

SECCION III.—Condiciones.

§ 1.—PREDECESIÓN DEL DONATARIO EN POSTERIDAD.

Núm. 1. Del adoptante y del ascendiente.

177. Según los términos del art. 747, los ascendientes suceden, con exclusión de otros cualesquiera en las cosas donadas por ellos á sus hijos ó descendientes *fallecidos sin*

posteridad. El art. 331 dice que si el adoptado muere *sin descendientes legítimos*, las cosas donadas por el adoptante volverán á él; el art. 352 exige igualmente que los hijos y descendientes que deja el adoptado mueran antes para que el adoptante pueda ejercer su derecho de restitución. ¿Qué debe entenderse por *posteridad, hijos y descendientes*? Esta cuestión da lugar á grandes dificultades. Un primer punto sí es cierto, y es que no basta que haya descendientes del donatario para que el donador sea excluido, sino que también se necesita que dichos descendientes concurren á la herencia; si son indignos ó renunciantes, se les considera, en cuanto á la sucesión, como si nunca hubiesen existido. El espíritu de la ley está en armonía con los principios. ¿Por qué el ascendiente recobra dos cosas que ha donado á su descendiente? En estas liberalidades hay un pensamiento tácito de restitución. El ascendiente quiere que la donación aproveche á sus descendientes y no que pasen los bienes á extraños, si el donatario muere sin posteridad; ahora bien, pasarían á extraños cuando los descendientes que deje el donatario renunciasen ó fuesen indignos; luego sin intención del donador, debe haber lugar á la restitución.

178. Desde el momento en que hay descendientes que concurren á la herencia, ellos excluyen al ascendiente ó al adoptante donador, aun cuando no provinieren del matrimonio en cuyo favor se ha hecho la liberalidad. Una viuda, con hijo de su primer lecho, contrae nueva unión; su padre le hace una donación en favor del futuro matrimonio; muere ella sin dejar hijos del segundo lecho. ¿El padre donador puede ejercer la restitución? Nó, porque la condición que ejerce el art. 747 no está cumplida; el donatario deja hijos, importando poco que éstos sean del precedente matrimonio: la ley no distingue y ni tiene para qué distinguir; el pensamiento de la restitución no existe en el

ascendiente donador cuando hay una posteridad cualquiera, porque él quiere gratificar al donatario y á sus descendientes. Lo mismo sería respecto del adoptante donador.

179. ¿Los hijos adoptivos ó naturales del donatario impiden la restitución? Esta es una cuestión muy controvertida y hay alguna duda. La jurisprudencia está casi unánimemente por la negativa y nosotros nos adherimos á su opinión. Cuando se trata del adoptante donador, el texto parece decidir la dificultad; en efecto, el art. 351 dice: "Si el adoptado muere sin *descendientes legítimos*," lo que excluye á la descendencia natural y aun la adoptiva, porque los hijos adoptivos del adoptado no son descendientes legítimos, sino que son descendientes de la familia á la que continúan perteneciendo. Hay, sin embargo, objeciones serias, según lo diremos más adelante. En cuanto al ascendiente donador, el texto difiere; el art. 747 dice que los ascendientes suceden en las cosas donadas por ellos, á sus hijos ó descendientes fallecidos sin *posteridad*. No es dudoso en el art. 747 el sentido de la palabra *posteridad*, que sólo comprende á la descendencia legítima. En efecto, la ley trata de la sucesión anómala del ascendiente donador, en el capítulo de las *Sucesiones regulares*; lo que supone que la *posteridad* de que habla en el art. 747 se entiende de los descendientes legítimos, lo mismo que todos los parientes de que se trata en este capítulo son parientes legítimos. La comparación de los artículos que preceden y de los que siguen al art. 747 no permite duda alguna en este punto; la palabra *posteridad* se halla en el artículo 746 y se refiere á los hijos y descendientes que, según el art. 745, constituyen el primer orden de las sucesiones legítimas; así, pues, la significación de la palabra es evidente. Se halla también en los art. 748 y 749 y siempre con la misma significación. ¿Cómo creer que la misma ex

presión, empleada en cuatro artículos sucesivos, tenga en uno de éstos un sentido diferente del que tiene en los otros tres; que en el art. 747 signifique descendientes legítimos, naturales ó adoptivos, mientras que en los arts. 746, 748 y 749 no comprenda sino á los descendientes legítimos? Es inútil insistir: en el art. 747, la palabra *posteridad* es absolutamente sinónima de la expresión *descendientes legítimos*, del art. 351.

