

SECCION VI.—*De la irrevocabilidad de las donaciones.*

§ 1. PRINCIPIO.

Núm. 1. Donar no equivale a retener.

407. Al tratar de la irrevocabilidad de las donaciones, Pothier dice: “Es el carácter esencial y distintivo de la donación entre vivos, el ser irrevocable; porque esto es lo que la distingue de la donación por causa de muerte, de donde se sigue que todo lo que sostiene esa irrevocabilidad, es un vicio que anula la donación entre vivos, porque destruye su causa. (1)” El código Napoleón consagra esta doctrina; la definición de la donación, dice que el donador, se despoja actual é irrevocablemente de la cosa donada (art. 894); y el artículo 944 reproduce el tiup adagio del derecho francés, *no son equivalentes donar y retener*, explicándolo. “Toda donación entre vivos hecha con condiciones cuya ejecución depende de la voluntad sola del donador, será nula.”

Que la irrevocabilidad es uno de los caracteres distintivos de la donación no puede ponerse en duda, supuesto que la ley lo decide. Sin embargo, reina grande incertidumbre en la doctrina sobre el sentido y el alcance de este principio. La tradición misma deja alguna duda. Cuando Pothier habla de la irrevocabilidad de las donaciones,

1 Pothier, *Tratado de las donaciones entre vivos*, núm. 79.

compara siempre la donación entre vivos á la donación por causa de muerte; sucede lo mismo con Domat. (1) En nuestro derecho moderno, ya no hay donaciones por causa de muerte; por lo mismo, la distinción entre esta donación y la donación entre vivos, carece de interés para nosotros; lo que nos interesa, es el saber en qué difiere la donación, bajo el punto de vista de la irrevocabilidad, de los contratos ordinarios. Ahora bien, acerca de este punto los autores no están de acuerdo. Los hay que consideran el artículo 944 como la aplicación de los artículos 1,170 y 1,774, es decir, que la donación sería nula, como todo contrato, cuando se hace bajo una condición potestativa de parte del donador; y se entiende, por condición potestativa, la que hace depender el convenio de un suceso que está en poder del deudor y hace que llegue á impedirlo. (2) Esta opinión debe desecharse, porque está en oposición con el texto mismo de la ley. De esto resulta, en efecto, que no hay ninguna diferencia entre la donación y los demás contratos. Todos los convenios son irrevocables, supuesto que hacen veces de ley á los que los han celebrado; por esto es que, no pueden ser contraídos bajo una condición potestativa por parte del que se obliga, porque no es obligarse el hacerlo cuando uno quiere. Si se entiende la irrevocabilidad en este sentido, era inútil hablar de ella, puesto que así se desprendía que la donación, así como todo otro contrato, no puede depender de la voluntad del que se obliga. Si el legislador ha creído deber decir, en la disposición misma de la donación, cuál es irrevocable, es porque es de la opi-

1 Pothier, *Introducción á la costumbre de Orleans*, tít. 15, núm. 18: "Siendo la irrevocabilidad el carácter esencial de las donaciones entre vivos, lo que la distingue de las donaciones por causa de muerte." Compárese Domat, *De las leyes civiles*, pág. 109, tít. 10; *De las donaciones entre vivos*.

2 Vazelle, t. 2º, pág. 284, artículo 944, núm. 1; Coin-Delisle, página 245, art. 944, núm. 1.

nión de Pothier, de que la irrevocabilidad es un carácter esencial de las donaciones.

408. Queda por precisar lo que quiere decir la irrevocabilidad. El artículo 944 no hace más que reproducir el adagio: *no equivalen donar y retener*. Supuesto que trata de un principio tradicional lo que debe interrogarse es la tradición. Pothier dice que es fácil percibir la razón por la cual nuestro derecho requiere la irrevocabilidad para la validez de la donación. Vamos á escucharlo; sus palabras son de consideración y merecen transcribirse. "El espíritu de nuestro derecho francés se inclina á que los bienes permanezcan en las familias y pasen á los herederos; las disposiciones de las costumbres sobre los propios y sobre las reservas consuetudinarias, lo dan bastante á conocer. Con esta mira, como se podía despojar justamente á los particulares del derecho que cada uno tiene naturalmente para disponer de lo que le pertenece, y por consiguiente, de donar entre vivos, nuestras leyes han juzgado á propósito, conservando este derecho á los particulares, *poner, sin embargo, un precio que les dificulte su ejercicio*. Por esto es, que han ordenado que ninguno pudiese válidamente donar, que no se despojase, desde la época de la donación de la cosa donada, y que no se privase para siempre de la facultad de disponer de ella, *á fin de que el natural afecto á lo que se posee y la aversión que se tiene al despojamiento, desviara á los particulares de donar.*" (1)

Así es, que la irrevocabilidad es una traba; luego debe entenderse en el sentido de que restringe la facultad de disponer de sus bienes á título gratuito. He aquí una diferencia capital entre la donación y la venta. Muy lejos de coartar la libre circulación de los bienes, el legislador la favorece, y tal es la base de nuestro orden económico. Quedan por ver en qué consiste la traba al derecho de dis-

1 Pothier, *De las donaciones entre vivos*, núm. 65.

poner que resulta de la irrevocabilidad. En el antiguo derecho, la respuesta era fácil; la costumbre de París daba la explicación de la máxima: *no es válido donar y retener*. "Es donar y retener cuando el donador se ha reservado el poder de despojar libremente de la cosa por él donada, ó que permanece en posesión hasta el día de su fallecimiento (art. 274)." La primera parte de su definición es evidente; el código la reproduce en el artículo 946, que más tarde explicaremos; la segunda parte, la concerniente á la necesidad de la tradición, ya no se aplica en nuestro derecho moderno, porque no se exige ya el traslado de la propiedad, ni en la donación ni en la venta (art. 938); ya hemos expuesto esta gran innovación (núm. 321), en lo concerniente á las donaciones entre vivos.

409. En definitiva, la historia, á la vez que nos explica el espíritu de la máxima consuetudinaria: *Donar y retener no es válido*, no nos enseña qué diferencia jurídica establece esta regla entre la donación y los contratos á título oneroso. La dificultad reside en la naturaleza de las condiciones que pueden fijarse á las diversas especies de contratos. Ninguna diferencia existe respecto á las condiciones puramente potestativas, tales como las define el artículo 1,170; éstas repugnan á la esencia de todo contrato, supuesto que destruyen el lazo del derecho, sin el cual no haya obligación (1). Pero existen otras condiciones potestativas, que el código llama mixtas y que define de este modo: "La condición *mixta* es la que depende á la vez de la voluntad de una de las partes contrayentes y de la voluntad de un tercero;" y hay que añadir de la casualidad; porque ésta, más que la voluntad de un tercero, hace que la condición cese de ser potestativa en el sentido del artículo 1,170. Así, pues, la cuestión está en saber si los convenios pueden

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 205.

hacerse bajo una condición potestativa mixta. El artículo 1,174 la decide para los contratos á título oneroso; él no anula más que las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa por parte del que se obliga; y en el lenguaje del código, la condición mixta no es una condición potestativa (arts. 1,171 y 1,170). ¿Sucede lo mismo con las donaciones?

El texto del artículo 944 deja alguna duda; parece que no anula la donación sino cuando se hace bajo una condición que depende de la *sóla voluntad* del donador, es decir, de una condición puramente potestativa. Si se entiende el artículo 944 en este sentido, no queda ninguna diferencia entre la donación y la venta; y esto acabamos de ver que es inadmisibile. La ley recibe, además, otra interpretación; puede también significar que la donación es nula desde el momento en que depende, sea por lo que fuere, de la voluntad del donador, lo que excluye la condición potestativa, mixta en las donaciones. Esta interpretación rigurosa está en armonía con el espíritu tradicional del derecho francés: equivale á donar y retener el poder, ayudando en ello la casualidad ó la voluntad de un tercero, revocar la donación. ¿Se dirá que nuestra explicación no tiene fundamento racional. De buena gana lo confesamos; bajo el punto de vista de los principios, no hay diferencia entre la donación y los contratos ordinarios. Pero la regla, *No es válido donar y retener*, es tradicional; luego por la tradición tiene que interpretarse; y la tradición exige evidentemente una interpretación restrictiva, y hasta hostil á las donaciones. Esto nos parece decisivo. Hemos citado las palabras de Pothier; he aquí la consecuencia que él deduce de ellas: "Toda cláusula que deja al donador el poder de destruir ó de alterar el efecto de su donación la vuelve nula." Y Ferrière es igualmente explícito: "Se presume que un donador dona y retiene cuando, por alguna cláusula con-

tenida en el contrato de donación, puede directa ó *indirectamente revocar y volver inútil* la donación que hubiese hecho (1)."

410. El artículo 944 pronuncia la nulidad de la donación cuando se hace con una condición que depende de la sola voluntad del donador. Esto es una consecuencia de la importancia extrema que el derecho francés da á la irrevocabilidad de las donaciones; es el alma de la donación entre vivos, dice Ricard, y lo que la constituye como tal (2). Aun cuando el donador no haya hecho uso de la cláusula que le permite retener lo que ha donado, no por eso la donación dejará de ser nula, porque se haya viciada en su esencia. El artículo 946 lo dice, de la cláusula por la cual el donador se ha reservado la libertad de disponer de un efecto comprendido en la donación; el mismo principio se aplica á toda cláusula que vuelve revocable la donación.

Y esto es así aun cuando la donación se hubiese encubierto bajo la forma de un acto oneroso. Al dispensar al donador de la observancia de las solemnidades prescritas por la ley, la jurisprudencia no ha podido eximir á la donación encubierta, de una condición que dimana de la naturaleza de las donaciones y que es el alma de éstas, según la expresión de Ricard. La corte de casación ha mantenido sin embargo una donación encubierta que, en la intención del donador, era esencialmente revocable. Al fallecimiento de una persona, se encuentra en sus papeles, entre las hojas de un testamento, un escrito por el cual reconoce que debe á su criada una suma de 20,000 fran-

1. Pothier, *Introducción á la costumbre de Orleans*, t. 15, núm. 18; Ferrière, *Comentario sobre la costumbre de Paris*, artículo 274 (t. 3º, pág. 1.245). Compárese Aubry y Rau, t. 6º, pág. 65 y nota 76, párrafo 696; Marcadé, t. 3º, págs. 592 y siguientes, núm. 1 del artículo 944. En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 404, núm. 420.

2 Ricard, *De las donaciones*, 1ª parte, núm. 900 (t. 1º, pág. 230).

cos. La corte de Grenoble validó esa liberalidad, y su decisión fue confirmada por una sentencia de denegada apelación (1). La corte de casación se limita á decir que la ley autoriza las liberalidades encubiertas; que, en este caso, la donación, para que sea válida, no está sujeta más que á las formas exigidas para el contrato bajo el cual ella está encubierta. Sin duda que sí; la liberalidad era válida en la forma, según la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Pero no es esa la cuestión. La sentencia comprobaba que el difunto había permanecido siempre en posesión del billete, porque él no había querido crear un título definitivo en favor de la legataria, y porque en el momento en que él lo subscribió, no pretendía obligarse de una manera irrevocable, que se reservaba el poder de nulificarlo si tenía que quejarse de la criada. Esta es ciertamente una liberalidad revocable, es decir, nula. Lo que ha inducido al error á la corte de Grenoble, es que ella ha apreciado el escrito como un acto oreroso; el difunto quería, dice ella, que la conservación del billete fuese la prueba de que él mantenía su obligación. Y, ¿cómo es que la corte puede hablar del *mantenimiento de una obligación* cuando ella misma hace constar que no hay ninguna? Era, pues, preciso aplicar los principios que rigen las donaciones; y, ¿puede haber una donación, cuando el donador se reserva revocarla?

Núm. 2. Aplicación.

411. Hay aplicaciones que no son dudosas, por más que el debate se haya llevado ante los tribunales. La corte de Bruselas ha fallado en varias ocasiones que la donación puede hacerse con condición de la supervivencia del donatario. (2) Ella dice muy bien, que semejante donación se

1 Denegada, 6 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1854, 1, 411).

2 Bruselas, 5 de Marzo de 1829 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,300 y (*Pasicrisia*, 1829, pág. 86) y denegada de la corte de ca-

hace con condición suspensiva; ahora bien, la donación puede ser condicional, con tal que la condición no dependa de la voluntad del donador, y ¿debe añadirse que la supervivencia del donatario es una condición esencial? Lo que hace que se engañen las personas extrañas á los estudios jurídicos, es que el donador conserva la propiedad y el goce de los bienes donados; parece pues, que no se despoja actual é irrevocablemente, como lo quiere el artículo 894. El error es palpable. El donador se despoja realmente, supuesto que el donatario tiene un derecho irrevocable á la cosa; sólo que este derecho depende de la condición de supervivencia. (1)

No debe confundirse la condición de supervivencia con la cláusula por la cual el donador se reserva hasta su fallecimiento la propiedad y el usufructo de los bienes donados. El donador sigue siendo propietario en virtud de esta cláusula, luego tiene derecho á disponer de la cosa; puede pues, decirse de él, que dona y que retiene: y donar y retener no es válido. La corte de Bastia había considerado esta cláusula como equivalente á la condición de supervivencia, ella quizás tenía razón de hecho, bajo el punto de vista de la voluntad del deudor, pero la escritura, tal como estaba redactada, mantenía el derecho de propiedad del donador hasta su fallecimiento, luego éste no se despojaba actual é irrevocablemente, como lo quiere el artículo 894. ¿Se dirá que en la donación con condición de supervivencia, el donador conserva también la propiedad y el goce hasta su muerte? Si, pero con condición de que el donatario no sobreviva. Así pues, es grande la diferencia entre las dos hipótesis. En la donación condicio-

sación de Bélgica, 27 de Marzo de 1833 (Dalloz, núm. 1,360, y *Pasicrisia*, 1833, 1, 70).

1 Compárese Tolosa, 29 de Diciembre de 1825 (Dalloz, núm. 709), y Lyon, 13 de Agosto de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 219); Duranton, t. 8º, pág. 539, núm. 480; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 63 y nota 3.

nal, si el donatario sobrevive, los actos de disposición hechos por el donador vienen por tierra; mientras que si el donador se ha reservado la propiedad, puede disponer, y si dispone, aun cuando sea por acto de última voluntad, la donación se vuelve caduca; es decir, que es irrevocable, y, por lo tanto, nula. La sentencia de la corte de Bastia fué casada. (1)

412. Pothier dice que la promesa hecha con la condición de que yo vaya á París, es válida. Esta decisión es conforme á la doctrina que acabamos de enseñar, fundándonos en la autoridad de Pothier. El cumplimiento de la condición no depende enteramente á la voluntad del que se ha comprometido; él está ligado, porque no puede dispensarse de ejecutar su compromiso sino dispensándose de ir á París. Luego hay un lazo de derecho, y, por lo tanto, una obligación. Pero si se hace una donación bajo semejante condición, habría que decidir cuál es nula, porque ella depende en parte de la voluntad del donador, ahora bien, que de él dependa hacer inútil la donación para que ésta sea nula, en virtud de la máxima de que no es válido donar y retener. (2)

Por aplicación de los mismos principios, debe decidirse que la donación sería nula si estuviese hecha con la condición; si me caso ó si no me caso. Esta última condición únicamente de la voluntad del donador: luego puede invocarse la letra del artículo 944, así como los artículos 1,170 y 1,174. La condición, si yo me caso no está en el poder del solo donador, supuesto que el matrimonio exige dos consentimientos; sin embargo, como el mayor número de veces el donador puede casarse si quiere, puede

1 Casación, 6 de Julio de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 286).

2 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 48; Duranton, t. 8º, página 529, núm. 477.

decirse que él dona y que retiene, y, que por lo tanto, la donación es nula. (1)

Hay acerca de esta cuestión de aplicación, como acerca del principio mismo, grande incertidumbre en la doctrina. Toullier objeta los términos del artículo 944, y la definición que da el artículo 1,171 de la condición mixta, es decir, que aplica el derecho común en una materia en que una tradición secular, mantenida por el código Napoleón, deroga los principios generales. Verdad es que el código se aparta de la sencillez del derecho natural; pero el derecho natural no entra en juego en una materia que es toda de derecho positivo. (2) La opinión de Toullier debe desecharse, por el hecho sólo de que no está en armonía con los verdaderos principios.

