Ciudad del mismo nombre por ALFONSO VIII, a fines del Siglo XII y reguló, entre otras cuestiones, las referentes a la sucesión troncal o potestad paterna y a la transmisión de la propiedad. Respecto de aquella, recogió el principio *paterna paternis, materna maternis*, fijó la igualdad de derechos sucesorios de los hijos y consideró a la patria potestad como un poder conjunto y solidario del padre y de la madre. Pero más importante aún, fue la proclamación que hizo del principio de la autonomía de la voluntad y la continuidad de la influencia romanista que mantuvo, al exigir para el perfeccionamiento de la transmisión de la propiedad, la entrega o *traditio* de la cosa.

3. Como segundo ejemplo de no menor trascendencia que el anterior, tenemos al Fuero de Ayala, que ha conservado su vigencia después de la publicación del Código Civil español de 1889.<sup>3</sup> Este Fuero, que data del año

<sup>2</sup> *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, España, 1950. Tomo I. pág. 2003.

<sup>3</sup> El artículo 12 del Código Civil ordena conservar sin alteración el régimen jurídico, escrito o consuetudinario, de las provincias en que aún subsista el Derecho Foral. Este principio se ha ratificado por la jurisprudencia española, según Resolución del 29 de Noviembre de 1912.

1373, tiene entre sus disposiciones una que quizá es la más interesante y que está encaminada a conservar en Ayala la libertad de testar que (por extensión analógica) se ha interpretado como aplicable a la libertad general de disposición por actos inter vivos.<sup>4</sup> “Así lo ha reconocido también el Juzgado de Amurrio, el cual no sólo ha declarado válida una donación *inter vivos*, otorgada con arreglo al Fuero, sino que por esa donación universal se transfieren al donatario todos los bienes del donante y se deroga un testamento que antes había otorgado. Por ello en la práctica casi está abolido entre los testadores el testamento, transmitiendo sus bienes por donación generalmente hecha al hijo que ha de quedar en la casería y que suele ser el varón de mayor edad”.<sup>5</sup> (Esta reglamentación, que encontramos peligrosa por cuanto puede dañar los intereses y la unidad familiar, hacer nugatorios los efectos de un testamento, y dar lugar a disposiciones obtenidas por dolo o por fuerza, únicamente puede entenderse atendiendo a la situación psicológica y topográfica de regiones españolas como la de Ayala, en las que por la división tan grande que existe de la propiedad territorial, es necesario mantener la integridad del patrimonio familiar, razón por la cual la totalidad de los bienes, lejos de repartirse entre varios herederos, pasa a las manos del donatario único).

4. En tercer lugar, influenciado por el Fuero de Cuenca pero teniendo como fuentes también al Fuero castellano y al *Liber Iudiciorum*,<sup>6</sup> existió el Fuero de Soria importante por su influencia ejercida en la formación del derecho castellano, a través del fuero Real.<sup>7</sup>

#### b) *Fueros Territoriales.*

5. Estos se caracterizan primordialmente por su ámbito espacial de vigencia, no sólo ya limitado a un municipio, sino aplicable a regiones territoriales más extensas.

En la Alta Edad Media subsistió junto con los derechos locales un derecho común antiguo de herencia visigoda y aplicable a todo el territorio. Ejemplo

<sup>4</sup> Dice al efecto el fuero de Ayala, que renuncian *en todas sus partes al fuero antiguo de que antes de agora usaron en todos sus usos y costumbres, excepto que en quanto a las herencias e sucesiones de los bienes de cualquier vecinos de la de dha tierra que puedan testar e mandar por testamento o manda o donación de todos sus bienes o de parte de ellos alguien quisiera apartando sus hijos e parientes con poco o con mucho como quisieren e por videntovieren*”.

<sup>5</sup> Texto de CASTÁN, citado en el *Diccionario de Derecho Privado*, Tomo I, Pág. 1993, In fine.

<sup>6</sup> Recopilación de normas y disposiciones visigodas que, en versión romanceada, integraron el Fuero Juzgo al que posteriormente hemos de referirnos.

<sup>7</sup> Al cual sirvió de fuente principal.

de ello fue el Fuero de León, distinto del Fuero local de León y con el que ha de confundirse. El contenido de aquel se reduce a todo el conjunto de instituciones y reglas jurídicas de tipo consuetudinario que durante la monarquía visigótica vivieron separadas y aún en contra del *Liber Iudiciorum*.

Por cuanto ve al Antiguo Derecho territorial castellano, podemos decir que Castilla, en donde fue “escasamente aplicado... el *Liber Iudiciorum*... ha vivido sin leyes hasta el Siglo XIII. Simultáneamente a la formación del Derecho local, íbase formando un Derecho común a todo el territorio, determinado por varios elementos: la libre jurisprudencia de los jueces castellanos (fazañas), las decisiones generales de reyes y asambleas, la costumbre de conceder un fuero local a otras localidades y el fondo común (a pesar del localismo) enlazado a unas mismas condiciones políticas, sociales y económicas. En resumen, ...existía una masa considerable de Derecho territorial... que no emana del poder central y carece de cohesión y de homogeneidad. Faltaba redactar por escrito este Derecho...”<sup>8</sup>

Aparecieron, así, dos colecciones que recogieron ese Derecho: el Libro de los Fueros de Castilla y el Fuero Viejo; este último nunca fue promulgado, si bien sí fue aplicado.

Posteriormente, los monarcas tendieron a unificar y fijar todo el derecho vigente en sus respectivos reinos, con lo cual apareció un tercer grupo de Fueros Territoriales que se impuso a los Fueros Locales aplicables en cada reino y a pesar de haber recibido de éstos cierta influencia, en algunas ocasiones los redujo al carácter de fuentes supletorias. Es de hacerse notar que esta unificación del Derecho fue llevado a cabo en la época en que España recibió la influencia de los derechos romano y canónico, reflejándose esta situación, más que en cualquiera otra parte, en Castilla, donde fue recogida en las Partidas. Ejemplos de estos Fueros Territoriales, fueron el de Viscaya, el de Navarra y los Códigos de Huesca (para Aragón) y de Valencia.