El espíritu de la ley conduce á la misma conclusión. Aquí hay que separar un instante á los hijos adoptivos de los naturales del donatario. La sucesión especial del donador se funda en parte en una especie de pensamiento de restitución; el que hace una donación á su hijo quiere gratificar á todos sus descendientes, pero se prefiere á sí mismo sobre los demás parientes del donatario y con mayor razón sobre los extraños. Ahora bien, los hijos adoptivos del donatario son extraños para el donador, luego no deben impedir el derecho de restitución. No puede decirse que bajo el punto de vista del vínculo natural, los hijos naturales del donatario sean extraños al ascendiente donador, pero lo son legal y moralmente. Conforme á la ley, el hijo natural del donatario no es el descendiente del donador; menos lo es en el sentido del art. 747. Si el ascendiente que hace donación á su hijo se presume que abraza en su liberalidad á la descendencia legítima de su hijo porque hace las veces de su hijo en sus afectos, ciertamente que no puede decirse otro tanto de los hijos naturales: como dice la corte de Douai, lejos de que el hijo natural sea, para el ascendiente donador, un consuelo por la pérdida de su hijo, es un dolor más y un testimonio de la mancha recaída en la familia. La conclusión es evidente: sería echar en olvido la mente del donador el hacer participar de los beneficios de la donación, sea á un hijo adoptivo en el cual el donador no pudo pensar, sea á un

hijo natural, á quien ciertamente habría excluido si hubiese podido preveer su existencia (1).

En tanto que se permanezca en el terreno de los artículos 351 y 747, la cuestión ni siquiera parece dudosa. Pero el derecho de restitución es tambien un derecho de sucesión. Es, pues, preciso ver si los hijos adoptivos y naturales no tienen en los bienes donados un derecho de sucesión que excluya en todo ó en parte el derecho del donador. En cuanto al hijo adoptivo, el art. 351 dice formalmente que el adoptado tiene en la sucesión del adoptante los mismos derechos que los que en ella habría tenido el hijo nacido de matrimonio: ¿no debe inferirse que el adoptado excluye al donador, adoptante ó ascendiente? Si se objetan las expresiones *descendientes legítimos ó posteridad*, de los artículos 351 y 747, se contesta que el art. 350 asimila enteramente al adoptado con los hijos legítimos. Si se objeta el espíritu del derecho de la restitución, se contesta que el donatario tiene el derecho de disponer de los bienes donados y que dispone de ellos al adoptar á un hijo, supuesto que la adopción es como una institución de herederos hecha por contrato. Esto equivale, en definitiva, á decir que el art. 330 deroga los arts. 351 y 747 (2). Esa es la objeción, y en verdad que no carece de fuerza. En la opinión consagrada por la jurisprudencia, se dice que toda esta argumentación reposa en una petición de principio. Sin duda que el adoptado tiene los mismos derechos, en la sucesión del adoptante, que el hijo legítimo; pero ¿de qué se com-

1 Sentencia de Douai, de 14 de Mayo de 1851, confirmada por la corte de casación (Dalloz, 1854, 1, 266).

2 Tal es la opinión de la mayor parte de los autores. Véase, en cuanto á los hijos adoptivos, las autoridades citadas por Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 223, nota 10, y p. 24, nota 16; Demolombe, t. 6º, p. 150, núm. 167 y t. 13, p. 615, núm. 508. En cuanto á los hijos naturales, véanse en diverso sentido, los autores citados por Zachariæ, t. 4º, p. 224, nota 11, p. 225 y nota 15, y por Demolombe, t. 13, p. 618, núm. 510.

pone esa sucesión? ¿comprende los bienes *donados*? Nó, porque estos bienes constituyen una sucesión aparte que se le devuelve al donador, á menos que el donatario deje descendientes legítimos. Luego para decidir si el donador puede ofrecer el derecho de restitución, no hay que considerar el art. 350; su derecho está únicamente regido por los arts. 351 y 747. En vano se dice que el donatario puede disponer libremente de los bienes donados, y que al adoptar á un hijo ha dispuesto de sus bienes. Nó, el no ha dispuesto, supuesto que los bienes donados están aun, en derercho, á su disposición después de la adopción, y que de hecho se encuentran en la herencia del adoptante. Así, pues, el donatario no ha usado del derecho que tenía de disponer de los bienes donados. Por lo mismo, hay lugar á restitución.

Se hace la misma objeción y se da la misma respuesta cuando se trata de un hijo natural. Todos están de acuerdo en que el hijo natural no excluye la restitución del donador por la totalidad de los bienes donados, puesto que no es heredero, ni se le asimila con el hijo legítimo. Pero se pretende que por lo menos lo está en parte, supuesto que toma una cuota de la porción hereditaria que hubiera tenido si hubiese sido legítimo; así es que por esta porción se le considera legítimo y debe, por consiguiente, excluir al donador. La corte de casación contesta, como nosotros acabamos de hacerlo respecto al hijo adoptivo, que el derecho de restitución constituye una sucesión particular cuya atribución no está sometida más que á las únicas condiciones que se enumeran en el art. 351 ó en el 747 (1). Hay otra respuesta igualmente perentoria. El art. 737 dice que el derecho del hijo natural es de una fracción de la