Nuestra opinión está consagrada por una sentencia de la corte de Orleans. La corte establece con claridad la distinción entre los contratos á título oneroso y las donaciones. Los contratos onerosos son válidos desde el momento en que existe el vínculo de derecho, por más que el efecto del convenio dependa en parte, de la voluntad de la parte obligada; mientras que en las donaciones el vínculo del dererecho no es suficiente, se necesita, además, como dice Pothier, que el donador no tenga el derecho de destruir ó de alterar el efecto de la donación. La sentencia aplica estos principios al caso siguiente: Uno de los esposos, hace á los hijos del otro, nacidos de un precedente matrimonio, una donación, añadiendo: *por la sola condición del matrimonio proyectado*. Luego la donadora estaba en la inteligencia de subordinar el mantenimiento de la donación á la celebración del matrimonio que ella proyectaba; Ahora bien, ciertamente que estaba en su poder realizar ó impe-

1 Pothier, *Tratado de las obligaciones*, núm. 48; Duranton, t. 8º, pág. 529, núm. 477.

2 Toullier, t. 3º, pág. 163, núms. 272 y 273.

dir dicha celebración, luego el efecto de la donación dependía de su voluntad; ella donaba y retenía, y no es válido donar y retener. (1)

§ II. DE LA DONACIÓN DE BIENES FUTUROS.

Núm. 1. Donaciones generales.

413. El artículo 943 dice: “La donación entre vivos no podrá comprender más que los bienes *presentes* del donador; si comprende *bienes futuros*, será nula á este respecto.” ¿Por qué el donador no puede disponer de sus bienes futuros? Esto es una consecuencia de la irrevocabilidad de las donaciones. Siendo libre el donador, dice Pothier, para adquirir ó nó bienes, permanecería en su libertad para dar ó no efecto á la donación; lo que es contrario á la máxima fundamental de que donar y retener no es válido. (2)

414. ¿Qué se entiende por *bienes presentes* y por *bienes futuros*? En una materia enteramente tradicional, hay que remontarse á la tradición. La ordenanza de 1,731 decía en su artículo 15, que la condición no podía comprender más que los bienes que pertenecían al donador en el momento de la donación; en seguida, añadía: “Prohibamos hacer de hoy en adelante, ningunas donaciones de bienes presentes y futuros.” Así es que por bienes futuros se entiende, en esta materia, los bienes que no pertenecen al donador en la época de la donación. Furgole explica la definición; vamos á transcribir sus palabras, que son el mejor comentario del código.” Cuando los bienes no están en poder del donador y cuando no tiene ningún derecho, ni ninguna acción pura ó condicional para pretenderlos ó esperarlos, es el verdadero caso de los bienes futuros, de los cuales no pueden hacerse donaciones fuera del contrato de matrimo

1 Orleans, 17 de Enero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 203).

2 Pothier, *De las donaciones entre vivos*, núm. 80.

nio. Y si se trata de un derecho adquirido al donador, ó de una donación que le compite, ó que pueda competirle en el evento de alguna condición, que puede tener un efecto retroactivo hasta el día de la escritura que establece el derecho ó la acción, esto no es un bien futuro; y la donación que comprendiese semejante acción ó semejante derecho, no sería nulo por haberse hecho con un bien futuro; ella sería de un bien presente, es decir del derecho ó de la acción. (1)''

415. Es fácil la aplicación del principio definido de esa manera. Los bienes que el donador adquiera después de la perfección de la donación, son esencialmente bienes futuros. Poco importa el título de la adquisición. Cuando es por contrato la cosa, es evidente. Aun cuando fuese por sucesión ó testamento, los bienes de la herencia futura no pueden ser objeto de una donación. Es verdad que el heredero presuntivo tiene una esperanza; y hasta puede suceder que dicha esperanza no se pueda arrebatar si él es reservatario; sin embargo, los bienes que él adquiera como heredero ó legatario, son bienes futuros; porque la esperanza no le da ninguna acción, ningún derecho actual, ni condicional; puede serle arrebatada por un cambio de voluntad si se trata de un testamento, ó por una ley nueva si se trata de una sucesión *ab-intestato*; ó aquel de quien es heredero presuntivo puede disipar todos los bienes y no dejar por herencia más que deudas. Los bienes que el donador adquiera, no le pertenecerán sino cuando haga la adquisición de ellos; luego éstos son bienes futuros, según los términos de la ordenanza y según la explicación de Furgole.

1 Furgole sobre el art. 15 de la ordenanza de 1731 (*Obras*, t. 5º, pag. 125).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 Ricard, *De las donaciones*, 1.^a parte, núms. 1,001 y 1,006 (t. 1.^o, págs. 264 y 263).

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

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

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

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

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

en la época de la donación, ó al menos sobre su valor ó su representación; de donde se seguirá que si los bienes presentes no dieran el valor de la suma donada, la donación sería nula. (1) Hay algo de verdad en esta opinión, dígase lo que se quiera. Si yo doy 100,000 francos y sólo poseo 50,000 de bienes, yo dono lo que no tengo; los 50,000 francos que me faltan deberán tomarse sobre los bienes que yo adquiriera; luego, en realidad, yo dono bienes futuros hasta la concurrencia de dicha suma, es decir, que tengo una donación nula. ¿Pero esta condición es suficiente para dar validez á la donación? La negativa nos parece clara. Si la donación es nula, es porque es revocable, supuesto que el donador puede destruir ó alterar su efecto, disponiendo de sus bienes. Y él conserva el poder de disposición, aun cuando sus bienes excediesen del monto de las sumas donadas. El donatario es un simple acreedor quirografario, no tiene acción sino sobre los bienes que el deudor posee en el momento en que contra él se procede; si el deudor nada tiene, la donación se vuelve inútil; es decir, que es nula, porque el donador tiene el poder de revocarla indirectamente; no hay más que un medio de impedirsele, y éste es una garantía hipotecaria.

420. La opinión contraria es la que generalmente se adopta. Nosotros hemos contestado de antemano á los argumentos que se invocan para dar validez á la donación. Pueden resumirse en dos palabras. El donatario es un acreedor; ahora bien, el derecho de los acreedores es un derecho caro, irrevocable; luego no puede oponerse al donatario que la donación es nula porque es revocable. ¿Qué importa, dicen algunos, que de hecho se vuelva ineficaz la donación si el donador muere insolvente? Esto no im-

1 Coin-Delisle, art. 943, núm. 8, pág. 243. En sentido contrario, Marcadé, artículo 943, núm. 2, t. 3º, pág. 590. Demolombe, t. 20, página 366, núm. 390.

pide que su derecho sea tan irrevocable como el de todo acreedor. (1) Nada más cierto según los principios que rigen las obligaciones ordinarias. ¿Pero hay que repetir que las donaciones están sometidas á principios mucho más rigurosos, ó por mejor decir, arbitrarios? Es razonar muy mal el invocar los principios generales en una materia en que el legislador abroga estos principios; porque deben interpretarse los textos del código por la tradición, y ésta no es dudosa.

421. Las consecuencias que se deducen de la opinión que estamos combatiendo, fortifican nuestra oposición. En primer lugar, hay división respecto de las consecuencias; lo que prueba que no hay mucha convicción por la verdad del principio. El donador muere insolvente. ¿Cuál será el derecho del donatario? Unos enseñan que predominará sobre los acreedores posteriores, lo que sería una derogación del derecho común, y puede haber una excepción sin texto? Otros dicen que el donatario será privado por todos los acreedores á título oneroso, lo que establece, en provecho de los acreedores, un privilegio sin texto: nuevo error. Por último, hay autores que ponen al donatario en la misma línea que á los acreedores; esto es conforme al derecho común; pero ¿qué viene á ser, en este caso, la irrevocabilidad de la donación? Yo dono hoy 50,000 francos; mañana contraigo una deuda de 25,000, y reduzco con esto el derecho del donatario á la mitad; no es esto donar y recobrar? (2)

1 Demante, t. 4º, pág. 10, núm. 4 bis 3º Moulton, *Repeticiones*, tomo 2º, pág. 221, 223. Demolombe (t. 20, pág. 368, núm. 392), y Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,345 y las autoridades que ellos citan. Las sentencias son citadas por Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,346 y 1,347. Hay que agregar Pau, 7 de Junio de 1872 (Dalloz, 1872, 1, 76).

2 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, t. 20, pág. 374, número 397.

422. Yo dono hoy 10,000 francos á Pedro, pagaderos después de mi muerte; mañana dono 10,000 á Pablo, con la misma cláusula. Si unuero insolvente, ¿los dos donatarios concurrirán, ó el primero será pagado antes que el segundo? Nueva disidencia en la opinión general. La corte de casación se ha pronunciado por el primer donatario; Demolombe, consecuente con su principio, decide que los dos donatarios son dos acreedores, que, por consiguiente, deben concurrir, puesto que ninguno tiene un derecho sobre los bienes del donador. (1) Esta última opinión es muy lógica, pero la lógica está contra los falsos principios. Lógica bajo el punto de vista del derecho común, esta doctrina choca y altera el principio de la irrevocabilidad. Aquí hay textos formales que están violados. Cuando las liberalidades hechas por el difunto exceden del activo, hay lugar á reducirlas; la reducción se hace comenzando por la última donación, por analogía de lo que prescribe el artículo 923 cuando se toca la reserva. ¿Por qué por contribución? Esto es una consecuencia de la irrevocabilidad. Luego el legislador quiere que una donación hecha hoy no pueda alterarse por una donación que se haga mañana. ¿No es esto una prueba de que la irrevocabilidad de las donaciones domina los principios generales? El artículo 1,003 es otra prueba de ello. El que hace una institución contractual conserva la propiedad de los bienes que él dona y tiene á su libre disposición; no obstante, la ley le prohíbe que disponga de ellos á título gratuito. Si es así, para las donaciones futuras, con mayor razón el que hace una donación entre vivos no puede disminuir y alterar la liberalidad por nuevas disposiciones. Ahora, él puede hacerlo, si se atiene uno á los principios generales y si se aplican lógicamente. Luego estos principios se hallan en oposición con la regla de la irrevocabilidad, y esta regla es la que

1 Demolombe, t. 20, pág. 377, núm. 399-401.

debe predominar. Para eludir este argumento decisivo, se transforma el derecho del heredero contractual en una especie de reserva, de dónde la consecuencia de la *indisponibilidad*. Confesamos que no comprendemos qué cosa es una *especie de reserva*, y no vemos lo que hay de común entre la *indisponibilidad* y la *donación de bienes futuros*.

Núm. 3. De la donación sobre los bienes que el donador deje á su fallecimiento.

423. Si el que da una suma pagadera á su muerte, dice en la escritura que dicha suma es de tomarse sobre los bienes que deje á su fallecimiento, la donación es nula; como la intención del donador es no donar sino hasta concurrencia de los bienes que deje, él hace realmente una donación de bienes futuros; luego de él depende nulificar su donación, disponiendo de sus bienes antes de su muerte: por lo tanto, en la donación no confiere al donatario un derecho irrevocable, y por consiguiente, es nula. Acerca del principio todos están de acuerdo; más adelante veremos las dificultades de aplicación. En nuestra opinión, no puede haber duda alguna. Acabamos de decir que la donación de una suma pagadera al fallecimiento es nula, á menos que el donador haya comprometido sus bienes para garantía del donatario; con mayor razón debe ser nula cuando el donador, lejos de comprometer sus bienes, limita la donación á los bienes que deje á su fallecimiento. En la opinión general se considera la donación de una suma pagadera á la muerte como válida, mientras que se declara nula la donación de una suma que debe tomarse sobre los bienes que el donador deje á su fallecimiento. ¿Cuál es la razón de esta diferencia? A nuestro juicio, las razones que se dan para justificarla nada tienen de decisivo; por mejor decir, las dos hipótesis se confunden, de suerte que hay inconse-

cuencia en la opinión general; y esta inconsecuencia viene en apoyo de la doctrina que acabamos de enseñar.

El que dona una suma pagadera á su fallecimiento obliga su persona, dicen algunos, es deudor á plazo, el donatario es acreedor, luego tiene un derecho irrevocable. Por el contrario, el que dona sobre los bienes que deje á su fallecimiento no se constituye actualmente deudor, no pretende conferir más que un crédito eventual contra su sucesión, crédito que no existirá, sino cuando deje bienes y hasta concurrencia de éstos. (1) ¡Vaya una singular teoría! Si el donador no se obliga actualmente, tampoco está obligado á su muerte, su heredero no lo está más que él; la sucesión sola puede ser perseguida. Esto nos parece contrario á todo principio. ¿Los bienes del que dona pueden ser comprometidos sin que la persona sea obligada? El compromiso de los bienes es una consecuencia del compromiso personal, y no se concibe sin este enlace. Luego si el donatario tiene acción contra la herencia, es preciso que el difunto haya sido obligado, y si lo está, volvemos á la primera hipótesis.

No, se dice, siempre queda en pié esta diferencia, que cuando el donador dona una suma pagadera á su muerte, se obliga indefinidamente; mientras que si él dice que la suma se pagará sobre los bienes que deje á su fallecimiento; limita su compromiso á los bienes que se hallen en su sucesión. De esto se concluye que, en la primera hipótesis, el donatario es un verdadero acreedor, lo que pone su derecho al abrigo de todo atentado; mientras que en la segunda, él no tiene derecho sino cuando el donador deja bienes, lo que hace que la existencia misma de su derecho dependa de la voluntad del donador. Esta diferencia entre las dos hipótesis no es tan grande como se dice, aun bajo el punto de vista de los principios generales de derecho, y.

1 Esta explicación es de Demolombe. Demante es más reservado

desaparece completamente si se cobra uno en el terreno de la irrevocabilidad de las donaciones. No es exacto decir que el que dona sobre los bienes que deje á su fallecimiento subordine la existencia misma de la donación á la condición de que él deje algunos bienes; él no hace donación condicional, sino que da lisa y llanamente, sólo que la ejecución está limitada á los bienes que se hallen á su fallecimiento. Puede decirse, según la sutileza del derecho, que no sucede lo mismo cuando el donador da una suma pagadera á su fallecimiento; su compromiso es ilimitado, indefinido. Pero esta diferencia es de pura teoría. De hecho, la posesión del donatario será la misma en los dos casos. Si el que ha donado una suma pagadera á su fallecimiento muere ¿cuál será el derecho del donatario? Su derecho, ilimitado en principio, estará limitado á los bienes que el donador deje á su fallecimiento, tanto como el del donatario cuyo derecho estaba limitado por la escritura de donación.

Se pretende que siempre habrá una diferencia, y es que el donatario que tiene un derecho ilimitado puede proceder contra el heredero, mientras que el donatario limitado no tiene acción contra el heredero sino hasta la concurrencia de los bienes hereditarios. Esto es exacto si se supone que el donador haya realmente pretendido limitar la acción del donatario á los bienes que se hallen en su sucesión. Pero, de hecho, esta diferencia no existirá, lo que decide la cuestión en lo concerniente á la irrevocabilidad de la donación. La donación es contraria á la máxima "no es válido donar y retener," cuando el donador puede alterar su efecto por su voluntad; ahora bien, en una y otra hipótesis, depende del donador destruir el derecho del donatario, disipando sus bienes. Si no deja bienes, importa poco que el donador tenga ó no un derecho ilimitado, porque perecerá su derecho. En vano se dice que él tendrá una acción

contra el heredero liso y llano. En teoría, sí; de hecho, no; porque no habría sucesible que quiera aceptar una sucesión insolvente por el gusto de satisfacer una donación hecha por el difunto. Supongamos que se encuentre imposible un heredero liso y llano, la donación tendría efecto, es cierto, pero esto será merced á su aceptación, con la cual, ciertamente que no podía contar el difunto. ¿Acaso un accidente puede hacer que una donación sea irrevocable, cuando de hecho estaba revocada indirectamente por el donador?