## 2. FUEROS Y LEYES ESPECIALES.

### A) *El Fuero Juzgo.*

6. Versión romanceada del conjunto de normas y disposiciones visigodas que existieron en España durante la monarquía de ese tipo, conocido como *Liber Iudiciorum*, originalmente fue otorgado por FERNANDO III como Fuero Municipal a Córdoba (1241) y a Sevilla (1248). ALFONSO X se le concedió con ese carácter a Jerez, Orihuela, Murcia, Encija y Elche. Ambos monarcas,

<sup>8</sup> *Diccionario de Derecho Privado*, Tomo I. Pág. 2004.

junto con SANCHE IV, declararon su vigencia territorial en cuanto servía en el Tribunal de la Corte para pleitos y alzadas, con lo que pasó a ser Fuero Territorial. Actualmente se aplica como derecho subsidiario de Castilla, en Aragón, Navarra y en las Provincias Vascongadas.

De entre sus disposiciones,<sup>9</sup> destacan las contenidas en sus libros III, IV y V

1. En el Libro III, "*De los casamientos e de las nascencias*", se establece lo siguiente:

a) Título I: "*Del ordenamiento de las bodas*".

Interesa de este Título, lo dispuesto en la Ley III, "*De las arras pues que son dadas, que las non puedan demandar*". Las arras eran las donaciones hechas a manera de dote por el marido o por sus ascendientes en su nombre, a los padres de la mujer al adquirir esposa. La propiedad de las arras pertenecía, sin embargo, a la mujer, teniendo sus padres la administración y el usufructo, y debiendo restituirlas en los casos procedentes. Al faltar los padres recaía en sus herederos la obligación de restituir.<sup>10</sup>

Las arras no podían exceder de la décima parte de los bienes que el esposo tuviere al momento del matrimonio, aunque si él era noble, podían hacerse hasta por mil sueldos. Esta ley disponía que una vez que mediara la entrega de las arras y de la sortija, el matrimonio no podría dejar de celebrarse, a no ser que ambos esposos así lo decidieran.

En la Ley V, "*De las arras que son dadas*", se dice que si algún esposo muriese después de realizados los esponsales y hubiese mediado beso y entrega de arras, la esposa tendrá entonces derecho a la mitad de todo cuanto le hubiere dado el hombre, quedando el otro cincuenta por ciento a favor de los herederos de aquél. Sino hubiere habido beso, la mujer quedará sin derecho a cosa alguna de las dadas por el hombre. Por el contrario, si quien muere es la mujer, no importa el hecho de que medie o no el beso, puesto que en todo caso los bienes de aquella pasarán a manos de sus herederos, sin que el hombre tenga derecho a parte alguna de los mismos.

En la Ley VI (Ley Antigua), se fija la cantidad de bienes que "*deve dar el marido á la muger por arras de sus cosas*", que ha quedado citada arriba. Permite esta Ley que si el marido, después de transcurrido un año desde la

<sup>9</sup> Véase *Fuero Juzgo en Latín y Castellano*, edición de la Real Academia Española. Ibarra, Impresor. Madrid, España, 1815, págs. 45 y sigs.

<sup>10</sup> MANRESA, José María, *Comentarios al Código Civil Español*. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, España, 1908. Tomo IX, pág. 34. Después, al fusionarse los godos y los romanos y permitirse el matrimonio entre ellos, se admitió la dote como aportación de la mujer, al lado de la entregada por el marido a ella.



celebración del matrimonio, por amor “o por grado” quisiera dar alguna cosa a su mujer, podrá hacerlo libremente; antes de ese lapso, ninguno de los dos podrá donar al otro más de lo que como límite se fija a las arras, a menos que lo hiciera “por grand enfermedad o grand pavor de muerte”.

La Ley VII permite al padre de la mujer demandar al marido la entrega de las arras que le correspondan a ella, custodiándolas en su poder; en caso de ausencia del padre, los hermanos de la mujer serán los guardianes.

La Ley X dice que una vez que las arras hayan sido dadas, las mismas no se podrán revocar.

b) El Título II, “*De las vodas que non son fechas lealmiente*”, contiene una serie de penas a que se hace acreedora la mujer que se casa de modo distinto al establecido por la Ley. Así, si se casa antes de que se cumpla un año desde la muerte de su marido, o comete adulterio,<sup>11</sup> la mitad de todos sus bienes pasará a manos de los hijos habidos en su primer matrimonio; si no hubiese hijos, los parientes más cercanos del marido muerto tendrán ese derecho; si no se encontraran herederos hasta el tercer grado, los bienes pasarán al poder del señor territorial.

2. El Libro IV, “*Del linage natural*”, contiene en su Título II, “*De los Herederos*”, las reglas concernientes a las sucesiones:

La Ley XI dispone que el marido y la mujer heredarán el uno al otro, cuando no hubieren parientes hasta el séptimo grado.

Y la interesantísima Ley XVII, que bien puede tenerse como antecedente del régimen de los gananciales, denominada “*De lo que gana el marido é la mujer, seyendo casados en uno*”<sup>12</sup> regula las ganancias que se obtengan

<sup>11</sup> Si el adulterio lo cometía con su siervo o con quien hubiese sido su siervo y fuere libre, ambos serían quemados en el fuego (Ley II), a menos que “si fuyere á la egleſia por ventura”, caso en que se convertiría en sierva de quien el señor mandare.