1 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil, de 9 de Agosto de 1854 (Daloz, 1854, 4, 268). Compárese sentencia de casación de 3 de Julio de 1832 (Daloz, *Sucesión*, núm. 249).

porción hereditaria que habría tenido si hubiese sido legítimo. Esta disposición no establece ninguna asimilación entre el derecho del hijo natural y el derecho del hijo legítimo; no dice que estos derechos sean de la misma naturaleza; de suerte que el hijo natural tendría los mismos derechos que el legítimo, pero menos extensos en cuanto á la cifra. Todo lo que resulta del art. 757, es que el monto del derecho del hijo natural se calcula en proporción del hijo legítimo; pero la naturaleza de los dos derechos queda siempre profundamente dispuesta; luego no se puede extender al hijo natural lo que la ley dice del hijo legítimo.

Núm. 2. De los hermanos y hermanas legítimos del hijo natural.

180. Según los términos del art. 765, la sucesión del hijo natural que fallece *sin posteridad*, se devuelve al padre ó á la madre que lo ha reconocido; el art. 766 agrega que, en caso de pre-fallecimiento de *padre y madre*, los bienes que de ellos había recibido pasan á los hermanos y hermanas legítimos. Luego hay un doble requisito para que los hermanos legítimos tengan el derecho de restitución. En primer lugar, se necesita que el hijo natural fallezca sin posteridad, y ya dijimos cuál es la *posteridad* que le sucede. El pre-fallecimiento sin posteridad del hijo donatario no es suficiente para que se abra el derecho de los hermanos legítimos; si el hijo deja padre ó madre, su sucesión le es devuelta á uno de éstos, y si ha sido reconocido por ambos, á los dos se les devuelve por mitad. La *sucesión*, dice el art. 765, es decir, todos los bienes, incluso los que el hijo recibió de su padre ó de su madre. Síguese de aquí que si uno de los padres sobrevive solo, tomará toda la herencia, aun los bienes que el hijo hubiese recibido del pre-fallecido. El derecho de restitución sobre estos bienes

no se abre sino cuando padre y madre mueren antes; esto es lo que dice el art. 766.

La interpretación de esta disposición se discute vivamente. Acabamos de reproducir los textos que resuelven la cuestión en contra de los hermanos legítimos. El padre del hijo natural muere antes que éste; sus hijos legítimos no podrán reclamar contra la madre del hijo los bienes que éste ha recibido de su padre; todos los bienes pasan á la madre. Tal es la jurisprudencia: ella, á nuestro juicio, tiene una base inquebrantable; la letra de la ley y los principios. La letra del art. 766: sólo en caso de pre-fallecimiento de *padre y madre* es cuando los bienes del hijo natural se devuelven á sus hermanos; los unos, hijos legítimos del padre del hijo natural, toman los bienes que éste ha recibido del autor común; los otros, hijos naturales del mismo padre, toman el resto de la herencia. La corte de París así lo ha fallado, despues de las cortes de Dijon y de Riom, á pesar de una consulta, en sentido contrario de Loiseau, apoyada por Duvergier y Dalloz el mayor. En el fallo, cuyos motivos adoptó la corte, se lee: "El derecho consagrado por el art. 766 es un derecho del todo excepcional, que no justifica ni el parentesco ni la reciprocidad de sucesibilidad; por lo mismo, la excepción debe quedar rigurosamente encerrada dentro de los límites que le asigna la ley, y no debe acogerse sino con las condiciones y en los casos formalmente determinados por el artículo 766, es decir, en el caso de predecesión de *padre y madre*" (1).

Los autores han criticado la jurisprudencia con positi-

1 París, 27 de Noviembre de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 180). Compárense las sentencias de Dijon, de 1° de Agosto de 1818 y de Riom, de 4 de Agosto de 1820, (Dalloz, *Sucesión*, núm. 566).

va acrimonia. Durantón trata de *frívolos* los motivos aducidos por la corte de Riom, presidida por Grenier. Acabamos de exponer dichos motivos tan frívolos, y antes que todos, el art. 766. ¿Qué hacen Durantón y todos los autores en pos de él? El texto dice: “En caso de pre-fallecimiento de padre y madre;” se cambia la conjuntiva *y* en la disyuntiva *ó*. Así, hay que alterar el texto para encontrar frívola la más fuerte de todas las razones, un texto claro y formal. Es que el espíritu de la ley también lo quiere así, dicen los autores; uno de éstos califica de *inducción judaica* la interpretación literal que la corte de París acababa de consagrar. Nosotros contestamos que no se hace *inducción* cuando el texto habla, y nadie tiene derecho á tratar las leyes de *judaicas*. ¿Qué cosa es, pues, ese espíritu de la ley que se pretende está tan opuesto con el texto? Pont lo basa en la regla *paterna paternis*. ¿Hay que enseñar á un jurisconsulto que el código ya no reconoce *proprios* ni *adquiridos*? Todo lo que puede decirse es que el legislador ha querido que los bienes donados por el padre al hijo natural vuelvan á la familia legítima, de preferencia á los hermanos naturales; pero prefiere el padre ó la madre natural á los hermanos legítimos. ¿Es esto absurdo, inmoral? El reproche se dirigirá á los autores del código. En esto no vemos nosotros ni absurdo, ni inmoralidad. Se trata de un derecho del todo especial que el legislador puede ó no establecer, es un verdadero favor que otorga á los hermanos legítimos; podría no haberles donado nada, supuesto que los hermanos naturales no les suceden; llamándoles por favor, no ha podido hacerlo sino con ciertas condiciones; si les ha preferido el padre superviviente, es porque éste tiene un título legal de parentesco, mientras que los hermanos legítimos, como dice muy bien la corte de París, no tienen en su favor ni parentesco ni sucesibilidad.