424. Se nos opone la tradición, y el argumento sería decisivo si fuera fundado, supuesto que no cesamos nosotros de invocar la tradición contra autores modernos. Vamos á escuchar á los antiguos jurisconsultos; su testimonio confirmará plenamente la doctrina que nosotros hemos enseñado. Ellos consideran como nula la donación de una suma por tomar sobre los bienes del donador á su fallecimiento. Esto es verdad; pero también declaran ellos nula la donación de una suma por pagar al fallecimiento del donador, á menos que éste haya comprometido sus bienes para asegurar el derecho del donador. Así, pues, ellos no establecen diferencia entre las dos donaciones, sino que las ponen en la misma línea.

Bergier, el anotador de Ricard, plantea la cuestión en estos términos: “¿Qué debe pensarse de la donación de una suma fija por tomar sobre los bienes muebles é inmuebles que el donador deje á su fallecimiento?” Bergier contesta: “Esta cuestión se ha presentado varias veces; y casi no podía ser materia de un problema serio. El alma de la donación entre vivos, lo que la constituye como tal, es la expropiación absoluta é irrevocable del donador. Verdad es que se puede donar entre vivos y aplazar no obstante para después de muerto la ejecución de la donación; pero en este caso, decía Cochin, es fuerza que el derecho del donatario esté irrevocablemente constituido sobre todos los

bienes que el donador posea durante su vida, y que el donatario no se vea reducido á vengarse en los bienes que se hallen el día del fallecimiento del donador." Bergier, explica después, citando siempre las palabras de Cochin, qué diferencia hay entre el caso en que yo dono 15,000 libras sobre todos mis bienes, de las cuales un donatario no podía hacerse pagar sino después de mi muerte, y la donación de 15,000 libras por tomar sobre los bienes que yo tenga el día de mi muerte. La primera donación es buena; pero, ¿en qué sentido y con qué condición? "*Porque todos los bienes del donador quedan gravados con la donación, sea que los tenga todavía el día de su muerte, sea que haya dispuesto de ellos durante su vida.*" Todas las disposiciones entre vivos que él haya podido hacer desde la donación no podrán perjudicar al donatario; el derecho queda irrevocablemente constituido, aunque el pago se suspenda." Esta es la doctrina que hemos enseñado, apoyándonos en la tradición (núm. 419); la cual difiere de todo á todo de la opinión que hoy se acepta generalmente. La donación, entendida de este modo, es en realidad una donación de bienes presentes, supuesto que el donador no puede ya disponer de dichos bienes con perjuicio del donatario. Es muy distinta la donación de una suma por tomar sobre los bienes del donador á su fallecimiento." Esta donación es nula, dice Bergier, porque todo el derecho del donatario se limita á los bienes que el donador deje el día de su muerte; luego el donador es dueño de disponer durante su vida, y él es también para vender, enagenar é hipotecar durante su vida, lo mismo que si él no hubiese donado precedentemente (1) Ahora bien, este derecho de libre disposición, se lo reconocen también los autores modernos al donador

1 Bergier, sobre Ricard, t. 1º. pág. 263, nota a. Cochin, *Obras*, tomo 4º, pág. 395.

que da una suma por pagar á su muerte; luego están en oposición con la doctrina tradicional, tal como Bergier la formula. Bergier y todos los autores antiguos no habrían vacilado en anular la donación de una suma pagadera al fallecimiento del donador, si, como se dice en nuestros días, esta donación hubiera dejado al donador la libre disposición de sus bienes, porque el donador no sería expropiado, y debe serlo, según la enérgica expresión de Bergier, para que la donación sea irrevocable. Luego podemos concluir fundándonos en la tradición, que la donación de una suma por tomar sobre los bienes del donador, se confunde con la donación de una suma pagadera á su fallecimiento. Una y otra son nulas, porque pueden ser reducidas á la nada indirectamente por el donador.

425. La donación de una suma por tomar sobre los bienes que el donador deje á su fallecimiento, da lugar á muchas dificultades en la opinión general. Se supone que la intención del donador es limitar el derecho del donatario á los bienes que se encuentren en su sucesión. ¿Pero no puede tener el donador otra intención, la de conferir al donatario un derecho irrevocable? La afirmativa es clara y nadie la pone en duda. Que el donador diga que la suma se pague á su fallecimiento ó que diga que el donatario la tome sobre sus bienes, importa poco; muy á menudo difieren las expresiones; pero en la mente del donador tendrán por lo común el mismo sentido. De aquí una gran dificultad para el intérprete: ¿cómo distinguirá el juez las donaciones que son irrevocables en la intención del donador de las que se declaran revocables por la voluntad de éste? Las cuestiones de intención son cuestiones de hecho. Así es, que el juez del hecho, será el que aprecie la intención del donador. (1). Poder peligroso y que puede trocarse en

1 Demolombe, t. 20, pág. 390, núm. 405. Coin-Delisle, pág. 243, artículo 943, núm. 7. Marcadé, t. 3º, pág. 592.

lo arbitrario, supuesto que del juez dependerá mantener la donación ó anularla.

La corte de casación ha consagrado este principio de interpretación en los términos mas amplios. Una viuda reconoce que debe á su hermano dos sumas de 3,000 y 4,000 francos pagaderas seis meses después de su fallecimiento; la segunda escritura agrega: "á tomar sobre mi sucesión." Los herederos se negaron á pagar, pretendiendo que dichas escrituras eran nulas por contener donaciones á causa de muerte, encubiertas bajo la forma de contratos á título oneroso. La corte de Lyon reconoce que las dos obligaciones constituían liberalidades encubiertas, pero que la donadora estaba en la inteligencia de que comprometía actual é irrevocablemente, y de que hacía una donación entre vivos. A recurso interpuesto recayó una sentencia de denegada apelación. Es de jurisprudencia que las liberalidades encubiertas son válidas cuando las partes contratantes son capaces de donar y de recibir. Quedaba por saber si, en el caso de que se trataba, eran válidas las donaciones. La corte de casación no decide, como lo hacen los autores, que la donación de una suma pagadera á la muerte del donador, es siempre válida; dice que esto depende de la intención del que dona; si no pretende obligarse actualmente, sino únicamente dejar al gratificado una eventualidad sobre su sucesión futura, será una donación á causa de muerte, es decir revocable, y, por lo tanto nula; la donación será al contrario, una donación entre vivos si el donador ha querido obligarse actual é irrevocablemente, constituyendo un crédito contra él, cuya exigibilidad únicamente es la que se aplaza para su muerte. La corte mantiene esta facultad de apreciación, aun cuando el donador haya agregado la cláusula de que la suma donada se tomara en su sucesión, porque tales expresiones pueden considerarse como que indican una consecuencia

natural del término asignado para la ejecución de la *donación*. La verdadera dificultad en esta doctrina, consiste en apreciar la intención del donador. En el caso de que se trata no era dudosa. La misma forma escogida por la misma donadora, la de su reconocimiento de deuda, probaba que ella quería dar á un hermano un derecho de crédito, derecho irrevocable por naturaleza, cuya exigibilidad era lo único que se aplazaba. Además, la donadora había manifestado en cada una de sus palabras, como lo dice la corte de *Lyon*, la voluntad más formal y más enérgica de hacer una liberalidad irrevocable. (1)

No insistimos acerca del principio que sirve de punto de partida y de base en esta decisión, porque la hemos discutido estrictamente (núm. 418. 424). La corte de casación se acerca á nuestra opinión, supuesto que admite que la donación de una suma pagadera al fallecimiento del donador no puede ser nula como donación á causa de muerte. Pero la corte admite también que la donación pueda ser válida. ¿Es cierto, como ella lo dice, que la validez depende únicamente de la intención del donador? La corte razona conforme á los principios generales de derecho, cosa notable; la corte no habla de la irrevocabilidad de las donaciones, no cita la máxima *No es válido donar y retener*; allí sin embargo, está el verdadero asiento de la materia. ¿La voluntad del donador puede dar efecto, de que una donación, que de él depende revocar indirectamente, sea no obstante irrevocable? ¿Puede el donador, por la sola intención que tiene al efectuarse la donación, de hacer una liberalidad irrevocable, apartar la aplicación de los principios tradicionales del derecho francés que declaran nula toda donación cuando el donador puede alterar su efecto? ¿Qué importan sus intenciones en el momento en

1 Denegada de la sala de lo civil, 18 de Noviembre de 1861, (Dalloz, 1861, 465).

que él dona? Todo donador tiene la voluntad de gratificar al donatario cuando él dona; pero si de hecho, él puede cambiar de intención y destruir la liberalidad, la donación está viciada y nula.

426. A menudo se encuentra en los contratos de matrimonio, liberalidades calificadas de donación entre vivos, con la cláusula de que la suma donada se tomará sobre *los bienes más perceptibles* del disponente. Esta cláusula tiene todo el aspecto de una de esas fórmulas curiales que se perpetúan en el estilo de los notarios, y que á veces hacen decir á las partes contrayentes distinta cosa de la que quieren decir. La jurisprudencia interpreta la cláusula ó el sentido de que era firme á la donación el carácter de una institución contractual, es decir, de una donación de bienes futuros; lo que la volvería nula, si se hubiera hecho fuera del contrato de matrimonio. Es dudoso que esa sea la intención de las partes; el término de donación entre vivos, de que ellos se sirven, ó que el notario emplea, implica una donación irrevocable cuya ejecución se aplaza hasta la muerte del donador. En la opinión general, deberá, pues, considerársela como una donación de bienes presentes. La jurisprudencia toma á lo serio la cláusula y decide que la liberalidad tiene por objeto bienes futuros. (1) Según la sentencia de la corte de casación que acabamos de citar, ésta sería una cuestión de intención. De hecho, las cortes deciden que el donador no ha pretendido desasirse actual é irrevocablemente. Hay sentencias que, por sus considerandos, vuelven á nuestra manera de ver, es decir que de esto debe concluirse que toda donación de sumas pagade-

1 Denegada de la sección civil, 29 de Diciembre de 1323 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,350); Burdeos, 21 de Febrero de 1851 (Dalloz, 1854, 2, 150); Denegada, 16 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 245); Rouen, 11 de Julio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 109); Bruselas, 8 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 110); la sentencia no se encuentra en la (*Pasicrisia*, en esa fecha.

ras á la muerte del donador, es una donación de bienes futuros, y, por consiguiente nula, á menos que se haga por contrato de matrimonio. Así la corte de casación dice que semejante donación deja al donador libre de vender sus bienes y de hipotecarlos; que ella produce únicamente un derecho incierto en provecho del donatario, derecho que puede quedar sin efecto útil y que no se realiza más que á la apertura de la sucesión y sobre los bienes que en ella se encuentran. (1) Todo esto es cierto literalmente de la donación de una suma pagadera á la muerte, ella estriba, pues, en realidad, sobre los bienes futuros, lo que la vicia en su esencia.

La corte de Besançon ha fallado que la donación por contrato de matrimonio á uno de los futuros conyuges, de una suma por tomar sobre los bienes más potentes de la sucesión de los donadores, constituirá una institución contractual, caduca por el fallecimiento del donatario, aunque en la escritura, se la calificase de donación entre vivos. La escritura imponía al donatario prohibición de tomar subscripción sobre los bienes de los donadores antes del fallecimiento de éstos. Los considerandos se extralimitan de la decisión. No se debe, dice la sentencia, apreciar un acto conforme á la calificación que las partes le han donado, sino por las condiciones que forman su substancia. Ahora bien, en el caso de que se trata, la donación deja á los donadores la libre disposición y el goce absoluto de todos sus bienes; no les impone ningún compromiso personal, no da ninguna garantía el donatario, á quien está prohibido hasta tomar seguridades para la conservación de sus derechos; así, pues, ella deja la eficacia de la disposición á la discreción del donador. En efecto, los valores donados pueden no hallarse en el patrimonio del disponente, no en el momento de la donación, ni á su fallecimiento; luego el dona-

1 Sentencia precitada de 16 de Mayo de 1855 (nota 1).

dor no traslada al donatario ningún bien presente, no le da mas que una simple esperanza, lo que es contrario á las condiciones fundamentales de las donaciones entre vivos. (1) No hemos dicho nosotros otra cosa. Sin embargo, se pretende que la jurisprudencia consagre la validez de las donaciones que nosotros declaramos nulas. Esto prueba cuanta incertidumbre hay en la materia.

427. La sentencia que acabamos de citar se funda en la circunstancia de que la escritura no daba ninguna garantía al donatario, y hasta le prohibía que tomara seguridades. ¿Qué debe decidirse si la donación de sumas por tomar sobre los bienes del donador, está garantizada por una hipoteca sobre los bienes presentes del que dona? En el antiguo derecho se fallaba que la donación era nula, aun cuando contuviese la cláusula expresa de afectación é hipoteca de bienes presentes y futuros á favor del donador. En vano se decía en favor de los donatarios, que la hipoteca les concedía un derecho actual y los ponía en aptitud de hacer á los terceros detentores. Se les contestaba que había un vicio radical en la donación; ésta no estribaba sino en los bienes de la sucesión: luego aquellos no podían vengarse en los bienes de que el donador disponía entre vivos; la hipoteca que ellos invocaban no sería más que para hacer valer la donación tal como era, y no podía cambiarla; viciada en su esencia, ella permanecía nula (2) Esto prueba con qué rigor se aplicaba en el antiguo derecho, la regla de la irrevocabilidad de las donaciones. La argumentación de Cochin, que Bergier cita, es más sutil que verdadera. Cuando el donador concede una hipoteca al donatario, manifiesta con claridad la voluntad de donarle un derecho de crédito; no un derecho ilusorio, sino un derecho asegurado por una garantía real, un derecho que el

1. Besançon, 9 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 116).

2. Bergier sobre Ricard, t. 1º, pág. 264, nota a.

donador no puede ya arrebatárle, supuesto que si él dispone de los bienes hipotecados, quedan éstos afectos á la ejecución de la liberalidad; así pues, la liberalidad es clara y actual y sólo el pago es el aplazado; y estando el pago garantizado por una hipoteca, no se puede decir que el donador done y retenga; él no puede ni detener ni alterar el dicho del donatario: ¿en donde está pues, el vicio de la revocabilidad? La corte de casación ha fallado en el sentido de nuestra opinión. La escritura se calificaba de donación entre vivos; la corte infiere de aquí, que debe mantenerse la calificación, á menos que la substancia del contrato se resista á ello. Había además una cláusula de hipoteca estipulada para seguridad del pago de la suma donada. La corte de apelación anuló, no obstante, la donación, por motivo de que la donadora conservaba la facultad de restringir, y hasta de destruir el efecto de la donación, sea vendiendo sus inmuebles, sea contrayendo deudas que absorbieran su valor. Esto era olvidar, dice la corte de casación, que el efecto de la hipoteca es precisamente impedir que el donador enagene, ó de otra manera cualquiera disponga de los fondos hipotecarios con perjuicio del derecho real del donatario, en los inmuebles afectados. (1)

La jurisprudencia se pronuncia en ese concepto. Un hijo declara que hace donación entre vivos é irrevocable á su madre, de una suma que debe tomarse por manda especial y fuera de porción hereditaria sobre la donación del donador. Se ha fallado que una liberalidad es una donación de bienes futuros. En efecto, dice la sentencia, el donador no daba ningún derecho al donatario sobre los bienes presentes; él era libre para disponer de ellos á título oneroso y á título gratuito, á merced de su voluntad; luego el donatario no tenía más que una esperanza afectada de

1 Casación, 6 de Agosto de 1827 y á denegación, Bourges, 10 de Junio de 1829 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,349, 3°).

nulidad por el artículo 943. Posteriormente, el mismo donador había hecho, en provecho del mismo donatario, una escritura por la cual se estipulaba que la mitad de la suma donada por la primera escritura, causaría interés en lo futuro: para garantizar el pago del capital y de los réditos, el donador constituía una hipoteca en provecho del donatario. Esta escritura confería derechos actuales é irrevocables al donatario, y daba validez, en consecuencia, á la primera liberalidad hasta concurrencia de la suma fijada. (1)

428. El principio consagrado por la jurisprudencia es, pues, que la donación es válida cuando confiere al donatario un derecho actual que el donador no pueda alterar por nuevas disposiciones. Nosotros hemos admitido la misma restricción cuando se trata de una donación de sumas pagaderas al fallecimiento del donador; (núm. 419) y, á nuestro juicio, hay que extenderla en el caso en que la donación se hace sobre los bienes que el donador debe á su fallecimiento, ó sobre lo más patente de sus bienes, (núm. 426) porque las dos donaciones no difieren, en realidad, sino por los términos de que se ha servido el donador. ¿Hay que ir más lejos y admitir que la donación se vuelve válida si las cláusulas de la escritura prueban que el donador ha querido hacer una liberalidad irrevocable, aun cuando no hubiese uinguna garantía de dicha irrevocabilidad? La jurisprudencia es de este parecer. La corte de casación ha fallado que la donación de una suma por tomar en la sucesión del donador, aunque sin garantía hipotecaria, puede considerarse que implica despojamiento actual é irrevocable; cuando se la califica de donación entre vivos por las partes, cuando el donador ha estipulado en ella un derecho de retorno y cuando el donatario es llamado en ella

1 Besançon, 15 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 238).

propietario de los valores donados á contar desde el día del contrato. (1) Esta decisión es muy jurídica si se admite el principio de que la intención del donador es suficiente para que se vuelva irrevocable la donación, aun cuando estuviese indirectamente en su poder nulificarla, disponiendo de sus bienes ó disipándolos. Nosotros hemos hecho nuestras reservas en cuanto al principio; por lo mismo no podemos aceptar sus consecuencias. La calificación nada prueba, cuando se halla en oposición con la substancia de la escritura. En cuanto á la cláusula de retorno, antigua, ciertamente su voluntad seria de donar; pero, si á pesar de dicha intención, el donador no se despoja actualmente, si queda en libertad para alterar el efecto de la liberalidad ¿no debe decirse que dona y que retiene?