<sup>12</sup> El texto es el siguiente: “*Quantoquequier que el marido sea noble, si se casa con la mujer como deve, é viviendo de so uno ganan alguna cosa, ó acrecen, si alguno dellos fuere más rico que el otro, de su buena é de todas las cosas que acreceren é ganaren en uno, tanto deve aver demas en aquello que ganaron en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assí que si las buenas dambos semeian eguales, por poca cosa non tomen entencion. Ca deduro puede seer que sean asmadadas tan egualmiente, que non semeie que la una es meior de la otra en alguna cosa. Mas si la una es mayor de la otra connocudamiente, quanto fuere mayor, tanto debe aver mayor partida en la ganancia, assí cuemo es dicho de suso, cada uno despues de la muerte del otro. é puédelo dexar a sus fijos, ó á sus propinquos, ó á otri si quisieren. E assí lo dezimos de los barones cuemo de las muieres. E de las cosas que ganarón, de que fizieron ámos escripto, aya cada uno tal partida cuemo dixiere el escripto. E si el marido ganare alguna cosa de algun onme estranno ó en hueste, ó quel dé el rey ó su sennor, ó sus amigos, devenlo aver sus fijos ó sus herederos desués de su muerte. ó puede fazer dello lo que quisiere. E otrosí dezimos de las muieres*”.

durante el matrimonio por el trabajo de cada cónyuge o derivados de los productos de sus bienes propios o comunes, disponiendo que se repartan entre ellos en proporción al patrimonio aportado por cada uno, a menos que la diferencia entre los patrimonios sea muy pequeña o bien que sean iguales en cuyo caso la participación se hará por mitad. Sobre la porción que le corresponda, el cónyuge puede disponer libremente por herencia y transmitírselo a sus hijos, parientes cercanos o a quien desee. Estas disposiciones eran subsidiarias, pues bien podían los cónyuges hacer un escrito en el que se regula la división de los bienes gananciales. Por último, existe una excepción a lo anterior señalada al final de esta Ley, por la cual si el hombre o la mujer recibieren alguna cosa de “*omne estranno*”, o en la guerra, o del rey, de su señor o de sus amigos, quedarían en facultad de disponer de ella del modo que desearan y no haciéndolo pasaría a sus hijos o a sus herederos después de su muerte.

El Título V, “*De los bienes que perenescen por natura*” estatuye una serie de disposiciones de tipo hereditario:

La Ley I manda “*Que los fijos ni los nietos non deven ser desheredados*”, por lo que se limita a los padres y a los abuelos de ellos la facultad de disponer libremente de sus bienes;<sup>13</sup> fija la legítima en cuatro quintas partes del caudal y la mejora en una tercera parte de aquél.

La Ley II, “*Quanto puede la mujer mandar de sus arras*”, ordena que ella sólo puede disponer con libertad de una cuarta parte de sus arras, quedando las otras tres cuartas partes a favor de sus hijos o nietos; únicamente en caso de no tener unos ni otros”... *puede fazer de sus arras lo que quisiere*... “Además, en caso de haber tenido más de un marido, a los hijos habidos en cada matrimonio sólo pueden aprovecharles las arras que en el mismo hubiere obtenido la mujer.

La Ley III, “*De las cosas que dan los padres en las bodas*”, establece la irrevocabilidad de las donaciones hechas por los padres de los esposos, con motivo de su matrimonio.

3. El Libro V, “*De las avenencias é de las compras*”, encierra un conjunto de disposiciones relativas a la Teoría de las Obligaciones.

a) El Título I, Ley I, manda que las donaciones hechas a la Iglesia son irrevocables.

b) El Título II, “*De las Donaciones*”, estatuye las siguientes reglas:

<sup>13</sup> *Que ni los padres ni los avuelos non puedan fazer de sus cosas lo que quisieren ... Mas si el fijo ó ... el nieto ... fiziere grand tuerto o grand desondra al padre ó a la madre, ó al avuelo ó a la avucla... (estos) los pueden deserdar si quiciscen .”*

1. La donación hecha por la fuerza, es nula (Ley I).
2. La donación hecha por el rey es irrevocable y el donatario puede disponer de la cosa como más le convenga (Ley II).
3. La donación que haga el rey al marido o a la mujer de éste, en nada favorece al otro cónyuge, con excepción de lo que el donatario diere por amor (Ley III).
4. Se permiten las donaciones entre cónyuges<sup>14</sup> (Ley IV), con las siguientes peculiaridades:
  - a) si hubieren hijos, el cónyuge donatario adquiere la cosa hasta la muerte del donante, del modo que éste hubiere dispuesto;
  - b) el donatario tiene derecho a los frutos producidos por la cosa<sup>15</sup> y puede disponer libremente tan sólo de una quinta parte de la cosa u objeto de la donación, más no puede enajenarla si no fue autorizado por el donante;
  - c) a la muerte del donatario sus hijos heredarán el remanente sobre el que no hubiere dispuesto;
  - d) en caso de no tener hijos, “*puede fazer lo que quisiere daquello quel dió el marido*”;
  - e) si muere el donatario sin disponer<sup>16</sup> de la donación y aún vive el donante, los bienes objeto de aquella vuelven al poder de éste; si también murió el donante, los bienes pasarán a manos de sus herederos;
  - f) la mujer pierde todo derecho sobre los bienes donados si comete adulterio o se casa en segundas nupcias de modo distinto al establecido por la Ley;
  - g) las donaciones deben hacerse por escrito ante dos o tres testigos (Ley VII);
  - h) las donaciones *inter vivos* son irrevocables; las *mortis causa*, por la semejanza que guardan con el testamento, son esencialmente revocables.
5. La donación hecha con entrega de la cosa, es irrevocable (Ley V).
6. Si no hubiere entrega pero existiere escritura, la donación queda también firme aún si el donatario muere sin recibir la cosa, en cuyo caso ésta se deberá entregar a los herederos de aquél.

<sup>14</sup> La Ley IV, *De lo que da el marido á la mujer sin las arras.*

<sup>15</sup> Se trata de un usufructo vitalicio del donatario.