§ II.--SOBRE CUALES BIENES SE EJERCE EL DERECHO
DE RESTITUCION.

Núm. 1. Los bienes donados.

181. Los ascendientes suceden en las cosas que han *donado* á sus hijos ó descendientes (art. 747). Pasa lo mismo con el adoptante (arts. 351 y 352). Los descendientes del adoptante suceden, además, en las *cosas* que al adoptado han recogido en la sucesión del adoptante (art. 351). En cuanto á los hermanos legítimos del hijo natural, el art. 766 dice que los *bienes* que el hijo había recibido de su padre y madre pasan á los hermanos y hermanas. Las expresiones de *cosas* ó de *bienes* de que se sirve el código son generales y comprenden toda especie de bienes *muebles ó inmuebles*. Otra cosa era en el antiguo derecho, aunque la costumbre de París se sirve de la palabra *cosas*. Esto era porque el art. 313, que establecía el derecho de restitución, venía después del 312, que consagraba el principio de los *proprios*; y como tales no se consideraban más que los inmuebles. Por consiguiente, la palabra *cosas* ha vuelto á tener su significación general. El espíritu de la ley rechaza igualmente toda distinción; en efecto, el derecho de restitución se funda, no en la naturaleza de las cosas donadas, sino en su origen, como antes lo hemos dicho (núm. 162) (1).

182. El derecho de restitución estriba de los bienes *donados*. La donación es el principio y causa de la sucesión especial que se llama restitución. Para que haya donación, preciso es que haya liberalidad. Luego si las partes hubiesen dado el nombre de donación á un acto que fuese, en realidad, un contrato á título oneroso, no habría lugar al

1 Véanse los autores citados por Dalloz, en la palabra "Sucesión," núm. 245. Hay que agregar Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2°, p. 329, núm. 479.

derecho de restitución. Se ha fallado que el ascendiente no puede recobrar bienes que ha donado, cuando las cargas aumentadas á la donación igualan ó sobrepujan al valor de los bienes. El espíritu de la ley no deja la menor duda. Por favorecer las liberalidades es por lo que la ley da al ascendiente donador el derecho de restitución sucesoral; luego si el contrato se hace por interés del ascendiente, la restitución deja de tener razón de ser.

La corte de Agen ha fallado que la limosna dotal que el padre paga á un convento en donde su hija es recibida como religiosa no retorna al donador; es, dice la sentencia, el pago de un compromiso aleatorio contraído por el padre para desasirse de la obligación de legar alimentos y educar á su hija (1). Esta decisión nos parece demasiado absoluta. Desde luego debe verse si el padre está obligado á dar alimentos á su hija religiosa. Si ésta presta algunos servicios al convento, tiene derecho á los alimentos, luego su padre no se los debe. Del mismo modo, si la hija pudiera alimentarse por medio de su trabajo, y si prefiere entrar al convento no tiene derecho á alimentos, puesto que legalmente no los necesita. No hay más que un solo caso en el cual la limosna dotal no vuelve al padre, y es cuando él debe los alimentos, y cuando la limosna se da para pago de su deuda. En los demás casos hay liberalidad, y por consiguiente, los bienes donados al convento retornan al padre.

Se ha presentado la hipótesis contraria. Un ascendiente hace una donación á su descendiente en la forma de un contrato á título oneroso ó por persona interpuesta: ¿puede el ascendiente ejercer el derecho de restitución probando que hay donación disfrazada? La corte de Dijón ha fallado la negativa, por razón de que la escritura autén-

1 Agen, 12 de Julio de 1836 (Dalloz, en la palabra *Sucesión*, número 228).

tica no puede atacarse, por medio de la prueba testimonial ó por presunciones, sino en los casos previstos por la ley (1). Como la cuestión es general, la aplazamos para los títulos de las *Donaciones* y de las *Obligaciones*.