429. El donador de una suma de dinero por tomar á su fallecimiento, estipula que dicha suma se tomará en primer lugar, sobre los bienes existentes en la época de la donación y subsidiariamente sobre los inmuebles que constituyen la sucesión del difunto; la donación se declara actual é irrevocable. Además, el donador se reserva el usufructo de la suma donada; se pregunta si esa liberalidad es una donación entre vivos. La corte de casación así lo ha fallado. La sentencia empieza por decir, que no basta que la escritura haya sido calificada por las partes de donación entre vivos, porque el nombre de una escritura no cambia su naturaleza. Agrega que la intención misma de las partes no puede ser suficiente para determinar el carácter de una escritura; la cuestión depende de las disposiciones de la ley. En este punto, la sala de peticiones se separa de la sala de lo civil, lo que prueba cuánta incertidumbre hay en la jurisprudencia sobre esta difícil materia. Nuestro parecer es el de la sala de peticiones (número

1 Denegada de la sala de lo civil, 11 de Diciembre de 1844 (Dalloz, 1845; 1, 125).

425). Es, pues, preciso consultar la ley, y ésta es la que la tradición ha transmitido á los autores del código, que la han respetado en demasía. En cambio, los intérpretes la desdeñan, y ella no figura en la sentencia que estamos analizando. La corte hace constar que la donadora declara que hace donación entre vivos é irrevocable, desde el día de la escritura, de un valor de quince mil francos que se tomaron en primer lugar, sobre los bienes presentes y subsidiariamente sobre los inmuebles que ella deje á su fallecimiento. Resulta de esta primera disposición, dice la corte, que la donadora se desprende actualmente del objeto de la donación, cuya ejecución es lo único que se aplaza. Que tal haya sido la intención de la donadora, es de toda claridad, pero la corte acaba de decirnos que la intención no es suficiente para determinar la naturaleza de la escritura, y que debe consultarse la ley. Y si recurrimos á la ley, es decir, á la tradición, la decisión será muy diferente. Si la donadora hubiese dicho sencillamente que la suma se tomaría sobre los bienes que dejara á su fallecimiento, la corte de casación había decidido ciertamente que la donación es nula, porque depende de la donadora no adquirir bienes, y hacer por consiguiente, inútil la liberalidad, lo que es contrario á la regla *Donar y retener no es válido*. Nula en cuanto á los bienes futuros ¿se vuelve válida la donación porque la donadora ha dicho que la suma donada se tome desde luego sobre los bienes presentes? ¿transmite ella un derecho sobre estos bienes al donatario? Nó; luego los bienes presentes se vuelven también bienes futuros; en el sentido de que el donador puede disponer de ellos, y si lo hace ¿que vendrá á ser su liberalidad? La corte de casación invoca, además, la cláusula de la escritura por la cual la donadora se reservaba el usufructo; durante su vida, de los bienes donados; esta cláusula, dice la sentencia, manifiesta á la vez el carácter de la escritura y la in-

tención de despojarse inmediatamente. La intención, sí, porque no puede concebirse un usufructo durante su vida del donador, sobre un derecho que empezara á existir á su fallecimiento. ¿Pero la intención hace también que la donación se vuelva irrevocable? A decir verdad, la reserva del usufructo carece de todo sentido en el caso de que se trata. Ella supone un desmembramiento de la propiedad; y ¿acaso el derecho de propiedad del donador sobre sus bienes presentes estaba desmembrado por la donación de una suma por tomar sobre dichos bienes? Ciertamente que nó. Luego él era más que usufructuario, seguía siendo propietario, y el pretendido donatario de la nuda propiedad podía reducirse á la nada. Ni siquiera se concibe el usufructo sobre una suma que ha de tomarse al fallecimiento del donador; el usufructo es un derecho real, que exige una cosa cierta, existente; y la cosa donada podía no existir al fallecimiento, ni aun en el momento de la donación: ¿sobre qué, pues, habría estribado el goce del donador? (1)

§ III.—DONACIONES CONDICIONALES.

430. ¿Puede ser condicional la donación? Según los términos del artículo 1,168, “la obligación es condicional cuando se hace depender de un acontecimiento futuro é incierto, sea *suspendiéndolo* hasta que el suceso llegue, sea *rescindiéndolo*, según que el suceso tenga ó no lugar.” Conforme á esta definición, la obligación es condicional cuando se contrae con condición resolutoria. En el título de las *Obligaciones*, diremos que esta teoría no es exacta. La obligación á la que se agrega una condición resolutoria es, en realidad, lisa y llana, y su resolución es la única que se suspende. ¿Puede hacerse la donación con condición resolutoria? Si se atuviera uno á la letra del artículo 894, ha-

1. Denegada, 28 de Febrero de 1865 (Dalloz, 1865, 1, 221).

bría un motivo para dudar. El donador, dice la definición, debe despojarse irrevocablemente, y ¿no es esto decir que no puede resolverse la donación? No, porque la irrevocabilidad de las donaciones no impide su resolución. Acabemos de decir cuál es el sentido tradicional del principio de la irrevocabilidad; la donación no debe depender en nada de la voluntad del donador; luego no debe ser que tenga el poder de revocarla ni directa ni indirectamente. ¿La condición resolutoria le da este poder? Evidentemente que no. Ricard dice que, cuando la donación se resuelve, no es el donador el que revoca, sino la condición. (1) ¿Y qué cosa es la condición? Una cláusula de la escritura; luego son las partes contrayentes las que revocan por la ley que han establecido en el contrato. El código civil consagra formalmente esta teoría. Permite al donador que estipule el derecho de retorno de los objetos donados (art. 951); lo que es una verdadera condición resolutoria. El artículo 953 admite la condición resolutoria legal con el nombre de revocación como más adelante lo diremos.

431. ¿Puede hacerse la donación con condición suspensiva? Ni siquiera debería plantearse la cuestión. La condición suspensiva suspende la existencia de la liberalidad; y ¿no es esto contrario á la definición del artículo 894 que quiere que el donador se despoje *actualmente*? No, porque la donación condicional despoja también al donador con condición, y transmite al donatario un derecho condicional. Este derecho es más que una esperanza, es un derecho que está en el dominio del donatario, que éste transmite á sus herederos, y de que él puede disponer. Si la condición se verifica, retroacciona hasta el día de la escritura; desde tal día el donatario habrá quedado investido. Si la condición no se verifica, la donación caduca, no por voluntad del donador, sino en virtud de la ley del contrato.

1 Ricard, *De las donaciones*, 1ª parte, núm. 1,045 (t. 1º, pág. 265).

Todo lo que la ley prohíbe, es que se haga la donación con condiciones, cuya ejecución depende de la sola voluntad del donador (art. 944). Las donaciones más frecuentes son donaciones condicionales; son las donaciones hechas en favor del matrimonio: caducan, dice el artículo 1,088, si el matrimonio no se sigue. Esto no quiere decir que el donador no se desprenda actualmente; el donatario queda investido con una condición que no depende del donador.

432. Con mayor razón puede añadirse un término á la donación. Todos los autores citan á este propósito las palabras célebres de Dumoulin, que dice que la ejecución puede diferirse sin que por ello sufra la disposición. (1) En verdad que no vale la pena invocar al oráculo del derecho consuetudinario para establecer un principio que es elemental. Enséñase á los alumnos que el plazo en nada afecta la esencia de la obligación, y en nada cambia sus efectos; sólo aplaza su ejecución. Luego el plazo no impide que el donador se despoje actualmente, sigue siendo poseedor; ó por mejor decir, detentor en nombre del donatario, hasta que se verifique la tradición. Pero desde el instante en que se perfecciona la donación, el donatario se torna propietario; este traslado del derecho es lo que constituye lo que el código llama despojarse actualmente (artículo 938).

433. Los principios generales sobre las condiciones se aplican también á las donaciones hechas con condición suspensiva ó resolutoria, como lo diremos al tratar de la revocación de las donaciones. Hay, sin embargo, un principio especial, y éste es la máxima *Donar y retener no es válido*. Esta máxima tiene consecuencias importantes que el código consagra. Vamos á ver cuáles son las condiciones que anulan la donación, porque son contrarias á la irrevocabilidad que es el alma de aquella.

1 Proplog, *De las donaciones*, núm. 73 (t. 1º, pág. 39).

Núm. 1. De la condición de pagar las deudas del donador.

434. El artículo 945 dice que "la donación será nula si se hace con la condición de cubrir otras deudas ó cargas que las que existían en la época de la donación, ó que estuvieran expresadas, sea en la escritura de donación, sea en el estado que á ella debería adjuntarse." La redacción de esta disposición deja que desear, pero no hay duda alguna en cuanto á los principios que ella consagra.

Un primer punto sí es claro, y es que la donación puede hacerse con la condición de que el donatario pague las deudas del donador que existen en la época de la donación. No depende del donador aumentar esas deudas, supuesto que las que contrajera después de la perfección de la donación, no serían ya deudas presentes; luego no depende de él gravar al donatario con cargas que nulificarían la donación ó la disminuirían; por lo tanto, dicha condición nada tiene de contrario á la irrevocabilidad de las donaciones.

¿Es preciso que las deudas se expresen en la escritura de donación ó en un estado que á ella debería anexarse? No, porque la ley no lo exige. (1) No había ninguna razón para exigirlo bajo el punto de vista de los principios; es suficiente para asegurar la irrevocabilidad de la donación, que las deudas existan al hacerse la donación. Sin duda que el donatario está interesado en conocerlas; pero no incumbe á la ley el vigilar los intereses de las partes contrayentes. Al donatario corresponde recordar el viejo adagio *Jura vigilantibus scripta*; él puede estipular que no estará obligado más que por las deudas expresadas en la escritura ó en un estado anexo. Importa, pues, muy poco la cuantía de las deudas presentes y la naturaleza de la donación, que abarque todos los bienes ó algunos bienes

1 Grenoble, 8 de Mayo de 1835 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 10. 1,374,

particulares, la ley abandona todas estas estipulaciones á las partes interesadas. Se ha sostenido que el donatario de todos los bienes presentes está obligado de pleno derecho por las deudas presentes, sin ningún convenio. Nosotros hemos examinado la cuestión; á nuestro juicio debe decidirse negativamente (núms. 399-401). Luego se necesita una estipulación para que el donatario esté obligado á pagar las deudas presentes. Y después de esto quedan las partes contrayentes en libertad para arreglar como gusten la condición. Si no se expresan las deudas, el donatario estará obligado por todas las deudas que existían el día de la donación. Bien entendido, como ya lo hicimos observar, que las deudas deberán tener fecha cierta (número 405).

435. ¿Puede el donatario ser gravado con pagar las deudas futuras, es decir, las que el donador deje á su fallecimiento? Ricard contesta que nada hay más contrario á la irrevocabilidad y á la certidumbre que necesariamente se requieren para hacer válida una donación entre vivos, como la libertad para el donador de reducirla á la nada por la creación de tantas deudas como le ocurran y que el donatario estaría obligado á satisfacer. (1) Así, pues, la donación hecha con semejante condición, sería nula.

¿Quiere decir esto que el donatario no pueda ser gravado con las deudas futuras, cuando se hubiese determinado su importe? El artículo 945 permite que se grave al donatario con cubrir las deudas que estuviesen expresas en la escritura ó en un estado anexo. Dichas deudas no son deudas presentes, supuesto que la ley habla de las deudas presentes al principio del artículo 945; luego éstas

1 Ricard, *De las donaciones*, 1ª parte, núm. 1,028 (t. 1º, pág. 261). Casación, 17 termidor, año XII (Dalloz, "Disposiciones," número 1,370).

deben ser deudas futuras. En efecto, desde el momento en que se expresan las deudas, cesan de ser inciertas, el donatario sabe á lo que se compromete, nada depende ya de la voluntad del donador; luego el gravamen no es contrario al principio de la irrevocabilidad.

¿Cuál será el efecto de esta cláusula? La escritura dice que el donatario deberá pagar las deudas futuras del donador hasta la concurrencia de 10,000 francos, y se halla que el donador no contrae deuda ninguna. Se pregunta si la donación será válida por esos 10,000 francos, ó si hay que deducirlos? Pothier contesta esta pregunta: Después de haber dicho que la donación es nula cuando se hace con la carga de que el donatario pague todas las deudas que contraiga el donador, agrega: "Si el donador ha limitado hasta qué cantidad estaría obligado el donatario, la donación no será nula sino hasta la concurrencia de dicha cantidad, y lo será aun cuando el donador no hubiese usado de dicha facultad." (1) Es lo mismo que decir que la donación será válida siempre que no se deduzca el monto de las deudas futuras que se han dejado á cargo del donatario. ¿Por qué la donación será nula hasta la concurrencia de estas deudas si el donante no ha dicho nada de ellas? Porque es una consecuencia rigurosa del principio *Donar y retener no vale*. Dejando á cargo del donatario las deudas que el donante contraiga hasta la concurrencia de 10,000 francos, se reserva el derecho de disminuir la donación en esa suma si se donan 10,000 francos que al mismo tiempo se retienen; es lo mismo que hacer una donación nula, en el sentido de que los 10,000 francos deben deducirse de la liberalidad, sin que sea de importancia que el donante no

1 Pothier, "Introducción al tít. 15 de la costumbre de Orleans," núm. 18; Demolombe, t. 20, pág. 419, núm. 440; Lyon, 8 de Febrero de 1867 (Dalloz, 1867, 2, 154).

haga uso de la facultad que se reserva, pues la donación es nula por ser viciosa en su esencia.