<sup>16</sup> La Ley dice: “...*E si la maier murir sin habla...*”, lo que interpretamos en el sentido de que muera sin haber dado destino a los bienes.

B) *El Fuero Real.*

7. Fue un Fuero Municipal, promulgado por ALFONSO X en 1255 para Sahagún, cuyos fines fueron los de unificar la diversidad de sistemas jurídicos autónomos vigentes en distintas localidades y remediar la falta de fueros en que vivían numerosas poblaciones.

En su Libro III se regula al Derecho Civil, manteniendo una similitud de criterio con el Fuero Juzgo en lo concerniente a las arras, a la dote y a las donaciones entre cónyuges (Título I, II y III), pero consignando las siguientes diferencias:

a) las arras pertenecen a la mujer; si ella es menor de veinte años, la administración le corresponde a sus padres o hermanos hasta que alcance esa edad;

b) las arras y donaciones hechas por la esposa al esposo, únicamente pasan a poder de éste cuando muere aquélla y ha habido acceso carnal en el matrimonio, y

c) las donaciones entre cónyuges sólo son válidas cuando no hayan hijos en el matrimonio.

C) *Las Leyes de Partida.*

8. Inspiradas en parte por los Fueros Juzgo, Real y de Cuenca, entre otros, en realidad “es un trasunto del derecho justiniano, con influencias del canónico y de la doctrina de los juristas italianos de la época”,<sup>17</sup> promulgadas por ALFONSO X en 1256.

La partida Cuarta “*Que habla de los desposcrios e de los casamientos*”, dedica su título XI al estudio de las dotes, de las arras y de las donaciones hechas entre cónyuges.

1. La Dote.

9. Siguiendo al Derecho Romano, las Partidas consideran a la dote como la aportación que hace la mujer al matrimonio<sup>18</sup> y distinguen, al efecto, entre dote profecticia y adventicia, estimada e inestimada, y necesaria y voluntaria.

<sup>17</sup> De Buen, Demófilo, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España. Pág. 104, núm. 70.

<sup>18</sup> *El algo que da la mujer al marido por razón de casamiento, es llamado dote. Véanse Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX*, glosado por el Lic. Gregorio LÓPEZ. Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, España. 1884. Tomo II, págs. 994 y sigs.

La profecticia es la que se constituye a favor de la mujer por sus padres, por un ascendiente de la línea paterna o por un tercero en consideración al padre; la adventicia es la que constituye la misma mujer, su madre, un pariente que no sea de los antes señalados o un extraño (Ley 8).

“Si la dote es profecticia, al morir la mujer sin dejar hijos, habrá de devolverla al padre. Si la mujer sobrevive al marido, ella y si padre juntamente recibirán la dote. Más si la dote fuere adventicia, ha de ser entregada a la mujer o a sus herederos sin que el padre tenga ningún derecho a ella”.<sup>19</sup>

Tratándose de la dote estimada, si al constituirse se fija su valor con estimación de su precio, el marido adquiere un poder de dominio sobre ella y puede aún enajenarla, con la obligación de restituir el valor de apreciación fijado. Este deber queda garantizado con una hipoteca general y tácita sobre los bienes del marido y a favor de la mujer.

En el supuesto de la dote inestimada, el marido debe devolver los mismos bienes por lo que podrá enajenarlos aún contando con consentimiento de su mujer.

Por tanto, las mejoras o menoscabos que tengan los bienes dotales durante el matrimonio, serán a favor o a cargo del marido si la dote es estimada, y de la mujer si aquella es inestimada (Leyes 18 a 29).

La dote podía ser dada de diversas maneras:

- a) por entrega de los bienes (*traditio*);
- b) por estipulación dirigida por el marido a la mujer (*estipulatio*);
- c) por promesa simple hecha por la mujer al marido (*pollicitatio*);
- d) “*e aun se establece la dote en otra manera, diciendo la mugger assi; que promete al marido, de dar alguna cosa en dote (nombrándola señaladamente), e que la dara a el, o a otro alguno en nome del. . . se entiende que (el marido) lo recibe. E porende es tenuto de responder por ella, si menester fuere*” (Ley 10).

Por otro lado, podía establecerse con o sin condición, entendiéndose que ésta sería la celebración futura del matrimonio y a la que se tenía como implícita en toda constitución de dote (Ley 11, in fine).

Bienes objeto de dote podían ser cualesquiera que deseara la mujer. Tratándose de bienes inmuebles, necesitaba ella el consentimiento judicial cuando fuera menor de veinticinco años (Ley 14). También podía la mujer obligar a su deudor a dar en dote a su marido lo que aquel le adeudare a ella (Ley 15).

<sup>19</sup> MINGUIJÓN Adrián, Salvador, *Historia del Derecho Español*. Edit. Labor, Barcelona, España, 1927, Tomo I, pág. 130. Véanse las Leyes 30, 31 y 32.

## 2. Las Arras.

10. Las Partidas confundieron a las arras con las donaciones *propter nuptias* romanas, “considerándolas como una contradote o compensación de la dote”.<sup>20</sup> La Ley 87, Título XVIII, Partida Tres, confirma la confusión al proponer la forma de las escrituras de donación para las arras, por lo que es válida la aplicación a tales arras de los principios que regulan a las donaciones *propter nuptias*; así, del mismo modo como estas últimas pueden otorgarse durante el matrimonio, también podrá hacerse en él la donación de arras. Puede agregarse que conforme a las Partidas, ni la dote ni las arras podían ser revocadas mientras subsistiera el matrimonio, a no ser que el marido, por su culpa, hubiere devenido pobre o se le hubieren confiscado sus bienes.

Si la dote era dada por la mujer al marido, las arras se entregaban por éste a aquella por razón del matrimonio. Pero la misma Ley 1 señaló otro concepto a las arras, entendiéndolas como prenda que se da para garantizar la celebración futura del matrimonio; en caso de que éste no se llevase a cabo, la parte inocente tendría derecho a ellas.