183. Toda donación entre vivos da lugar al derecho de restitución. Esta, en derecho romano, no se ejercía sino sobre los bienes donados en dote; las costumbres la extendieron á toda especie de liberalidad, y el código ha seguido en esta materia el derecho consuetudinario. Pero es preciso que la liberalidad se haga entre vivos. No puede ser cuestión de bienes donados por institución contractual ó por testamento; en estos dos casos, la liberalidad se hace caduca si el donatario muere antes que el donador; ó el legatario antes que el testador; luego no hay bienes donados en los cuales pueda el ascendiente suceder; por mejor decir, los bienes donados ó legados no pueden volver al donador ó testador, puesto que nunca ha dejado de ser su propietario (arts. 1039, 1089 y 1093).

¿Qué debe decidirse si el ascendiente hace la partición de sus bienes entre sus descendientes? Si la hace por vía de testamento, la partición es un verdadero legado y entonces se aplica lo que acabamos de decir. Si es por donación entre vivos, el ascendiente ejercerá el derecho de restitución: en efecto, el art. 1076 somete estas particiones á las reglas que rigen las donaciones; la propiedad de los bienes se transmite á los hijos, luego son bienes *donados*, y por consiguiente, el ascendiente donador puede invocar el texto y el espíritu de la ley. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo y no hay la menor duda (2).

184. El ascendiente donador no ejerce el derecho de restitución sino en los objetos que ha donado á su descen-

1 Dijon, 28 de Marzo de 1862 (Dalloz, 1862, 2, 188).

2 Douai, 14 de Mayo de 1851. (Dalloz, 1852, 2, 276); Orleans, 25 de Julio de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 145) y los autores citados por Dalloz, 1863, 2, 143, nota 3.

diente. Lo mismo es respecto al adoptante donador. Los descendientes del adoptante suceden, además, en los bienes que el adoptado ha recogido en la sucesión del adoptante (art. 351). El art. 766 contiene una disposición análoga en favor de los hermanos legítimos del hijo natural; ellos suceden en los bienes que el hijo había *recibido* de su padre y madre. La palabra *recibido* de que se sirve el artículo 766 comprende todo á la vez, los bienes *donados* entre vivos y los que el hijo natural ha recogido en la sucesión de sus padres; él los recibe también de padre y madre, aunque sea llamado por la ley, porque la sucesión *ab intestato* se funda en la voluntad presumible del difunto. La analogía que existe entre el caso del art. 766 y el del 351, ninguna duda deja acerca de este punto (1).

Núm. 2. ¿Con qué condición?

I. Principio.

185. El derecho de restitución se ejerce sobre las cosas donadas. ¿Con qué condición? Esta es una de las cuestiones más controvertidas de esta difícil materia. Recojamos desde luego los textos. El art. 351 dice que las cosas donadas por el adoptante y que existan *en especie* á la muerte del adoptado, volverán al depositante. El art. 747 es más explícito; asienta el principio que los ascendientes suceden en las cosas que donan á sus descendientes cuando los objetos donados *se vuelven á hallar en especie* en la sucesión; en seguida agrega: “Si los objetos han sido enajenados, los descendientes recogen el precio que por ellos pudiera deberse. Ellos suceden también en la acción de recobro que pudiera tener el donatario.” El art. 766 está concebido en el mismo sentido: “Los bienes que el hijo natural había recibido de su padre y madre pasan á los

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 226 y nota 20.

hermanos legítimos; *si aquéllos se vuelven á hallar en especie en la sucesión* las acciones de recobro ó del precio de los bienes enajenados, vuelven igualmente á los hermanos legítimos."

Se ve que los tres artículos concernientes al derecho de restitución están de acuerdo en exigir la condición de que los bienes donados ó recibidos existan "en especie" en la sucesión. Dos de estas disposiciones los arts. 747 y 766, preveen el caso en que los objetos hubiesen sido enajenados. En general, la restitución cesa en este caso, porque los objetos donados no vuelven ya á encontrarse en especie en la herencia. Hay excepción cuando existe una acción de retasa ó cuando el precio se debe todavía. Si el precio se paga ó si no hay acción de retasa, deja de haber lugar al derecho de restitución.

Tales son los textos. ¿Cuál es el principio que consagran? la respuesta es muy sencilla ateniéndose á la letra de la ley y á su espíritu, es decir, á los motivos por los cuales ella ha establecido el derecho de restitución. Este derecho se ejerce sobre los objetos *donados*; luego el origen de los bienes es el fundamento de la sucesión especial á los que son llamados el adoptante, el ascendiente y los hermanos legítimos del hijo natural. El donador recobra lo que ha donado; luego es preciso que lo que ha donado se vuelva á encontrar en la herencia del donatario. Esta es la razón de la condición escrita en los arts. 351, 747 y 766: los bienes donados deben hallarse en *especie*, lo que quiere decir, que los mismos bienes que han sido donados vuelvan al donador. En otros términos, la idea de restitución es la que en esto domina; ahora bien, sólo los bienes *donados* pueden *retornar*. Luego es preciso que hayan conservado su identidad.