436. Si la donación se hubiere hecho con la condición de que el donatario pague las deudas presentes y futuras del donador, sin determinación ninguna, ¿podría el donador pretender que la donación es válida hasta la concurrencia de las deudas presentes? No planteamos la cuestión sino para explicar la razón de la diferencia que existe entre el caso del artículo 945 y el del artículo 943 cuando el donador dona sus bienes presentes y futuros, la ley anula la disposición y la mantiene para los bienes presentes, y la anula únicamente por los bienes futuros; ya hemos dado la razón de esto (núm. 417). Cuando el donador impone al donatario la obligación de pagar las deudas presentes y futuras, la ley no permite que se anule la disposición; la condición, en este caso, es indivisible. Se concebiría la división si el donador pudiera donar los bienes presentes y futuros; y esto pasa así con la institución contractual acumulativa; la ley permite que se divida, como más adelante lo diremos. Pero fuera del contrato de matrimonio, esto no puede ejecutarse. Por lo mismo, la condición es esencialmente indivisible. El donador ha querido donar con la condición de que el donatario pagaría todas sus deudas; luego se ha reservado la libertad de destruir la donación por el todo, y por lo tanto, la liberalidad está viciada por el todo. (1)

437. El artículo 945 habla de deudas y *cargas*. Se entiende por *cargas*, las obligaciones que el heredero soporta sin que el difunto las haya contraído: tales son los gastos funerarios. ¿Puede el donador imponerlos al donatario? Hay un ligero motivo para dudar, y es que el monto de dichos gastos no se ha fijado en el contrato; en rigor, podría serlo, pero con la mayor frecuencia no lo es. Esto no impide que la

1 Duranton, t. 8º, pág. 540 núm. 481.

carga sea válida. Ciertamente que no depende del donador aumentarla y alterar con eso la donación. Tampoco depende del donatario el disminuir los gastos funerarios. Como dice muy bien Coquille, la carga de los gastos funerarios tiene su medida corta, é importa tanto como si hubiera una suma expresa, porque esto está sujeto al arbitraje de un hombre de buena reputación, según la dignidad del difunto, el alcance de sus bienes y la costumbre del país. (1) La carga es pues, cierta, lo que quita toda duda.

438. La donación hecha con la condición de pagar deudas ó cargas futuras, es nula, dice el artículo 945. ¿En qué sentido? La palabra *nulo* significa unas veces anulable, otras inexistente. En materia de donaciones la ley consagra formalmente la teoría de los actos inexistentes, en lo concerniente á los vicios de forma (art. 1,339). La irrevocabilidad no es una condición de forma; cierto es que á veces se le da el nombre de forma intrínseca (2), pero la expresión es mala y hasta contradictoria, porque la noción de forma es idéntica con la idea de solemnidades exteriores. No obstante, podría decirse que siendo la irrevocabilidad el alma de las donaciones, como dicen nuestros antiguos autores, es por eso mismo de su esencia, lo que conduce á considerar la donación como inexistente cuando es revocable. Hay una sentencia en este sentido. (3) La cuestión es dudosa. Los únicos requisitos para una donación son: el consentimiento, un objeto, una causa lícita y las formas legales. En el caso de que se trata, no podría invocarse más que la tercera de esas condiciones, considerando la revocabilidad como una causa ilícita. Esto nos parece difícil de aceptarse. La verdadera causa de las do-

1 Coquille, *Sobre la costumbre de Nivernais*, cap. 27, artículo 3; Furgole, *Comentario sobre el artículo 16 de la ordenanza de 1731*, t. 5º, artículo 16, págs. 149 y siguientes.

2 Demolombe, t. 20, pág. 347, núm. 367.

3 Lyon, 8 de Febrero de 1867 (Daloz, 1867, 2, 154).

naciones, es el espíritu de liberalidad que anima al donador. No puede decirse que el donador que hace una donación que le es permitido revocar indirectamente, no tenga la intención de gratificar al donatario; luego hay una causa, y ésta es ciertamente lícita. Sólo que el donador pone en ella una moda.

439. Se pregunta si el donador puede disponer de los objetos donados cuando la donación se hace con la condición de cubrir todas sus deudas. Si la donación fuera inexistente, no habría duda alguna; el donador habría seguido siendo propietario de las cosas donadas. En nuestra opinión, la donación existe, ha producido su efecto, la propiedad queda transmitida. ¿El donador puede disponer de cosas que están en el patrimonio del donatario? ¿Si él las lega, no es eso el legado de la cosa agena? Así se ha pretendido. La corte de Lyon ha fallado, en la sentencia que acabamos de citar, que aun suponiendo que la donación nula produzca sus efectos, el donador tiene una acción de nulidad para recobrar los bienes donados, lo que le permite disponer de ellos; esto no es más que la aplicación del viejo adagio: *Qui actionem habet, ipsam rem habere videtur*. Esto no tiene la menor duda.

Núm. 2. Donación con reserva de disponer.

440. El art. 946 dice: "En caso de que el donador se haya reservado la libertad de disponer de un efecto comprendido en la donación, ó de una suma fija sobre los bienes donados, si muere sin haber dispuesto de ello, dicho efecto ó dicha suma pertenecerá á los herederos del donador no obstante toda cláusula ó estipulación en contrario." Cuando el donador se reserva la libertad de disponer de la cosa que dona, da con una mano y retiene con la otra, como lo decía la costumbre de París (art. 274).

Ahora bien, no es válido donar y retener; luego la liberalidad es nula. Sería nula por el todo si el donador se hubiera reservado la facultad de enagenar de ella lo que juzgase oportuno, porque él podría enagenar todo y destruir, en consecuencia, la donación. El artículo 946 supone que el donador únicamente ha estipulado el derecho de disponer de un efecto comprendido en la donación, ó lo que viene á ser lo mismo, de una suma fija sobre los bienes donados; la consecuencia será que dicho efecto ó dicha suma no estarán comprendidos en la donación. Sucede así aun cuando el donador no use de la facultad que se ha reservado. La sola estipulación es suficiente para viciar la liberalidad; esto no es más que la consecuencia rigurosa de la máxima. *No es válido donar y retener*, según acabamos de decirlo (núm. 436). Si se ciñe uno á los principios generales de derecho, el rigor es excesivo. Pero hay que prescindir del derecho común en esta materia. Era por interés de los herederos por lo que el derecho consuetudinario coartaba la libertad del donador; es, pues, muy lógico que los herederos se aprovechen de la nulidad, aunque parezca que esta no tiene ya razón de ser; siempre tiene una en el derecho tradicional, y es que los bienes donados de un modo contrario á la máxima consuetudinaria se quedan en la familia.

441. El artículo 946 dice en su final: "No obstante toda cláusula ó estipulación en contrario." En vano el donador diría que si él no dispone de la cosa ó de la suma reservada, pertenecerá al donatario, el heredero del donador no por eso dejará de recogerla. He aquí una prueba bien cierta de que el legislador no tiene en cuenta la voluntad del donante en materia de irrevocabilidad, y que, por consiguiente, el juez no debe atenerse á la intención de aquel para decidir. La razón es bien sencilla; la máxima de *no vale donar y retener* está en oposición con la voluntad

del donante, siendo una traba que la ley le impone sin darle poder para derogarla, lo que está conforme con el antiguo derecho. En efecto, según la costumbre del Borbón: "La donación entre vivos, de todos los bienes, reteniendo cierta suma de éstos ó sea una parte de los bienes, es buena en cuanto á los bienes no retenidos (art. 211), y la costumbre de Sedan (art. 112) completa este pensamiento al establecer que los bienes retenidos pertenecerán á los herederos del donante, y no al donatario si aquel no dispone de ellos durante su vida. Pero en los países que tienen derecho escrito, se establece, por el contrario, que los bienes retenidos pertenecen al donatario si el donante no ha hecho uso de la reserva; porque la máxima citada antes, tuvo su origen de la costumbre, y las provincias que tienen derecho escrito, aplican de preferencia los verdaderos principios, tal como se encuentran en las leyes romanas; (1) pero el código civil ha consagrado la tradición, ó de otra manera, la ha mantenido y la hace respetar.

442. ¿El artículo 946 es aplicable cuando la reserva de disponer está sometida á una condición independiente de la voluntad del donante? Según la opinión general, no; pero nosotros creemos como Troplong, que aun la misma reserva condicional es contraria á la máxima de que no vale donar y retener, esto es una consecuencia rigurosa de la irrevocabilidad de las donaciones, tal como la hemos definido de acuerdo con la tradición, (núms. 407-409) porque basta que la revocación dependa en parte de la voluntad del donante, para que esté afecta de nulidad. Vanamente se invocan los principios generales del derecho, nosotros repetimos que el derecho tradicional, consagrado por el código civil deroga estos principios. Yo hago donación de mi renta y de mi casa, pero me reservo el de-

1 Ricard, Des donations, 1ª parte, núms. 1,015-1017 (t. 1º, página 258).

recho de disponer de mi casa en favor de mi madre si me sobrevive, mi derecho de disponer no es absoluto, la condición en parte casual; pero sigue siendo la verdad decir que, en el caso de supervivencia de mi madre, de mi depende destruir la donación. Esto basta para valuarla revocable, en el sentido de la máxima: *No es válido donar y retener.* (1)

443. Si la reserva consiste en una carga, claro es que el artículo 946 es aplicable; en efecto, el derecho de crear una carga equivale á ésta. Se presenta una dificultad en la aplicación del principio. El donador se reserva la facultad de disponer de una renta vitalicia de 10,000 francos, sin designar á la persona en cuyo provecho él se reserva disponer de ellos. El no hace uso de la reserva. La donación es nula hasta la concurrencia del monto de la venta; pero ¿á qué debe ésta haber sido servida y de qué manera? La cuestión es debatida. Entre las diversas opiniones preferimos la de Vazeille; la renta se pagará al donador. Así se decide cuando se designa la persona en cuyo provecho el donador se reserva constituirlo. ¿Por qué no había de ser lo mismo si ella no está designada? Todo lo que se reserva no forma parte de la donación, y queda, en consecuencia, en el patrimonio del donador; en el caso de que se trata, lo que se reserva es una renta, luego ésta es la que permanece en su patrimonio. (2)

444. La donación con reserva de disponer es nula, aun cuando estuviese encubierta bajo la forma de una venta.

1 Troplong, t. 1º, pág. 405, núms. 1,225 y siguientes. En sentido contrario, Grenier, t. 1º, pág. 303, núm. 17; Coin-Delisle, pág. 250, núms. 5 y 6 del artículo 946; Demolombe, t. 20, pág. 44 y núm. 470. Se cita en favor de la opinión general, una sentencia de la corte de Aix de 17 termidor, año XIII (Dalloz, núm. 1,381). Troplong, demuestra que esa sentencia se funda en otros motivos que la justificau.

2 Vazeille, t. 2º, pág. 298, artículo 946, núm. 2. Véanse las otras opiniones en Demolombe, t. 20, pág. 449, núms. 472-474.

Dícese en una escritura de venta de una cosa, y de todo el mobiliario que en ella se encuentre al fallecimiento de la última muerta de las vendedoras, que éstas se reservan la facultad de disponer de dichos mobiliarios durante su vida. La corte de Limoges decidió que la liberalidad que habría sido inútil si se hubiese hecho en forma auténtica, era válida, porque las donadoras la habían hecho en la forma de venta. Su sentencia fué casada. El principio de la irrevocabilidad, como ya lo hemos dicho, no se refiere á la forma, sino que constituye la esencia y el alma de la donación; luego debe aplicarse desde el momento en que hay liberalidad (núm. 410). En el caso de que se trata, la escritura era nula, aun como venta; en efecto, la venta no estribaba sobre el mobiliario presente, sino que comprendía el mobiliario que las vendedoras dejaran á su fallecimiento, es decir, una sucesión mobiliaria; luego esto era un pacto sucesorio prohibido por el código (1) (arts. 1,130, 1,600).

Se ha presentado otro caso ante la corte de casación. Se vende una casa con el mobiliario que en ella se encuentra. Se estipula que el comprador no entrará en posesión sino al fallecimiento de la vendedora, y que ésta tendrá la facultad de cambiar y de disminuir el mobiliario. La venta era real, pero ¿era válida? La donación hecha con esa cláusula oíertamente que había sido nula; la corte de Amiens mantuvo la escritura y también la corte de casación. Se pretendía que ésta era la venta de una herencia. Esto no es exacto, porque desde la época del contrato, el adquirente tenía un derecho patente, gravado en provecho de la vendedora, con un simple usufructo. Sosteníase además que la venta era nula como hecha con condición potestativa por parte de la vendedora. La corte de Amiens decidió que no era esa la intención de las partes; que la vendedora estaba obligada á entregar un mobiliario en relación

1 Casación 30 de Junio de 1857 (Dalloz, 1857; 1, 308).

con la casa, y solo el valor de la casa era incierto; luego era una venta á destajo. (1) Citamos este ejemplo para que manifieste bien la diferencia que existe entre la venta y la donación.

445. El donador hace donación de la nuda propiedad; y ¿puede él reconocerse el derecho de disponer por testamento del usufructo de los bienes donados? Se ha fallado que la reserva es nula porque implica el legado de la cosa ajena. El donador puede reservarse el usufructo (art. 949); pero este usufructo se extingue con su muerte, y desde ese instante se reúne á la nuda propiedad. luego reservarse el disponer del usufructo cuando éste se ha extinguido; es reservarse el derecho de legar una cosa que ha venido á ser propiedad del legatario; puede decirse que esto es donar y retener, cosa que no es válida, puede decirse también, con la corte de casación de Bélgica, que el legado que hace el donador es el legado de cosa ajena. (2)

Núm. 3. Reserva del usufructo.

446. "Se permite al donador que haga la reserva á su provecho, ó que disponga, en provecho de otro, del goce del usufructo de los bienes muebles ó inmueble donados (art. 949)." Esta disposición, que se encuentra á continuación de los artículos que tratan de la irrevocabilidad de las donaciones, no tiene ya utilidad en nuestro derecho moderno; claro es que la reserva ó la disposición del usufructo en nada es contraria á la máxima *No es válido donar y retener*. El donatario adquiere inmediatamente la nuda propiedad; el donador se despoja de ella actual é irrevocablemente; en cuanto al usufructo, se reunirá á la nuda

1 Denegada, 4 de Julio de 1835 (Dalloz, 1859, 1, 461).

2 Casación, 14 de Mayo de 1857 *Pasicrisia* 1857, 1, 222), sobre las conclusiones contrarias del ministerio público.

propiedad, cuando el usufructuario muera; una vez hecha la donación, nada vuelve á depender de la voluntad del donador. ¿Por qué, pues, los autores del código han creído que debían decir una cosa que es evidente? Porque en el antiguo derecho había habido controversia. La máxima *Donar y retener no es válido* tenía en un principio un rigor que perdió en lo sucesivo; se quería que el donador se despojara no sólo de la propiedad, sino hasta de la posesión y del goce. Ciertamente que esto no era necesario para asegurar la irrevocabilidad de la donación, pero esto podía desviar al donador del pensamiento de realizar la donación; y tal era el objeto de la máxima *Donar y retener no es válido*. El antiguo derecho, aunque poco jurídico, era, pues, muy consecuente. Acabóse por relajarse de tal rigor. (1) Quedaba, no obstante, una duda ó una objeción que no carece de valor. El donador que conserva el goce no tiene el poder de atentar al derecho del donatario, abusando de la cosa que en seguida entrega, degradada y menguada, al donatario. El puede, pues, alterar la donación; ahora bien, la máxima *Donar y retener no es válido*, tiene precisamente por objeto impedirselo. De hecho, esto es incontestable, pero en derecho se puede contestar que el donador usufructuario no tiene la facultad de abusar, y que si abusa, es responsable; la responsabilidad puede ser ilusoria si el donador es insolvente, pero ésta es también una consideración de hecho que ninguna influencia tiene en el derecho.

447. El usufructo que el donador se reserva, está sometido á las reglas ordinarias que rigen el usufructo. Hay, sin embargo, una notable excepción: la ley dispensa al donador del fiador que ella exige, en general, del usufruc-

1 Duranton, t. 8º, pág. 505, núm. 462; Coin-Delisle, pág. 256, artículo 949, núm. 1; Demolombe, t. 20, pág. 458, núm. 481.

tuario. Bajo el punto de vista de la irrevocabilidad, esta excepción casi no se justifica; más bien habría sido preciso aumentar las garantías que el derecho común da al nudo propietario. Cosa singular, tal parece ser el objeto del artículo 950 que dice: "Cuando la donación de efectos mobiliarios se haya hecho con reserva de usufructo, el donatario estará obligado, al esperar el usufructo, á tomar los efectos donados que se encuentren, en especie, en el estado en que se encuentren." Hasta aquí estamos bajo el dominio del derecho común; ya se entiende que si los muebles están deteriorados por culpa del usufructuario, él es responsable por ello; esto no es más que la aplicación de un principio general; la ley, lejos de derogarla para disminuir la responsabilidad del usufructuario, la deroga, como vamos á verlo, para aumentarla.