## 3. Las Donaciones Entre Cónyuges.

11. Estas donaciones quedaron prohibidas por la Ley 4, Título XI, Partida Cuatro,<sup>21</sup> señalando como motivo que los cónyuges no se engañaran haciéndolas, despojándose por amor el uno al otro, ya que quien tuviera pocos bienes quedaría en mejor posición respecto del cónyuge que fuera “*franco en dar. E por ende si las fizieren, después que el matrimonio es*

<sup>20</sup> MANRESA, op. cit., Tomo IX, pág. 38. La Ley 1 decía: “*E lo que el varon da a la muger por razón de casamiento, es llamado en latín, donatio propter nuptias; que quiere tanto dezir, como donación que da el varon a la muger, por razon que casa con ella; e tal donación como esta dizen en España propiamente, arras*”.

<sup>21</sup> El texto dice así: “*Durante el matrimonio fuzen a las vegadas donaciones el marido a la muger, o ella al marido, non por razón de casamiento, más por amor que han de consuno uno con otro. E tales donaciones como estas, son defendidas, que las non fagan, porque non se engañen despojándose el uno al otro por amor que han de consuno; e porque el que fuese escaso sería de mejor condición que el que es franco en dar. E por ende, si las fizieren, después que el matrimonio es acabado, non deuen valer si el uno se fiziere por ello más rico é el otro más pobre; fueras ende si aquel que fiziesse tal donación nunca la reuocasse, nin la desfiziesse en su vida; cá entonces fincaría valedera. Mas si reuocasse la donación en su vida el que la fiziesse, diziendo señaladamente: tal donación como ésta que fizo a mi muger, no quiero que valga, o si se callase non diziendo nada, e la diesse después a otro, o la vendiesse, o si muriesse aquel que rescibiera la donacion ante de aquel que la fizo, desartase y a por qualquier de estas razones la donación primera*”.

*acabado* (celebrado), *non deuen valer si el uno fiziere por ello más rico é el más pobre*". Pero si el donante perseveraba en su intención, no revocando la donación antes de su muerte, aquella sería entonces válida. La revocación podía ser expresa o tácita y también se entendía como causa de ella la premoriencia del donatario al donante.

Las Leyes 5 y 6, juntamente con la anterior, llevan a MANRESA<sup>22</sup> a señalar varios casos en los que estas donaciones estaban permitidas:

a) Cuando por virtud de ellas, aunque el donante se empobreciese. no se enriqueciese el donatario, citando como ejemplo el caso de que el marido construyera un panteón para cuando falleciese su mujer.

b) Cuando el donatario se enriquece sin empobrecerse el donante: renuncia, por ejemplo, por uno de los cónyuges de una herencia, legado o donación que hubiera de recaer por su renuncia en el otro.

c) Las donaciones de escasa importancia, como regalos módicos en días determinados.

d) Las donaciones cuyo móvil es la piedad.

e) Las que sólo sirven para dar honor a los cónyuges, como costear un título.

f) Las donaciones *mortis causa*.

g) Las prohibidas pero no revocadas por el donante en vida, equiparándose a las hechas por causa de muerte.

#### D) *Las Leyes de Toro.*

12. Promulgadas en el año de 1505, estas Leyes fueron otorgadas a los reinos de Castilla y León por la Reina doña JUANA, heredera en el trono de los Reyes Católicos, FERNANDO e ISABEL.

Constan de un total de 83 Leyes, siendo las relativas a nuestro tema las Leyes 14, 15, 50 a 53, 60 y 61, a las cuales nos referimos a continuación. Al lado de éstas y conteniendo disposiciones interesantes, se encuentran las Leyes 54 a 59, que regulan la capacidad civil de la mujer casada y la necesidad de la licencia marital en distintas materias, como apuntaremos más adelante.

1. La Ley 50 dispone que el marido no puede dar en arras a la mujer más de la décima parte de sus bienes, siguiendo así las normas del Fuero Juzgo, del Fuero Real y de las Partidas.

<sup>22</sup> Op. cit. Tomo IX, pág. 265.

2. La Ley 51 dice que si la mujer no tuviere hijos del matrimonio en que existió promesa de arras, una vez que ella muera sin haber dispuesto de ellas, haya o no testamento, tales arras deberán entregarse a sus herederos y no a su marido.

3. La Ley 52, repitiendo la disposición del Fuero Juzgo y del Fuero Real, ordena que *“cualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro suelto (disuelto) el matrimonio, gane si el esposo la oviere besado, la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso o no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado, y tómesese a los herederos del esposo”*, agregando que en caso de muerte de cualquiera de los cónyuges después de consumado el matrimonio, si en éste no hubo arras, la mujer y los herederos ganen todo lo que durante aquel le hubiere dado el esposo; por el contrario *“si arras oviere que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos ella muerta tomar las arras ó dejarse é tomar todo lo que el marido le uvo dado siendo con ella desposado”*, siempre y cuando la preferencia se haga dentro de un término de veinte días contados a partir del requerimiento que los herederos del marido formulen a los herederos de la mujer o a ésta, pues en caso de dejar pasar ese tiempo, el derecho a escoger una u otra cosas corresponderá a los herederos del marido.