Lo que los arts. 747 y 766 dicen de los bienes enajenados, confirma el principio de la *existencia en especie* ó de

la *identidad*. El donatario vende las cosas que se le han donado y percibe el precio; el donador no tiene derecho á los dineros provenientes de la venta. ¿Por qué? Porque ya no hay cosas *donadas* en las cuales pueda él ejercer su derecho; el dinero no puede *volver* al donador, porque él no dió dinero, y sólo puede recobrar lo que donó. Si la ley le concede las acciones de recobrar, es porque el que tiene la acción para recobrar la cosa, se supone que tiene la cosa misma. También por esto tiene el donador derecho al precio que se queda debiendo: en tanto que no se paga dicho precio, el vendedor tiene la acción de resolución, lo que equivale á una acción de recobro; el precio que se debe, equivale, pues, á la acción ó á la cosa misma que se ha donado. En derecho romano, íbase más lejos; el comprador no era propietario antes del pago del precio. En derecho francés, la propiedad se transmite, aunque el precio no se pague; pero la acción resolutoria destruye la venta como si jamás hubiese tenido lugar. Conforme á esto, se comprende que el donador tenga derecho al precio no pagado, puesto que, á falta de pago de precio, tiene la acción de resolución y es lógico que tenga también derecho al precio (1).

186. Tal es el principio escrito en los textos y que resulta del espíritu de la ley. El principio mismo es controvertido y en la aplicación reina una verdadera anarquía. Ya sobre su primer punto hay disentimiento. ¿Es una sola y misma regla la que rige los tres casos de restitución sucesoral? Hé aquí la razón para dudar. El art. 351 no habla del precio que queda debiéndose, ni de las acciones de recobro. ¿Debe inferirse de aquí que la ley sigue para la restitución del adoptante, un principio especial, más restrictivo? Casi no hay duda en lo concerniente á las ac-

1 Demante, t. 3º, p. 79, núm. 5 8 bis, 1º. Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 332, núm. 482.

ciones de recobro; el antiguo proverbio que acabamos de citar es suficiente para resolver la dificultad. La acción equivale á la cosa: esta es una regla general que debe tener aplicación á la restitución del adoptante, tanto como á los otros dos casos de restitución. Pero respecto al precio que queda debiéndose, podría decirse que hay subrogación y que esta subrogación no puede extenderse, aun cuando sea por analogía, porque es de estricta interpretación. De antemano hemos contestado á la objeción. Si la restitución se ejerce sobre el precio, no es porque éste se halle subrogado á la cosa enajenada, sino porque la venta no se considera como definitiva, es decir, sino en virtud de un principio general.

187. Hay otra dificultad más seria. En una opinión muy aceptada, se admite que el donado sucede no sólo en las cosas donadas sino también en las que las reemplazan (1). Esta es una especie de subrogación legal que se funda en el texto del código y en el espíritu de la ley. Los arts. 351, 747 y 766 exigen, en verdad, que los bienes donados se hallen de nuevo en *especie* en la sucesión del donatario, pero las dos últimas disposiciones extienden el derecho del donador al precio que queda debiéndose y á las acciones de recobro: ¿por qué? Porque el precio, dicen, y las acciones realizan la cosa. Hé aquí la subrogación: ¿qué importa que la cosa donada se encuentre idénticamente en la sucesión, ó que esté representada por otra cosa que la reemplace? ella está siempre allí, por lo que debe volver al donador.

Los partidarios de la subrogación no están de acuerdo entre sí acerca de la regla ni acerca de sus aplicaciones (2).

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 235, núm. 37. De-molombe, t. 6º, p. 157, núm. 181, y los autores que cita.

2 Chabot, t. 1º, ps. 302 y siguientes, núm. 22. Delvincourt, t. 2º, p. 38. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 231, y nota 30, p. 234, nota 35, y los autores que cita.

Nosotros no vacilamos en rechazar toda subrogación, cualesquiera que sean los límites y las condiciones que se quisiera ponerle. El texto y los principios de derecho se oponen á ello. El texto: la ley dice y repite que los bienes donados deben *hallarse de nuevo en especie*. Esta expresión excluye toda subrogación, porque ésta es una ficción; luego es una contradicción lógica decir que una cosa *subrogada* se halla en *especie*, siendo que sólo ficticiamente está en la sucesión; ahora bien, la *ficción* y la *naturalaleza* son incompatibles. Esto prueba que la disposición concerniente al precio y á las acciones de recobro, no puede tener el sentido que se le atribuye: es imposible que después de haber rechazado la subrogación, el legislador la admita. Si hubiera querido admitirla lo habría dicho, no para uno ó dos casos, sino para todos los casos en que la cosa donada fuese reemplazada por otra; habría determinado las condiciones de la subrogación, y habría debido hacerlo, precisamente porque se trata de una ficción; porque la ley es la única que puede crear ficciones. Ahora bien, ni la cosa ni la palabra se encuentran en nuestros textos. Esto decide la cuestión. Hay otro motivo especial, en caso de restitución, para alejar la subrogación, y es que se trata de una sucesión anómala, excepcional, en que todo es de interpretación rigurosa. El intérprete jamás puede crear ficciones, y sobre todo en las materias de derecho excepcional.