El artículo 950 continúa: "Y el donatario tendrá acción contra el donador ó sus herederos, con motivo de los objetos no existentes, hasta la concurrencia del valor que se les haya donado en el estado estimativo." Acabamos de decir que esta disposición deroga el derecho común; pero, ¿hasta dónde llega la derogación? Es, pues, importante fijar sus límites, porque se les extiende demasiado. Lo que complica la cuestión, es que los principios generales mismos están controvertidos. En la opinión que nosotros hemos enseñado, el usufructuario que no representa los objetos mobiliarios cuyo goce tiene, debe el valor que ellos habrían tenido á la extinción del usufructo, á menos que se pruebe que los ha vendido. El artículo 950, al contrario, lo obliga á pagar siempre el valor declarado en el estado estimativo, sin que tenga nada que probar el nudo propietario. La ley supone, presume que el donador ha enagenado los objetos que él no representa en la época de la apertura del usufructo; porque si los hubiese vendido posteriormente, el valor habría ya disminuido.

Pero los muebles pueden haber perecido. ¿Tiene que distinguirse si han perecido por culpa del usufructuario ó por caso fortuito? Proudbon dice que resulta evidentemente del artículo 950 que no hay que distinguir; de suerte que el usufructuario sería responsable del caso fortuito. (1) Esto sería contrario á todo principio y á toda equidad. ¿Hay al menos una razón de esta excepción? Proudbon invoca la regla de la irrevocabilidad. Si, para asegurar la irrevocabilidad de la donación, el legislador sometiera al donador á una responsabilidad más severa, comprenderíamos su rigor; porque los efectos de la donación no pueden depender en nada del donador; luego él declara ser responsable de la más ligera falta. Pero no se puede ir más lejos sin la justicia. Si la cosa perece por mera casualidad, no se puede decir que la donación esté revocada por actos del donador; por lo mismo, la máxima *No es válido donar y retener* está fuera de la cuestión. Si las cosas perecen por culpa del donador, éste debe restituir el valor fijado en el estado estimativo; aquí hay derogación del derecho común y agravación de la responsabilidad del donador; al hacer que la cosa perezca por su culpa, el usufructuario priva al propietario del valor que tenía la cosa cuando pereció, y á menos que perezca desde el comienzo del usufructo, el valor será menos que el que se le da en el estado estimativo. Esta derogación no puede explicarse sino por la voluntad de asegurar la irrevocabilidad de la donación. (2)

¿Es responsable el donador de la pérdida acaecida por vetustez? se dice que los términos del artículo 950 favore-

1 Proudbon, *Del usufructo*, t. 5.º, pág. 461, núms. 2,644, 2,046. En sentido contrario todos los autores (Demolombe, t. 20, pág. 466, número 491 y los autores que él cita.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. 2.º, pág. 308.

cen esta interpretación. (1) Pero si se toma el artículo 950 al pié de la letra, hay que hacer al donador también responsable del caso fortuito; y si se aplican los principios generales cuando la cosa perece por caso fortuito, ¿por qué no se habían de aplicar á la vetustez? ¿Acaso ésta da al donador el medio de revocar la donación por su voluntad? Esto carece de sentido.

448. La reserva de usufructo no es, en general, contraria al principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Puede, no obstante, suceder que las cláusulas de la escritura hagan revocable la donación; en este caso la máxima *Donar y retener no es válido* recobra su imperio. Hé aquí el caso que se ha presentado ante la corte de París. Una donación de bienes, muebles é inmuebles con reserva de usufructo, decía que el donador tendría el derecho de cambiar á discreción el mobiliario, con obligación de reemplazarlo, y que, en caso de reemplazo, no podría resultar de él ninguna acción, sea por aumento, sea por disminución del valor fijado en la escritura. Se ha fallado que esta reserva permitía al donador alterar los efectos de la donación, supuesto que él conservaba el derecho de disponer del mobiliario y de disminuir la liberalidad sin que el donatario tuviese acción contra él. Así, pues, la donación era nula en cuanto á los inmuebles. Decíase además, en la escritura, que el donador podría hacer en la casa y en el jardín todas las innovaciones que juzgare oportunas, sin que el donatario tuviese por este capítulo ninguna acción contra él. La corte anuló también la donación en cuanto á los inmuebles; (2) la sentencia fué criticada por este capítulo, y nosotros la creemos conforme al rigor de la máxima *Donar y retener no es válido*. Desde el momento en que el do-

1 Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 67, nota 14, pfo. 699. En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 467, núm. 9,192.

2 París, 23 de Enero de 1809 (Dallos, "Disposiciones," núm. 1,324).

nador tiene el derecho de alterar los efectos de la donación la máxima se viola, y la donación es nula: ésta es una traba que el derecho tradicional impone al donador para impedirle que done.

Núm. 4. Del retorno convencional.

449. Según los términos del artículo 951, "el donador podrá estipular el derecho de retorno de los objetos donados, sea para el caso del fallecimiento del donatario sólo, sea para el caso de prefallecimiento del donatario y de sus descendientes" Cuando la cláusula de retorno se realiza, los bienes donados retornan al donador, y todos los actos de disposición hechos por el donatario quedan resueltos (art. 952). La donación en este sentido, queda revocada. ¿Quiere esto decir que la cláusula de retorno sea contraria al principio de la irrevocabilidad de las donaciones? No, porque no es la voluntad del donador la que revoca, sino la ley escrita en el contrato. Muy cierto es que el donador impone dicha condición, pero el donatario la acepta. Esta es una condición resolutoria que de común acuerdo, las partes agregan al contrato; ahora bien, la donación puede hacerse con condición resolutoria (núm. 439). El artículo 951 añade, sin embargo, una restricción: el derecho de retorno no puede estipularse sino en provecho del donador solo." Volveremos á ocuparnos de esta reserva al tratar de las substituciones prohibidas; cuando el derecho de retorno se estipula en provecho de un tercero, ó en provecho de los herederos del donador, constituye á una substitución fideicomisaria, y las substituciones están prohibidas, ó al menos una condición ilícita que, según el artículo 909, se tiene por no escrita. Aplazamos esta materia para el capítulo de las *Substituciones*.

1. Casos en los cuales puede estipularse el retorno

450. Conforme á la letra del artículo 951, se podría creer que el retorno no puede estipularse sino en dos casos: 1º para el caso del fallecimiento del donatario sólo, es decir, sin dejar descendientes; 2º para el caso de prefallecimiento del donatario y de sus descendientes. Claro es, que el retorno puede también estipularse para el caso en que el donatario prefallezca, aun cuande dejase hijos. La condición resolutoria puede formularse como quieran las partes; no puede haber disposiciones restrictivas en esta materia, supuesto que el artículo 951 no es más que la aplicación del derecho común. No hay más excepciones para las donaciones que las que acabamos de recordar, las substituciones y las condiciones ilícitas. Estamos suponiendo naturalmente, que la condición no depende en nada de la voluntad del donador.

Como el retorno puede estipularse para diversos casos; surgen algunas dificultades para la interpretación de las cláusulas. Hay que establecer como principio, que las cláusulas de retorno son de estricta interpretación, en el sentido de que no se pueden extender más allá de los términos de la escritura. Este principio resulta de la naturaleza misma de la cláusula de retorno. Esta es una condición resolutoria expresa, que exige consiguientemente una expresión de voluntad, y por lo tanto, no se puede extender más allá de lo que las partes han declarado querer; de lo contrario la condición resolutoria expresa, vendría á ser una condición resolutoria tácita, lo que es contradictorio. Esto no se halla en oposición con lo que acabamos de decir, de que el artículo 946 no es restrictivo. Las partes contrayentes son libres para estipular las condiciones que quieran, pero es fuerza que digan lo que quieren.

451. El donador estipula el retorno para el caso de

prefallecimiento del donatario. Este fallece antes, dejando descendientes. Pregúntase si se abrirá el derecho de retorno. La cuestión es controvertida. Si se admite el principio de interpretación que acabamos de asentar, la afirmativa no es dudosa. Y creemos que la aplicación confirme el principio. El donador puede estipular el retorno sea por el prefallecimiento del donatario sólo, sea por el prefallecimiento del donatario y de sus descendientes; las dos cláusulas son diversas; al donador corresponde expresar lo que quiere; y por el hecho solo de que menciona más que al donatario, sin hablar de sus descendientes, él declara que entiende que los bienes le correspondan si el donatario muere antes. ¿Qué es lo que autoriza al intérprete para mantener la donación á pesar del prefallecimiento del donatario, si éste deja descendientes? Esto es hacer decir al donatario lo que no ha dicho; luego es extender una condición resolutoria expresa, y el intérprete no tiene semejante derecho. (1)

452. El donador estipula el derecho de retorno sin agregar nada; y ¿se abrirá este derecho en el caso de prefallecimiento del donatario, ó no se abrirá sino cuando el donatario y sus descendientes prefallecen? Hay duda, porque el donador no ha manifestado su voluntad. El principio restrictivo que hemos establecido conduce á la consecuencia de que el derecho de retorno se abre á la muerte del donatario. En vano se dice que la donación se hace en provecho del donatario y de sus descendientes, esa es precisamente la cuestión; ahora bien, cuando hay cláusula de retorno, hay excepción al principio general, en cuya virtud el donatario se vuelve propietario irrevocable; así, pues, los bienes deben volver á él desde el momento en que

1 Véanse las diversas opiniones en Coin-Delisle, pag. 258 núm. 7, del artículo 951; Aubry y Rau, t. 6º, pag. 69 y nota 7 del pfo. 700; Demolombe, t. 20, pag. 471, núm. 499.

el retorno es posible, es decir, á la muerte del donatario. Si no fuera esa la intención del donador, habría debido declararla.

453. Dícese que los bienes volverán al donador si el donatario prefallece sin dejar hijos. El donatario llega á prefallecer dejando hijos, y éstos fallecen también antes que el donador. ¿Este puede ejercer el retorno? Hay acuerdo en decidir que el donador no tiene ya ningún derecho. En efecto, la condición resolutoria estipulada para el caso de prefallecimiento sin hijos, pierde su fuerza desde el momento en que hay hijos al fallecimiento del donatario; y cuando la condición resolutoria pierde su fuerza, la donación se vuelve irrevocable, porque la resolución no puede ya tener lugar.

454. Si la donación se hace con cláusula de retorno, en caso de prefallecimiento del donatario y de sus descendientes, la condición resolutoria no se realiza sino cuando todos los descendientes llegan á fallecer antes que el donador. ¿Puede mantenerse esta interpretación cuando la donación se hace por contrato de matrimonio? Supóngase que no hay hijos del matrimonio, pero que los hay en segundo matrimonio del donatario. ¿La condición queda cumplida por el hecho sólo de que no hay hijos nacidos del matrimonio? Esta es una cuestión de intención. Se hace una donación de bienes presentes por contrato de matrimonio á uno de los futuros cónyuges y á sus descendientes en línea directa; el donador estipula el derecho de retorno en caso de prefallecimiento de los donatarios sin hijos. Se ha fallado que si hay hijos nacidos de un matrimonio posterior, la existencia de estos hijos es un obstáculo al retorno.

La corte de París se funda en los términos generales de la cláusula, que implican la intención de preferir al donador

los descendientes del donatario sean cuales fueren (1) Esto es dudoso; difícil es creer que, en una donación hecha con la mira de un matrimonio y para favorecerlo, el donador piense en preferir á sí mismo, hijos que nazcan de un matrimonio posterior, en el cual no puede pensar y que tal vez no habría querido favorecer. Preferiríamos aplicar el principio de la interpretación restrictiva; el donador ha querido que los bienes le vuelvan, en caso de prefallecimiento del donatario, sin hijos nacidos del matrimonio en vista del cual él ha hecho la liberalidad.

455. Si la cláusula se estipula para el prefallecimiento del donatario y de sus hijos ¿estarán incluidos los descendientes? La afirmativa no ofrece la menor duda. Podría objetarse que esto es extender la cláusula resolutoria, lo que se halla en oposición con el principio que hemos establecido (núm. 450). La respuesta es fácil y decisiva: la palabra *hijos*, en el lenguaje del derecho y en la intención del donador, abarca á los descendientes; así pues, no se extiende la cláusula, se la interpreta. Si el donador quiere restringir la significación de la palabra *hijos*, á él corresponde explicar su pensamiento. Y lo debe, tanto más, cuando que no se nota una sombra de razón que pueda inducirlo á preferirse á los hijos, mientras que así se preferiría él, á los descendientes. (2)

456. Se supone que el retorno ha sido estipulado para el caso del prefallecimiento del donatario sin hijos, ó para el caso del prefallecimiento del donatario y de sus hijos. Nace entonces la cuestión de saber qué se entiende por hijos. Los hijos legítimos ó legitimados, se subentende. ¿Qué debe decirse de los hijos adoptivos? Esta es una

1 París, 21 de Diciembre de 1865 y denegada, 29 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 1, 87). La doctrina se halla también en ese concepto (Demolombe, t. 20, pág. 478, núm. 595 y los autores que él cita.

2 Coin-Delisle, pág. 259, núm. 10 del artículo 951; Dalloz, número 1,761.

cuestión de intención; acerca de este punto, todos están de acuerdo. Que el donador puede comprender á los adoptados entre los hijos que prefiere á sí mismo, es claro; pero ¿puede admitirse que sea su voluntad si él no la ha expresado? Ciertamente que no. ¿Por quién hacen las donaciones? Por los parientes, y lo más á menudo por los ascendientes. Ahora bien, para ellos los adoptados son extraños. El donador se prefiere á parientes del donatario que no sean sus descendientes; con mayor razón debe preferirse á extraños para los cuales él no puede tener afecto particular. Nosotros concluimos, que no deben incluirse los adoptados entre los hijos, á menos que el donador se haya explicado acerca de esto.

Estas consideraciones se aplican también á los hijos naturales. Hay una razón de más para apartarlos. Son ellos una mancha en la familia. ¿Cómo se quiere que el donador piense en preferirlos á sí mismo, cuando querría que no hubiesen nacido?

Estos motivos no se aplican á las donaciones hechas por extraños; sin embargo, mantenemos nuestra decisión á ese respecto. No se permite al donador que comprenda en la cláusula de retorno á los hijos naturales que nazcan del donatario; semejante estipulación, dice Ricard, sería contraria á las buenas costumbres, supuesto que serviría para fomentar el vicio. Aun cuando los hijos han nacido ya, repugna á la moralidad verlos favorecido por una estipulación que sólo se comprende por el mucho afecto del donador á los hijos del donatario; excluir á los más próximos colaterales, á los hermanos y hermanas, y favorecer á los hijos naturales, es ciertamente un sentimiento que casi no puede suponerse en el donador. (1)

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, núm. 1,762; Coin-De-
lisle, pág. 259, núm. 14 del artículo 954 y Demolombe, t. 20, pági-
na 482, núm. 510.

II. Naturaleza de la condición de retorno.

457. El retorno condicional es una condición resolutoria expresa; luego es preciso que se estipule de una manera formal. Nunca es tácita esta condición, en el sentido de que el legislador no la presume y de que no corresponde al juez presumirla. Así, pues, no debe decirse, como se hace, que el retorno no podría fácilmente presumirse, (1) lo que supone que el juez podría presumirlo. Por otra parte, es ser demasiado severo el exigir, como lo hace la corte de Montpellier, que la condición sea expresa, si no por el término de retorno, al menos por términos *equipolentes*. La sentencia dice que el retorno es una excepción á la irrevocabilidad de las donaciones; esto no es del todo exacto, es una modalidad del contrato; ahora bien, las modalidades no deben estipularse por términos formales; basta, dice la corte de casación, que la voluntad de las partes contrayentes resulte claramente de las cláusulas de la escritura. (2)

458. La aplicación del principio suscita dificultades bastante numerosas. ¿Puede inferirse el retorno por argumento *á contrario*? No, porque esto implica el silencio de las partes contrayentes, lo que vendría á parar en aceptar el retorno en virtud de una voluntad presumible; ahora bien, si los términos no han de ser expresos, la voluntad por lo menos si debe serlo. En un contrato de matrimonio, el padre y la madre de la futura, le donan 2,000 francos como anticipo de herencia, y la futura se constituye una suma de 200 francos con la cláusula de que dicha suma no causará retorno en caso de prefallecimiento de la prometida. Se ha fallado que no se puede inferir de aquí que la dona-

1 Demolombe, t. 20, pág. 284, núm. 512.

2 Montpellier, 4 de Diciembre de 1835; Denegada, 28 de Junio de 1831 (Daloz, "Disposiciones," núms. 1,750 y 1,752). Compárese Coin-Delisle, pág. 257, núm. 3 del artículo 95; Aubry y Rau, t. 6^o, pág. 68 y nota 3, pág. 69 y nota 6, pfo. 700.

ción de los parientes se haga con la condición de retorno. (1)

459. ¿El derecho de retorno puede resultar de la circunstancia de que la donación se ha hecho por anticipo de herencia? Hay, acerca de esta cuestión, sentencias en sentidos diversos; la jurisprudencia ha acabado por pronunciarse por la negativa, así como la doctrina. A nuestro juicio, la cuestión no es dudosa. Una donación como anticipo de herencia es una donación lisa y llana, tanto como la donación hecha por manda especial. Decir que ella implica una condición resolutoria, equivaldría á admitir una condición resolutoria tácita, lo que es contrario á la esencia del retorno. Se dice que el donativo como anticipo de herencia no se hace sino en la previsión de que el donatario sobrevivirá al donador, á cuya sucesión es llamado, y que fallando la condición, la donación debe quedar sin efecto. La corte de Montpellier contesta muy bien que una previsión no es una condición.