Sobre el particular, LLAMAS y MOLINA,<sup>23</sup> hace un estudio de cuatro dudas derivadas del texto legal:

a) “Primera duda: si por el beso que precedió a los esponsales, adquirirá la mujer la mitad de los bienes de la donación que después le hizo el esposo”, y que resuelve el sentido de que en tal caso no es aplicable la ley, porque el beso no fue de esposos, sino de “personas libres, y de consiguiente ilícito y reprobado, y más digno de castigo que de premio”.

b) “Segunda duda: si cuando la cópula ha precedido a los esponsales podrá adquirir la esposa los derechos que le otorque la ley y que soluciona en el mismo sentido que la anterior, ya que “en tal caso la cópula no sería conyugal, sino ilícita y fornicaria”.

c) “Tercera duda: si cuando habiendo precedido los esponsales, el beso se verificó antes de que el esposo hiciera la donación esponsalicia a la esposa, podrá lucrar ésta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado”; duda que queda resuelta con el texto mismo de la Ley: *“cualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro”*, por lo que no interesa si el beso se dio antes o después de la donación, ya que la ley lo único que con-

<sup>23</sup> *Comentario Crítico, Jurídico, Literal, a Las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Madrid, España, 1853. Tomo II, pág. 261 núm. 23 y sigs.



templa es el hecho de que ese beso se hubiese dado antes de disolverse el matrimonio”.

d) “Cuarta duda: si cuando la cópula ha precedido a la donación esponsalicia”, podrá la mujer adquirir el derecho señalado. LLAMAS y MOLINA resuelve este caso diciendo que, en tal supuesto, la esposa no tiene derecho a recibir el porcentaje legal, solución que no compartimos puesto que se trata de un caso semejante al apuntado en la duda anterior.

4. La Ley 53 determina que si el marido y la mujer, durante su matrimonio, casan a algún hijo común y ambos le prometen la dote a una donación *propter nuptias*, estas dos deben ser pagadas con los bienes gananciales; en caso de no haberlos, el pago debe hacerse por mitad con bienes propios de cada cónyuge. Pero si la donación la hace sólo el padre y hubiere gananciales, de ellos se tomarán los bienes para dotar o donar al hijo común, y sólo en caso de no haberlos, se pagará con bienes que sean propiedad exclusiva del padre.

5. La Ley 60 dispensa a la mujer que hubiere renunciado a las ganancias o parte que le corresponda en la utilidad producida por los bienes comunes, de pagar *“parte alguna de las deudas que el marido oviere fecho durante el matrimonio”*.

6. La Ley 61 dispone que la mujer no puede ser fiadora de su marido, *“aunque se diga é alegue que se convirtió la tal deuda”* en provecho de ella; que cuando se obligare mancomunadamente con su esposo en uno o varios contratos, la mujer no quede obligada a cosa alguna, a menos que se probare que la deuda le produjo un beneficio que sea distinto al comer y vestir o al mantenerse.

7. Las Leyes 14 y 15 permiten al cónyuge superviviente, una vez disuelto el matrimonio, disponer libremente de los gananciales adquiridos en aquél y que le correspondan sin que pueda obligársele a reservar tales bienes en propiedad o en usufructo a favor de los hijos habidos en dicho matrimonio. En caso de que el marido nombre heredera a su mujer en su testamento, los bienes que así deba ella adquirir deberán ser pagados con bienes propios de aquél y no con los gananciales.

8. Sea cual fuere la clase o especie de donación, entendemos que se aplica en todas las disposiciones de la Ley 69 que prohíbe la donación de todos los bienes del donante, aunque se trate solamente de los presentes.

9. Por último, la mujer necesita licencia del marido para contratar. La autorización puede ser general o especial (Ley 56) y en caso de que el hombre se la niegue sin causa a su cónyuge, o en caso de que aquel

se encuentre ausente “y, no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la tardanza”, el Juez la puede otorgar (Leyes 57 y 58).

La misma licencia se requiere para que la mujer pueda aceptar herencias (Ley 54), para desistir de la celebración de los contratos ya prometidos, para hacer quitas y también para comparecer en juicio, como actora o como demandada (Ley 55).

Los actos celebrados sin esa autorización estarán viciados de nulidad relativa, ya que el marido puede ratificarlos de modo especial o general (Ley 58).

Encontramos también en estas leyes de Toro, una serie de sanciones patrimoniales establecidas sobre los bienes de los cónyuges, que conviene mencionar enseguida.

a) La Ley 78 dispone que la mujer que haya cometido un delito, puede perder todos o parte de sus bienes dotales, gananciales, o de cualquier otra clase. Por cuanto hace a los gananciales, la Ley 77 expresamente señala que, por el delito de uno de los cónyuges, no haya de perder el otro los bienes que a éste le correspondan, ni la mitad de las ganancias habidas en el matrimonio, entendiéndose que los gananciales son todos aquellos bienes “multiplicados durante el matrimonio” (Ley 16), hasta que los bienes del delincuente sean embargados por sentencia.

b) Si la mujer comete adulterio, aunque posteriormente el matrimonio sea declarado nulo, tanto ella como el adúltero serán puestos en poder del marido para que éste haga con sus personas y bienes lo que quiera, “*con tal que no pueda matar al uno de ellos y dejar (vivo) al otro, y que ninguno de los adúlteros tenga hijos legítimos que hereden respectivamente sus bienes; pero si la muger no tuviere culpa, por haber sido forzada, no incurra en pena alguna*”.<sup>24</sup> Los bienes de la mujer deben entenderse comprendidos los parafernales y los dotales. Sin embargo, la Ley 82 de TORO manda que el marido que matare por su propia autoridad a los adúlteros, “*aunque los tome in fraganti delicto, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare*”, pero le concede ese derecho sobre tales bienes cuando los matare o condenare por sentencia judicial que así lo hubiese ordenado.

#### E) *La Recopilación de Leyes de Castilla.*

13. El gran número de leyes y la confusión creada por ellas, motivó que en el año de 1523 las cortes pidieran al rey Carlos V “pusiera fin a tan

<sup>24</sup> LLAMAS y MOLINA, op. cit. Tomo II, pág. 549, núm. 19, citando esa disposición que consta en la Ley 1, Título 28, Libro 12, de la Novísima Recopilación.

lamentable estado, refundiendo las disposiciones vigentes en un cuerpo de leyes de fácil acceso para tribunales y litigantes”.<sup>25</sup> Pero fue FELIPE II, en 1567, quien llegó a realizar este desecho mandando publicar la “Recopilación de Leyes de Castilla”. Compuesta de nueve libros, en el quinto se ocupa del matrimonio y sus efectos en cuanto a las personas y a los bienes de los cónyuges, de los gananciales, de las herencias y sus particiones, de los contratos y de las monedas y la tasa del pan.