Ya hemos contestado al argumento que se basa en el texto de los arts. 747 y 766. A decir verdad, este texto es suficiente para desechar la subrogación, y deberían decir que la deseche positivamente. En efecto, la ley dice que en caso de enajenación el precio pagado al vendedor no vuelve al donador, aunque el precio reemplace la cosa donada en el patrimonio del donatario: éste se enriquece, evidentemente, con el precio; luego, en la doctrina de la subrogación, el donador debería tener derecho al precio paga-

do, como reemplazante de la cosa; al rehusar tal derecho al donador, el código rechaza implícitamente el principio mismo de la subrogación. Se objeta que la subrogación es de derecho en las universalidades jurídicas, en el sentido de que el precio de la cosa vendida reemplaza á ésta y la cosa comprada el precio que por ella se ha pagado (1). Este principio se aceptaba en el antiguo derecho (2), pero ¿puede admitírsele aún en el código civil, en ausencia de un texto? La cuestión por lo menos es dudosa, puesto que la subrogación es por naturaleza derecho estricto; más adelante insistiremos en esto. Por el momento aceptamos el principio, pero negamos que tenga aplicación á la restitución sucesoral. Es muy cierto que la restitución es un derecho de sucesión; pero no es exacto decir, como se hace, que el donador suceda en una universalidad de bienes; sucede en los bienes que ha donado, es decir, en bienes determinados, y por lo tanto, á título particular. Insistiremos acerca de este punto, que es controvertido (núm. 196). En el caso de que se trata la cuestión está ventilada por el texto de la ley; los arts. 747 y 766 deciden formalmente que el donador no sucede en el precio de la cosa donada; luego rechazan la teoría de la subrogación, ó si se quiere, la de la universalidad jurídica.

Un autor confiesa que, ciñéndose al texto de la ley, no habría subrogación. Pero, dice Malpel, debe consultarse el espíritu de la ley. Y ¿á dónde va á buscar ese espíritu? El imagina *una subrogación de equidad* que es suficiente para hacer que el ascendiente disfrute de su *privilegio* (3). Citamos textualmente á fin de que nuestros jóvenes lectores desconfíen de un sistema muy extendido, el de recurrir al espíritu de la ley cuando el texto es claro. “¡Una

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau. t. 4º, p. 234, nota 34.

2 Véanse las autoridades citadas por Chabot, t. 1º, p. 313, número 23.

3 Malpel, *Tratado de las sucesiones*, p. 214.

subrogación de equidad!" es como si dijera un círculo cuadrado. ¡Y la "equidad" que da un "privilegio!" ¡Tantas herejías jurídicas, como palabras! Nuestras críticas se dirigen al intérprete; no pretendemos que la idea de subrogación sea falsa en teoría; el legislador quizá habría debido aceptarla, porque es más equitativa que el código. Ahora bien, el legislador debe inspirarse en el espíritu de equidad: esto aun está conforme al espíritu de la restitución. Se quiere favorecer las liberalidades. ¿Qué mejor medio de inducir al adoptante, al ascendiente, á hacer donaciones, que devolver al donador todo lo que resta de los bienes donados en el patrimonio del donatario, sin distinguir si las cosas existen en especie ó en equivalente? Pero el intérprete no puede substituir sus opiniones á la ley; está ligado por los textos, porque el texto claro expresa la voluntad formal del legislador. Conforme á este principio, vamos á resolver las numerosas dificultades que se presentan en esta materia.

II. Aplicaciones.

188. El hijo á quien se han donado los bienes se vuelve su propietario irrevocable: tal es el efecto de toda donación pura y sencilla (art. 894); luego él puede disponer de los bienes á título oneroso ó á título gratuito en todo ó en parte. Si los ha enajenado, los bienes ya no se encontrarán en especie en la sucesión, y por consiguiente, el derecho de restitución no podrá ejercerse. Y así sería, aun cuando los bienes no hubiesen sido entregados al comprador ó al donatario; entonces estarán de hecho en la sucesión del hijo, pero en derecho han salido de su patrimonio y han venido á ser propiedad del adquirente; ahora bien, siendo la restitución un derecho de sucesión, no puede ejercerse sino en los objetos que están en el dominio del difunto. Por la misma razón, si el hijo ha concedido dere-

chos reales en la cosa donada, estos derechos se mantienen; la cosa volverá al adoptante, al ascendiente, á los hermanos legítimos del hijo natural, pero éstos deberán respetar los derechos de terceros. El art. 351 lo dice del adoptante; lo mismo es en los casos de restitución previstos por los arts. 747 y 766, aunque la ley no lo diga: esta es una consecuencia evidente de los principios que acabamos de recordar. Lo que decimos de los derechos reales se aplica también á la hipoteca; más adelante diremos si los que suceden en el bien hipotecado están obligados por la deuda en cuya garantía se constituyó la hipoteca.