460. Un padre, al dotar á su hija, se reserva el derecho de retorno fallando el caso. Se pregunta si esta cláusula implica el retorno convencional, ó no hace más que recordar el retorno que tiene lugar en provecho del ascendiente donador. Se ha fallado que la cláusula que reserva el retorno no puede referirse más que al retorno convencional. (2) En efecto, si se la refiere al retorno llamado legal, la cláusula se vuelve inútil; el padre no necesita reservar-se un derecho que le pertenece en virtud de la ley; y, no puede admitirse fácilmente que el donador inscriba en la escritura un derecho que se haya escrito en la ley. Y tanto menos cuanto que el retorno convencional es mucho

1 Nîmes, 14 de Mayo de 1819 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,753 y *Sucesión*; núm. 254).

2 Nîmes, 26 de Marzo de 1827 (Dalloz, núm. 1,754). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 257, núm. 3 del artículo 951.

más ventajoso que el legal; y ¿con qué derecho el intérprete había de borrar la cláusula que el donador tenía interés en estipular?

461. La cuestión se vuelve dudosa cuando el padre y la madre, al dotar á su hija, se reservan el *derecho legal* de retorno, fracasando el caso. ¿Es este el retorno llamado legal del artículo 747, ó el retorno convencional del artículo 951? La corte de Pau se ha pronunciado por esta última interpretación, y nosotros creemos que ha fallado bajo el punto de vista del derecho. Desde el momento en que un derecho de retorno se reserva ó estipula en un contrato, el retorno es convencional. ¿Qué importa que las partes lo hayan llamado legal? A decir verdad, no hay retorno legal, porque el derecho de sucesión del ascendiente donador no es un derecho de retorno, sino de sucesión, y un derecho de sucesión no necesita reservarse, y existe en virtud de la ley. Para dar un sentido á la cláusula, debe, pues, interpretarse como estipulando el derecho de retorno. (1) Podrá, no obstante, suceder que ésta fuese una de las cláusulas inútiles que los notarios insertan en las escrituras por rutina ó por ignorancia. Luego siempre hay que consultar la intención de las partes.

No debe confundirse con esta cláusula aquella por la cual un ascendiente estipula que en caso de prefallecimiento del donatario sin hijo, el donador sucederá en las cosas por él donadas. Algunas sentencias pronunciadas en el antiguo derecho, han fallado muy bien, que esa cláusula no establece un retorno convencional en provecho del donador; el derecho de suceder no es un derecho de retorno. Las partes no han hecho, en este caso, más que transcribir una disposición de la ley; es una cláusula inútil, pero para

¹ Pau, 12 de Agosto de 1837 y denegada, 7 de Agosto de 1839 (Dalloz, núm. 1,754, 2°).

volverla útil, no se le puede substituir una cláusula del todo diferente á la del retorno convencional. (1)

462. Dícese en un contrato de matrimonio, que el padre y la madre donan, y constituyen en dote á su hijo, diversos bienes, *para el caso únicamente en que éste último sobreviviere á sus padres*. La corte de Limoges ha fallado que esta cláusula de supervivencia era una condición resolutoria para el caso en que el donatario muriese antes que el donador, y era pues, una cláusula de retorno. La corte confiesa que la cláusula de supervivencia, tal como estaba estipulada, parecía ser una condición suspensiva; pero otras cláusulas del contrato y las circunstancias de la causa, probaban que el padre y la madre habían querido transferir inmediatamente á su hijo, los bienes comprendidos en la donación; luego la condición era suspensiva, y, por lo tanto era resolutoria, (2)

463. Una viuda hace en provecho de sus dos hijos, á título de partición anticipado, donación de todos sus bienes, reservándose el usufructo de los inmuebles, y con la obligación de no poder, en vida de la donadora, enagenar, ni hipotecar dichos inmuebles. La escritura dice que la falta de ejecución de dicha cláusula acarreará de pleno derecho revocación de la donación. Uno de los donatarios prefalleció sin posteridad, legando á su mujer la nuda propiedad de los bienes comprendidos en la donación. La donadora pidió ejercer el derecho de retorno. Esta demanda fué acogida por la corte de París. ¿Cuál era el objeto de la donadora al estipular que los donatarios no podrían enagenar los bienes donados? Ella entendía que los bienes estuviesen aun en su sucesión en el caso en que ellos prefa-

1 Merlín, *Repertorio* en la palabra *Reversión*, sec. 2ª, pfo. 1º, número 4, *Cuestiones de derecho* en la palabra *Reversion*, pfo. 3º; Dalloz, 'Disposiciones,' núm. 1,753.

2 Limoges, 22 de Agosto de 1846 y denegada de la sala de lo civil, 28 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1859, 1, 57).

lacen. De esto, la sentencia ha concluido, que la madre ha querido reservarse en toda su plenitud el derecho de sucesión especial del artículo 747. En seguida viene lo dispositivo que ordena que la donadora recobrará á título de retorno convencional, los bienes inmuebles que ella había donado á su hijo. (1) Nos parece dudosa la decisión. Nada se decía, en la escritura, de un derecho de retorno. ¿Es suficiente la simple prohibición de enagenar y de hipotecar? En el caso de que se trata, se comprendía esta prohibición, haciendo abstracción de todo retorno; la donadora se reservaba el usufructo, y estipulaba su prohibición de enagenar, como garantía de su goce. ¿Puede verse en estas cláusulas un convenio expreso de retorno? Si tal hubiera sido la intención de la donadora, más sencillo habría sido estipular el retorno; el donatario habría tenido el derecho de enagenar, pero sin perjuicio de los derechos de la donadora.

464. ¿Cuándo se abre el derecho de retorno? El retorno es una condición resolutoria; así pues, el derecho del donador se abre cuando la condición, tal como se ha estipulado, se realiza. ¿Se necesita que el retorno se pida judicialmente, ó la condición opera sus efectos de pleno derecho? Toullier contesta: "La revocación de la donación por causa de retorno convencional debe pedirse judicialmente, así como la revocación por falta de ejecución, ó por falta de cumplimiento de cualquiera otra condición resolutoria (art. 1,184)." (2) Esta decisión tiene por qué sorprender. En primer lugar, en caso de retorno, la ley no habla de revocación; dice que el efecto de la cláusula es que los bienes vuelvan al donador; (art. 952) no se trata de una acción judicial: La razón de esto es muy sencilla, y es que el re-

1 París, 15 de Abril de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 110).

2 Toullier, t. 3º, pág. 171, núm. 292. En sentido contrario, Dalloz núm. 1,781.

torno es una condición resolutoria expresa, y, según los términos del artículo 1,183, la condición resolutoria, cuando llega á cumplirse, opera la revocación de la obligación; lo que quiere decir que la condición expresa, opera de pleno derecho. Esto es elemental. Toullier pone la condición de retorno en la misma línea que la revocación por falta de ejecución de las cargas, y cita el artículo 1,184. He aquí una nueva confusión. Cuando hay falta de ejecución de las cargas, hay condición resolutoria tácita, y el artículo 1,184 dice que en este caso el contrato no queda resuelto de pleno derecho. Luego se necesita una acción judicial. Citar el artículo 1,184 como que establece un principio aplicable á toda condición resolutoria, es hacer decir á la ley todo lo contrario de lo que dice. ¿Cómo es que el nuevo editor de Toullier, Duvergier, tan excelente jurisconsulto, ha podido dejar pasar semejantes errores sin corregirlos?

465. Sin duda que si el donatario se niega á devolver los bienes, el donador debe proceder judicialmente. ¿Pero pedirá él el retorno? El no puede pedir lo que está ya verificado; los bienes han vuelto de pleno derecho á su dominio, y él los reivindica. Importa poco que los bienes sean poseídos, que el donatario los posea ó un tercer adquirente. En todos los casos, él tiene la acción de reivindicación, que dura treinta años. ¿Los terceros adquirentes podrán oponerle la usucapión? Sin duda que si, supuesto que el donador procede contra ellos por una acción de reivindicación. ¿Cuándo comenzará á correr la prescripción? ¿desde el día de la venta? ¿ó desde el día de la apertura del derecho de retorno? La dificultad está en saber si el artículo 2,257, que suspende la prescripción para los créditos condicionales, se aplica á todo derecho condicional, aun cuando los terceros poseyesen con título y de buena

fe. Aplazamos la cuestión para el título de las *Prescripciones*.

466. ¿Puede el donador renunciar al beneficio del derecho de retorno? Que él pueda renunciar cuando el derecho está abierto, se deja entender. Lo puede también antes de la apertura del derecho. Apenas comprendemos que la cuestión se haya planteado. ¿Acaso el acreedor condicional no tiene el derecho de renunciar á la condición? No se puede renunciar á una sucesión que no está abierta; pero ¿el derecho de retorno es un derecho de sucesión? No se puede renunciar á una prescripción antes de que se haya cumplido: ¿el derecho de retorno es un derecho de orden público como la prescripción? (1) Algo hemos dicho de esta cuestión, para manifestar como se embrollan las cosas más sencillas con objeciones que carecen de sentido.

La renuncia puede ser expresa ó tácita. Esto no es más que el derecho común. El padre hace á uno de sus hijos una donación por anticipo de herencia con reserva del derecho de retorno. En seguida divide sus bienes entre sus hijos y en la partición incluye los bienes donados. Siendo la partición de descendiente, translativa de propiedad, el padre, al dividir los bienes donados en los cuales tenía un derecho condicional, renuncia su derecho eventual. Esto fué así fallado por la corte de casación, y en ello no vemos la menor duda. (2)

III. Efecto del retorno.

1. Derecho del donador.

467. La cláusula del retorno es una condición resolutoria. Luego se deben aplicar los principios que rigen las condiciones. Mientras que la condición esté en suspenso,

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 71 y nota 14. Demolombe, t. 20, página 487, núm. 518.

2 Casación, 19 de Enero de 1836 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 354):

el contrato produce todos los efectos de un contrato liso y llano. Si éste es translativo de propiedad, como la donación, el acreedor se vuelve propietario, y puede ejercer todos los derechos inherentes de la propiedad. Así, pues, el bien donado se halla en el dominio del donatario; en consecuencia, sus acreedores pueden embargarlo y expropiarlo. No comprendemos cómo un autor exacto haya podido decir lo contrario. Cita en apoyo de su opinión una sentencia pronunciada en un caso especial. El donador al estipular el derecho de retorno, había, además, prohibido al donatario que enagenara, á fin de asegurar mejor su derecho. La única cuestión que se presentaba, en el caso, era saber si la prohibición de enagenar implicaba también la de embargar; la cuestión casi no podía ser dudosa, según la intención del donador que quería asegurar plenamente su derecho contra toda enagenación voluntaria ó forzada. La corte de París falló en ese concepto. (1) En otro lugar (tomo XI, núm. 470) hemos dicho que generalmente se acepta que puede estipularse la condición de inalienabilidad para garantir el derecho de retorno.

468. Cuando se realiza la condición del retorno, se aplica el artículo 1,183: las cosas se devuelven en el mismo estado que si la donación no hubiese existido. El artículo 952, consagra una consecuencia de este principio. "El efecto del derecho de retorno será que se resuelvan todas las enagenaciones de los bienes donados y que estos bienes vuelvan al donador francos y exentos de toda carga é hipoteca." Como el donatario no ha tenido más que un derecho resoluble, no ha podido conferir á los terceros más que derechos igualmente resolubles; de suerte que la resolución de su derecho implica la resolución de los derechos que él ha concedido.

1 París, 26 de Junio de 1826 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,779).

469. Este principio se aplica también, en teoría, al caso en que la donación fuese mobiliaria; pero la aplicación se modifica necesariamente por los principios que rigen los derechos mobiliarios. Si el retorno se estipula para una donación de muebles corpóreos, el donador tendrá el derecho de recobrar los objetos donados en especie, en el estado en que se hallen, no deteriorados por culpa del donatario. Este, por su parte, no está obligado más que á dicha restitución; él debe las cosas en especie, y no su valor. Esto es una consecuencia del principio, en virtud del cual la donación resuelta se considera como que nunca ha existido. El donatario, en esta hipótesis, como nunca ha tenido derecho sobre la cosa, debe responder de los deterioros ocasionados por su culpa. Si el donatario hubiera enagenado los objetos donados, el donador no habría tenido el derecho de proceder contra el tercer adquirente; porque su acción es una acción de reivindicación, y no se acepta la reivindicación de los objetos mobiliarios contra el poseedor de buena fe. El donatario debería, en este caso, restituir el valor del mobiliario tal como se hallaba en la escritura. Así es que, el derecho del donador sobre las cosas donadas, se convierte en un crédito cuando el donatario las ha enagenado. Si la donación tiene por objeto una suma de dinero, ó cosas consumibles, el derecho del donador es, desde su origen, un crédito condicional. Este crédito se abre desde que se verifica la condición bajo la cual se ha estipulado el retorno. Se ha fallado, por aplicación de este principio, que el donador podía ejercer su derecho de retorno inmediatamente después de la muerte del donatario, fallecido sin hijos, sin que tenga que esperar la partición, por más que al mismo tiempo fuese heredero. En efecto, el derecho de retorno nada tiene de común con el derecho hereditario; es un derecho convencional que puede pertenecer á un extraño, y que el padre donador podría ejercer á

la vez que renunciara á la sucesión del hijo donatario. (1)

470. Qué debe decidirse si el donatario ha comprado inmuebles con el dinero donado? Si no hay ninguna cláusula concerniente al empleo del dinero, los inmuebles han venido á ser la propiedad irrevocable del donatario; el donador no puede reclamar sino lo que ha donado, dinero. Si la escritura dice que se emplearán algunos dineros, el donador tiene derecho á los inmuebles adquiridos por el donatario: tal es la intención evidente del donador que estipula el empleo. Se ha sostenido que el donatario tenía la elección de devolver el dinero ó los inmuebles. La corte de casación no ha admitido esta pretensión, y con razón; no dando el contrato la elección al donatario, éste queda obligado á devolver lo que ha recibido; ahora bien, la cláusula de empleo tiene el efecto de que al donatario se le tiene por haber recibido los inmuebles en virtud de la subrogación estipulada por el donador, y consentida por el donatario. (2).