Pero “la falta de orden en la clasificación de las materias, contradicción entre no pocas de sus disposiciones y obscuridad en otras”,<sup>26</sup> ocasionó un reproche casi general a esta obra e hizo que en subsecuentes ediciones de la misma <sup>27</sup> se agregaran los autos acordados del Consejo de Castilla que previamente hubieran solucionado consultas específicas. Por todo ello, fueron las Leyes de Partida y el derecho romano los que tuvieron lugar preferente en los alegatos de abogados y en las sentencias de los tribunales.

#### F) *La Novísima Recopilación.*

14. Nos dice Esquivel Obregón,<sup>28</sup> que “el año de 1777 Carlos III nombró a don Manuel de LARDIZÁBAL para que formara una colección de leyes que satisficiera la demanda general, con las que se habían dado desde 1745 (fecha de la última edición de la anterior recopilación), como apéndice a la Recopilación. El Comisionado realizó su trabajo; pero no obtuvo para él la aprobación real, por juzgársele diminuto... Carlos IV, en 1798, comisionó a don Juan de la REGUERA Y VALDELOMAR para que hiciera una nueva Recopilación”, que fue aceptada por el rey y se publicó por cédula de 1805, con el nombre de “Novísima Recopilación de Leyes de España”.

Esta obra se compone de doce libros y es en el Décimo donde se trata de contratos, obligaciones y testamentos, herencias, bienes vacantes y mostrencos, escrituras, registro y papel sellado.

La Novísima contiene en su Ley 3, Título II del Libro Tercero, un orden de aplicación de las leyes anteriores a ella para que, en caso de existir una laguna legal en sus disposiciones, sean dichas leyes las que deban aplicarse a la solución del caso concreto. Ese orden es el siguiente: en primer lugar, las leyes de la Recopilación y las posteriores a ella por orden inverso de fechas y, a falta de aquellas y en segundo lugar, sucesivamente, las Leyes

<sup>25</sup> ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del Derecho en México*. México, 1943. Tomo III, pág. 22.

<sup>26</sup> Idem, pág. 23.

<sup>27</sup> La Recopilación tuvo varias ediciones, correspondientes a los años de 1581, 1592, 1640, 1723 y 1745.

<sup>28</sup> Op. cit., pág. 23.

de TORO, las del Ordenamiento de ALCALÁ, el Fuero Real, el Fuero Juzgo y los Fueros Municipales; en último lugar y por falta de todas las anteriores, se aplicarían las leyes de las Partidas.

Por lo tanto, ni la Novísima Recopilación ni la obra anterior a ésta, fueron verdaderos cuerpos de leyes creadoras de derecho, ya que su función quedó restringida, como sus nombres lo indican, a recopilar las leyes que hubiesen estado vigentes en las épocas de sus respectivas publicaciones.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACULAR GUTIÉRREZ, Antonio, *Síntesis del Derecho Civil*, en el libro *Panorama del Derecho Mexicano*. Universidad Autónoma de México, México, 1965, Tomo II.
- AUBRY, C. y RAU, C., *Cours de Droit Français*. París, Francia. 1917. Tomo XI.
- BETTI, Emilio, *Teoría del Negocio Jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España.
- BIONDI, Biondo, *Sucesión Testamentaria y Donación*. Traducción de Luis Fairén. Editorial Bosch. Buenos Aires, Argentina, 1960.
- BONFANTE, Pietro, *Historia del Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1944.
- BONNECASE, Julián, *Elementos de Derecho Civil*. Trad. de José M. Cajica. Editorial Cajica. Puebla, México. 1946. Tomo III.
- BORJA MARTÍNEZ, Manuel, Apuntes de cátedra correspondiente al Cuarto Curso de Derecho Civil, Contratos. México, 1965.
- BORJA SORIANO, Manuel, *Teoría General de las Obligaciones*. Porrúa, México, 1962. Dos Tomos.
- BUSSI, *Cristianismo y Derecho Romano*. Capítulo *Las Donaciones y su Desenvolvimiento Histórico*. Milán, Italia, 1935.
- CARPENTIER, A. y FREREJOUAN DU SAINT G., *Répertoire Général Alphabétique du Droit Française*. Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêtes. París, Francia, 1899. Tomo XVIII.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español*. Editorial Reus, S. A., Madrid, España, 1952. Tomo III.
- CHÁVEZ P. DE VELÁZQUEZ, Martha, *El Derecho Agrario en México*. Porrúa, México, 1964.
- CLAVIGERO, Francisco Javier, *Historia Antigua de México*. Porrúa, México, 1945. Tomo II.
- COLIN, Marcel y CAPITANT, Eugène, *Derecho Civil*. Trad. de Demófilo de Buen. Editorial Reus, S. A., Madrid, España, 1927. Tomos I, V y VII.
- COVIELLO, Nicolás, *Doctrina General del Derecho Civil*. Editorial UTEHA, México, 1949.
- DE BUEN, Demófilo, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España.
- DE DIECO, Clemente, *Instituciones de Derecho Español Civil*. Madrid, España, 1930. Tomo II.

- DEMOLOMBE, C., *Traité des Donations entre Vifs et des Testaments*, L. Hachette et Cie. París, Francia, 1868. Tomo VI del "Cours de Napoleon", Libro 23.
- Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, España, 1950. Tomo II.
- DOMAT, J., *Las Leyes Civiles en su Orden Natural*, Trad. de Felio Villarrubias y José Sarda, Librería de Esteban Pujal, Barcelona, España, 1861. Tomo I.
- EHRlich, J. W., *Ehrlich's Blackstone*, Capricorn Books, New York, U. S. A. 1969.
- ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, México, 1943. Tomo III.
- Fuero Juzgo en Latín y Castellano*, Edición de la Real Academia Española, Ibarra, Impresor, Madrid, España, 1815.
- FERNÁNDEZ CUETO B., Francisco, *Las Donaciones de Carácter Matrimonial en el Derecho Romano en Jurídica*, Anuario de la Escuela de Derecho de la Universidad Iberoamericana. No. 2, Julio de 1970.
- GALVÁN RIVERA, Mario, *Nuevo Febrero Mexicano. Obra completa de Jurisprudencia Teórico-Práctica*, México, 1851. Tomo II.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Madrid, España, 1852.
- GARCÍA LÓPEZ, Agustín, *Apuntes de cátedra correspondientes al Curso de Contratos*, Mimeografiados, México. Tomo I.
- GATTI, Hugo E., *Contratación entre Cónyuges*, Editorial Abeledo, Buenos Aires, Argentina, 1960.
- GIRARD, *Textes du Droit Romain*, que contienen los Fragmenta Vaticana. 3a. Edición. París, Francia, 1903.
- GÓMEZ MARÍN, Manuel y GIL y GÓMEZ, Pascual, *El Digesto del Emperador Justiniano en Castellano y Latín*, Madrid, España, 1873.
- GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Cajica, Puebla, México, 1968.
- JOLOWICZ, H. F., *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge University Press, 1965.
- JORS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, Traducción de Prieto Castro, Barcelona, España, 1937.
- JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, Bosch y Cía., Editores, Buenos Aires, Argentina, 1950. Tomo III.
- LÓPEZ, Gregorio, *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX* (sic) glosadas por el autor. Imprenta de Antonio Bergnes, Barcelona, España, 1844. Dos Tomos.
- LLAMAS y MOLINA, Sancho, *Comentario Crítico, Jurídico, Literal, a las Ochenta y Tres Leyes de Toro*, Madrid, España, 1853. Dos Tomos.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos*, Apuntes de Cátedra editados por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, México, 1962.
- MACEBO, Pablo, *La Evolución del Derecho Civil en el Libro Evolución del Derecho Mexicano*, Editorial Jus, México, 1943. Tomo II.
- MANRESA, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, España, 1908. Tomo IX.
- MARGADANT, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, Editorial Porrúa, México, 1960.
- MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal de 1870 y con reformas del de 1884*, Imprenta Díaz de León, Sucs., S. A., México, 1893. Tomo IV.
- MAZEAUD, Henri et Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, Trad. de Luis Alcalá Zamora, Editorial Jurídica Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1965.

- MENDIETA y NUÑEZ, Lucio, *El Problema Agrario en México*. Porrúa, México, 1959.
- MERLIN, *Repertoire Universel et Raisonné de Jurisprudence*. Garney Libraire et J. P. Roret, París, Francia, 1827. Tomo V.
- MINGUIJÓN Adrián, Salvador, *Historia del Derecho Español*. Editorial Labor. Barcelona, España, 1927. Tomo I.
- MORLEY, Sylvanus G., *The Ancient Maya*. London, England, 1946.
- NICHOLAS, Barry, *An Introduction to Roman Law*. Oxford, Clarendon Press, 1961, (pág. 90).
- PETIT, Eugenio, *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Traducción de José Fernández González. Editorial Calleja, Madrid, España.
- PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Trad. de José M. Cajica, Jr. Editorial Cajica, Puebla, México, 1947.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Derecho Civil*. Trad. de Mario Díaz Cruz. Editorial Cultural. Habana, Cuba, 1946. Tomo V.
- POTHIER, R. J., *Oeuvres*. Chez L'Editeur, París, Francia, 1882. Tomo XVI.
- PUIG PEÑA, Federico, *Tratado de Derecho Civil Español*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1953. Tomo II. Volumen 1.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*. Porrúa, México, 1954. Tomo VI. Volumen I.
- SCHULTZ, Fritz, *Classical Roman Law*. Oxford at the Clarendon Press, 1954.
- SIBER, *Römisches Verfassungsrecht*. Lahr, Alemania, 1952.
- SIERRA, Justo, *Proyecto de un Código Civil Mexicano formado por orden del Supremo Gobierno*. Imprenta de Vicente G. Torres, México, 1861.
- SOHM, Rodolfo, *Historia e Instituciones del Derecho Privado Romano*. Traducción de P. Dorado. Editorial La España Moderna.
- SOUSTELLE, Jacques, *La Vie Quotidienne des Aztèques*. Hachette, París, Francia, 1955.
- TAPIA, Eugenio DE, *Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Legistas*. Valencia, España, 1937. Tomos I y II.
- THAYER, James B., *Lex Aquilia. On Gifts Between Husband and Wife*. Cambridge, Harvard University Press, 1929.
- THOMPSON, J. Eric S., *Grandeza y Decadencia de los Mayas*. Fondo de Cultura Económica, México, 1959.
- VAILLANT, George C., *The Aztecs of Mexico*. Pelican Books, Suffolk, England, 1956.
- VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil Español*. Valladolid, España, 1921. Tomo IV.
- VERDUGO, Agustín, *Revisión del Proyecto del Código Civil Mexicano del Doctor Justo Sierra*. México, 1900-1903.
- VIOLLET, Paul, *Histoire du Droit Français*. L. Larose et Fergel, Editeurs. París, Francia, 1893.
- VON HAGEN, Víctor W., *The Aztec, Man and Tribe*. Mentor Books, New York, U.S.A., 1958.
- *World of the Maya*. Mentor Books, New York, U.S.A., 1960.
- VON LINGENTHAL, Zachariae, *Manuale del Diritto Francese*. Trad. Ludovico Barassi. Società Editrice Libreria, Milán, Italia, 1909. Tomo IV.