471. Mientras que la condición del retorno se halla en suspenso, el donatario puede hacer todos los actos de administración y de goce que un propietario tiene el derecho de hacer. ¿Qué vienen á ser dichas escrituras cuando la condición se cumple? En otro lugar (t. VI, núm. 243) hemos asentado el principio. Si se ciñe uno á la letra de la ley, no hay ninguna dificultad; según el artículo 1,183, la condición resolutoria vuelve á poner las cosas en el mismo estado que si la obligación no hubiese existido. Luego el donatario jamás ha tenido derecho sobre la cosa, y, por lo tanto, él no ha tenido el poder de administrar ni el de disfrutar. Pero las partes están en libertad para derogar

1 Burdeos, 21 de Marzo de 1840 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,773).

2 Denegada, 15 de Abril de 1823 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,775).

el principio establecido por el artículo 1,183, puesto que éste no arregla más que los intereses puramente privados. Ciertamente que el donador podría declarar que los actos de administración y de goce, hechos por el donatario, permanecerían válidos, aun cuando se realizara la condición del retorno. Hay que ir más lejos: la cláusula de retorno implica esa intención. En efecto, ella se estipula ordinariamente en las donaciones hechas en favor del matrimonio; luego el donador quiere no sólo gratificar al futuro esposo; quiere también que su liberalidad aproveche al cónyuge; es una dote que él constituye y que el donatario aporta al matrimonio para soportar sus cargas. Por lo mismo, es preciso que el donatario gane los frutos en tanto que viva. ¿Se concibe una donación hecha en virtud del matrimonio, una dote resuelta con efecto retroactivo, en el sentido del artículo 1,183, de suerte que el donatario estaría obligado á restituir frutos consumados y que han servido para pagar los gastos de mantenimiento de los esposos? Esto no sería una liberalidad, sino un contrato ruinoso. (1)

Los textos del código están en armonía con esta opinión. Hay que notar desde luego que el artículo 952, que determina los efectos del retorno, no habla más que de la resolución de los actos de propiedad ejecutados por el donatario. Se puede inferir que ese es el único efecto que produce el cumplimiento de la condición. Las disposiciones del código sobre los efectos de la revocación de las donaciones, vienen en apoyo de esta interpretación en lo concerniente á los frutos. Según el artículo 960, la donación se revoca de pleno derecho por la supervención de un hijo del donador; el legislador es muy favorable á esta cláusula de re-

1 Compárese Duranton, t. 8º, pág. 622, núm. 542 que distingue entre la cláusula de retorno y las demás condiciones resolutorias esta distinción no tiene ningún fundamento legal.

vocación, hasta el punto de que deroga los principios generales del derecho, como más adelante diremos; sin embargo, el donatario no estará obligado á restituir los frutos que ha percibido sino desde el día en que se le haya notificado el nacimiento del hijo. Es este un argumento de analogía muy poderoso para dejar al donatario los frutos por él percibidos en caso de retorno. Se cita también el artículo 958, que no obliga al donatario ingrato á restituir los frutos sino desde el día de la demanda de revocación. El argumento de analogía falta en este caso, porque el donatario, á pesar de la revocación de la liberalidad, es considerado como propietario hasta el día de la demanda; ahora bien, los frutos pertenecen al propietario.

Tal es también la opinión general; pero, á nuestro juicio, se la motiva muy mal, fundándola en la buena fe del donatario, por aplicación del principio que rige los derechos del poseedor de buena fe. (1) Basta leer el artículo 550 para convencerse de que el donatario con cláusula de retorno no es un poseedor de buena fe, en el sentido legal de la palabra. “El poseedor es de buena fe cuando posee como propietario en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora.” ¿Puede decirse del donatario que posea como propietario? No, él es propietario en tanto que la condición está en suspenso, y no es sino simple poseedor. ¿Puede decirse de él que posee en virtud de un título vicioso? Ciertamente que no, porque no hay ningún vicio en su título; la condición resolutoria no es un vicio, es una modalidad, y no puede decirse que el donatario ignore dicha modalidad, supuesto que es una ley de la liberalidad que él ha aceptado. Es, pues, preciso prescindir de los artículos 549 y 550 y decidir la cuestión, como lo he-

1 Duranton, t. 8º, pág. 555, núm. 491; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 72, nota 17, pfo. 700; Demolombe, t. 20, pag. 492, núm. 524.

mos hecho, por la intención de las partes contrayentes y por argumentos de analogía.

472. ¿Qué debe decirse de los herederos del donatario? Ellos, con frecuencia, quedarán en posesión, después de que se haya cumplido la concesión del retorno por el prefallecimiento del donatario sin hijos. Si ellos perciben los frutos ¿deberán restituirlos? A nuestro juicio, la afirmativa no es dudosa. Los bienes vuelven de pleno derecho al dominio del donatario, desde el instante en que la condición resolutoria se verifica. Ahora, los frutos pertenecen al propietario (art. 647). Por excepción es por lo que la ley les atribuye al poseedor. ¿Existe una de estas excepciones en favor de los herederos del donatario? Ni siquiera puede decirse que sean poseedores, sino que son detentores de los bienes, obligados á restituirlos. Menos aun son poseedores de buena fe. ¿En dónde está el título? Ninguno tienen. ¿Invocarán su calidad de herederos? Como tales, tienen ellos una obligación, la de restituir, y no tienen ningún derecho. ¿Dirán que ellos ignoran esta obligación, supuesto que no han sido partes en el acto? Aun cuando de hecho ignoraran ellos que poseen bienes donados con cláusula de retorno, no podrían prevalerse del artículo 550; tendrían la buena fe, de hecho, pero no tendrían la buena fe legal. Los autores admiten la buena fe en provecho de los herederos; esta es una extensión evidente del artículo 550; y esta disposición es una excepción á la regla del artículo 547, regla fundamental, supuesto que ella consagra una consecuencia del derecho de propiedad; y las excepciones no se extienden nunca por ninguna consideración de equidad. (1)

473. Lo que acabamos de decir de los frutos, prejuzga la cuestión de los actos de administración hechos por el

1 Compárese Coin-Delisle, pág. 268, núm. 2 del artículo 952; Daloz, núm. 1,781.

donatario, mientras que la condición estaba en suspenso. Si uno se atuviera al artículo 1,183, habría que decidir que quedan resueltos. Volveremos á insistir sobre el principio en el título de las *Obligaciones*. Aun cuando se admitiera que los arrendamientos consentidos por el propietario cuyo derecho está resuelto quedan igualmente resueltos, habría que hacer una excepción para el donatario, en caso de retorno. El tiene el derecho de disfrutar; ahora bien, el goce es inseparable de la administración. Concediendo al donatario, en caso de resolución, los frutos que él ha percibido, se le reconoce por esto mismo el derecho de ejecutar los actos de administración. ¿Cómo tendría él el derecho á los arrendamientos si no ha tenido el derecho de hacer un arrendamiento? Pero la ley habría debido determinar la duración de los arrendamientos que él puede consentir. No se puede asimilar al donatario con un simple administrador, ni con un usufructuario; él es propietario aunque con condición resolutoria; su posición es, pues, enteramente especial y habría exigido una decisión especial. En ausencia de un texto, es fuerza, según creemos, mantener los arrendamientos, aun cuando excediesen de nueve años, salvo la acción pauliana, si el donatario hubiese consentido un arrendamiento de larga duración con fraude de los derechos del donador.

2. *Excepción del artículo 952.*

474. El artículo 952, después de haber dicho que las hipotecas establecidas sobre los bienes donados caen cuando se realiza la condición de retorno, añade: "Salvo, no obstante, la hipoteca de la dote y los convenios matrimoniales, á los demás bienes del esposo donatario no son suficientes, y en el caso únicamente en que la donación se le

hubiese hecho por el mismo contrato de matrimonio, del cual resultan esos derechos ó hipotecas." Así, por excepción á la regla, la ley mantiene la hipoteca legal de la mujer con ciertas restricciones. ¿Cuál es la razón de esta excepción? Se funda en la presunta intención de las partes contrayentes. Supóngase que se hace una donación de futuro esposo por su contrato de matrimonio, es decir, para favorecer el matrimonio. Este mismo contrato estipula derechos en favor de la mujer, derechos por los cuales la ley da una hipoteca sobre los bienes del marido. ¿No es probable que las partes contrayentes han pretendido que los bienes donados sirviesen de garantía á la mujer, por sus derechos ó gananciales en el caso en que el marido no tuviese otros bienes, ó no tuviese más que bienes insuficientes? La ley hace de esta probabilidad una presunción, salvo á las partes interesadas estipular lo contrario si no tienen la intención que la ley les presta. (1)

475. El motivo de esta disposición excepcional explica las restricciones que la ley le impone. Se presenta desde luego que la donación se haya hecho por el contrato de matrimonio del cual resultan los derechos de la mujer. Si la donación se hubiese hecho por otra escritura cualquiera, aun cuando en ella se dijese que se ha hecho en favor del matrimonio, la mujer no podría reclamar el beneficio del artículo 952, porque ya no se estaría en el caso de la excepción, y, por consiguiente, se volvería á la regla, y la regla es que los derechos reales establecidos sobre los bienes donados, mientras está en suspensiva condición resolutoria, caen cuando llega á tener efecto el retorno. Esto se funda también en la razón. El artículo 952 supone un arreglo de familia, y no puede ya tratarse de un pacto de familia, en

1 Coin-Delisle, pág. 268, núm. 3 del artículo 925. Dalloz, número 1,782. Demolombe, t. 20. pág. 492, núm. 525.

una escritura que se celebra entre el marido donatario y el donador, sin el concurso de la mujer y de sus parientes.

La hipoteca que el artículo 952 mantiene sobre los bienes donados, no garantiza todos los derechos de la mujer. Según el artículo 2,135, la mujer tiene una hipoteca legal por razón de su dote y de los convenios matrimoniales, así como por los derechos que ella adquiere contra su marido durante el matrimonio. El artículo 952 no garantiza más que los derechos que nacen del contrato del matrimonio. Esta restricción se aplica por el motivo en el cuál se funda el favor que la ley concede á la mujer. Presume la ley, que la intención de las partes contrayentes es la de dar á la mujer una garantía por sus derechos. Ahora bien, ¿cuáles son los derechos á donde se dirige la intención de las partes? No pueden ser más que los derechos que el contrato de matrimonio estipula en provecho de la mujer; en cuanto á los derechos que se originan durante el matrimonio, dependen de hechos y de circunstancias que es imposible preveer; por lo mismo, no puede suponerse que las partes las hayan tenido en consideración.

Por último, el artículo 952 limita la hipoteca sobre los bienes donados, al caso en que los demás bienes del cónyuge donatario no sean suficientes. En el sistema del código Napoleón, la mujer tenía una hipoteca general sobre los bienes de su marido. Si esta hipoteca es suficiente, inútil es reservarla sobre los bienes donados; no se puede suponer que los cónyuges estipulen garantías inútiles; por lo menos, la ley no puede suponerlo, porque las garantías inútiles al acreedor se vuelven un mal para el deudor, cuyo crédito disminuyen, y por consiguiente para la sociedad, porque ésta tiene interés en que los propietarios disfruten de todo el crédito que sus bienes pueden darles. (1)

1 Coin-Delisle, pág. 368, núms. 4-9 del artículo 952. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 72 y nota 18. Demolombe, t. 20, pág. 492, núms. 526-528.

476. ¿Puede la mujer prevaleerse del artículo 952 cuando eran suficientes los bienes del marido, pero cuando por culpa de éste, ha perdido ella la garantía real que la ley le concede? La cuestión se presenta, en primer lugar, cuando la mujer no toma inscripción sobre los bienes del marido; ella quedará superada, en este caso, por los demás acreedores del marido que hayan registrado su hipoteca. Conforme á nuestra ley hipotecaria, la cuestión no nos parece dudosa. La hipoteca legal de la mujer, debe registrarse para que sea eficaz, y la ley dá á la mujer el derecho de que tome inscripción (art. 64 y 67). Así pues, la mujer está llamada á cuidar de sus intereses. Si ella no lo hace ¿puede prevaleerse de su negligencia en detrimento de los demás acreedores? Troplong hace objeciones que nos parecen poco serias. La mujer, dice él, está fuera del derecho común, porque está bajo la dependencia de su marido, es decir, de aquel mismo con quien el donador ha contribuido á asociarla, de suerte que tal dependencia es en parte, obra suya. Desconfiemos de las palabras huecas en materia de derecho. ¿Y qué es lo que quiere decir que la mujer está fuera del derecho común? Se está tratando de una excepción al derecho común que la ley establece en favor de ella; ella la subordina á una condición, la de la insuficiencia de los bienes del marido. Si estos bienes son insuficientes, cesa la excepción. Ahora bien, los bienes son suficientes, como se supone; la mujer es la que se ha descuidado en tomar inscripción, ella pierde su garantía, luego está fuera del texto de la ley, y tampoco puede ella invocar su espíritu. La ley trata de conciliar el interés de la mujer con el interés de los demás acreedores del marido; luego no puede sacrificarse el interés de los acreedores cuando la mujer ha perdido su garantía por culpa propia.

477. La mujer puede renunciar al beneficio de su inscripción por interés de un acreedor del marido. Ella, en

realidad, conserva su hipoteca, pero como ésta se vuelve ineficaz respecto del acreedor en cuyo provecho ella ha renunciado, corre riesgo de perder su crédito. ¿Puede ella, en este caso, invocar el beneficio del artículo 952? Acerca de este punto, los autores están de acuerdo. Realmente es por su culpa por lo que ella pierde la garantía hipotecaria; ella no puede decir que los bienes del marido son insuficientes, supuesto que se supone que ella tenía una hipoteca, suficiente garantía para una inscripción. Por lo mismo, ya no se está en el caso de la excepción prevista por el artículo 952; y esto decide la cuestión. (1)

478. ¿Pueden las partes contrayentes derogar el artículo 952? Sí, y sin duda alguna. La disposición se funda en la presunta intención de las partes interesadas; y la voluntad declara siempre el predominio, siempre sobre la voluntad presumible. Puede, sin embargo, objetarse, que la hipoteca legal de la mujer es una garantía que la ley otorga á un incapaz; y por esto es de principio que la mujer no puede renunciarla. ¿No puede decirse otro tanto de la hipoteca sobre los bienes donados, supuesto que tal hipoteca forma parte de la hipoteca legal? La objeción es espaciosa, pero no tiene para nada en cuenta el carácter particular de la hipoteca que continúa gravando los bienes donados después de la resolución de la donación. Esta hipoteca no está establecida sobre un bien del marido, porque el cumplimiento de la condición hace que al marido se le tenga por no haber sido nunca propietario de los bienes donados, mientras que al donador se le tiene por haber sido siempre propietario de ellos. Así es que, cuando se realiza el retorno, la hipoteca de la mujer recae sobre los bienes del donador; luego no es una hipoteca legal, porque ésta sólo recae sobre los bienes del marido; es una hipo-

1 Coin-Delisle, pág. 268, núm. 6 del artículo 952 y todos los autores.

teca que resulta del consentimiento tácito de las partes contrayentes; luego la voluntad de las partes será la que decide su redención. El donador puede estipular que la hipoteca de la mujer no subsistirá si los bienes le tocan en suerte. El puede también renunciar á todas las restricciones que el artículo 952 impone al derecho de la mujer. (1)

479. El artículo 952 supone, que es inmobiliaria la donación hecha al marido. ¿Qué debe decirse si es mobiliaria? No puede ya tratarse de dar á la mujer una hipoteca sobre los bienes donados, supuesto que la hipoteca no puede establecerse sobre muebles. Pero se pregunta si la mujer tiene un derecho de preferencia por su dote y sus convenios matrimoniales, y principalmente respecto del donador que recobra los bienes donados. La negativa nos parece de tal manera clara, que ni siquiera habríamos planteado la cuestión, si no estuviera decidida en sentido contrario por la corte de París. Nuestro motivo para decidir es muy sencillo y parentorio. El derecho de la mujer, que se reclama en provecho de la mujer, sería un privilegio; no hay privilegio sin texto; y ¿en donde está la ley que dé este privilegio á la mujer? El artículo 952 le concede una hipoteca excepcional sobre los bienes donados, cuando éstos vuelven al donador; y todavía esta hipoteca está sometida á muchas restricciones. ¿En qué derecho el intérprete extendería la excepción hasta el punto de que la hipoteca se convirtiese en privilegio? Esta intención, en el caso del artículo 952, es una presunta intención. ¿Quien la presume? El legislador. ¿El intérprete puede presumir una intención que la ley no presume? Creemos inútil insistir. (2)

1 Dalloz, núm. 1,785; Demolombe, t. 20, pág. 497, núms. 532 y 533 y los autores que ellos citan.

2 París, 17 de Julio de 1839 (Dalloz, núm. 1,783). En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 499; núm. 535.