Estos principios se aplican también al caso en que el hijo hubiese dispuesto de los bienes donados por medio de testamento, y con mayor razón si ha dispuesto de ellos por institución contractual. No comprendemos que se haya debatido la cuestión y que algunas cortes la hayan resuelto en sentido contrario. El hijo puede disponer por testamento ó por acto entre vivos de los bienes donados; si los lega, los bienes se tornan propiedad del legatario, desde el instante en que se abre la herencia, luego dejan de encontrarse en la sucesión *ab intestato* del hijo, lo que decide la cuestión. Creemos inútil insistir, porque la opinión contraria no tiene partidarios.

189. ¿Qué debe decidirse si los bienes enajenados vuelven á entrar al patrimonio del donatario? Si la enajenación se resuelve ó anula, de suerte que se considere como por no haber tenido nunca lugar, no hay duda alguna, supuesto que en este caso los bienes jamás han salido del patrimonio del donatario; los que tienen el derecho de restitución pueden ejercer las acciones de recobro; con mayor razón recobran ellos los bienes que han vuelto á entrar en el dominio del donatario á causa de una acción de recobro ó de una resolución que obre de plano. No hay duda alguna acerca de este punto. Pero la cuestión es muy de-

batida cuando la enajenación ha sido definitiva, y cuando por un título nuevo es como el donatario ha vuelto á ser propietario de los bienes.

Nosotros no vacilamos en resolverla negativamente. Inútil es recurrir al antiguo derecho; el texto y el espíritu del código son suficientes para resolver la dificultad. ¿En qué bienes se ejerce el derecho de restitución? En los bienes *donados*, contesta la ley (arts. 351, 747, 766); la cosa donada vuelve como tal al donador. Ahora bien, cuando el donador ha vendido la cosa y después la ha rescatado, deja de haber cosa *donada* y lo que hay es una cosa *comprada*; y una cosa *comprada* no puede volver al donador á título de cosa *donada*. Sin duda que la cosa que se había donado se hallaba de nuevo *en especie* en la sucesión del hijo y estará en su dominio; este es un motivo para dudar, pero tiene poco peso, porque no basta que la cosa subsista materialmente en la sucesión para que vuelva al donador; él no la recobra sino como cosa *donada*; el texto es formal y el espíritu de la ley también lo es. El donatario es propietario, puede disponer de la cosa, y desde el momento en que dispone, no puede tratarse ya de una *restitución* al donador, el título de éste se ha disipado. No podría revivir sino en virtud de la ficción de subrogación, y esta ficción la rechazamos porque no puede haber ficción sin ley.

190. Si los objetos donados han sido enajenados, la restitución se ejerce por el precio que pueda deberse. Ya dimos la razón (núm. 185). Síguese de aquí que si el precio consiste en una renta, el donador tendrá derecho á ésta. El donador sucede también en las acciones de cobro (artículos 747 y 766 y núm. 186). Por esto se entiende toda acción que hace que vuelvan á entrar los bienes enajenados al patrimonio del que dispuso de ellos: tales son las acciones de resolución, de nulidad, de revocación y de restitución de dote. Esta última acción da lugar á algunas

dificultades. El padre dona un inmueble á su hija casada bajo el régimen de comunidad; este bien sigue siendo propio de la mujer, el marido lo administra y disfruta de él; á la disolución de la comunidad, la mujer recobra sus propios; el código llama á este derecho "recobro" (art. 1470, núms. 1 y 472); esta es una especie de reivindicación. Si ha sido enajenado un propio, el cónyuge tiene derecho al precio que se ha puesto en la comunidad; esto es también un "recobro" (art. 1470, núm. 2 y art. 1472). ¿El ascendiente donador tiene en esto derecho? Sí, supuesto que él recoge el precio de los bienes donados que quedan debiéndose y el recobro no es otra cosa que el crédito del precio. El código da también el nombre de "recobro" al derecho que tiene el cónyuge en el inmueble adquirido en reemplazo de un propio enajenado (art. 1470, núm. 1, y 1472). ¿El padre donador puede ejercer este recobro? Aquí hay un motivo para dudar. Puede decirse que la cosa donada no existe ya "en especie," y que la subrogación no se admite en materia de restitución sucesoral. Pero hay una razón para decidir en favor del padre, y es que el nuevo empleo es una subrogación consagrada por la ley; el inmueble adquirido en el nuevo empleo reemplaza al propio enajenado; por lo mismo se le considera como bien donado, y por consiguiente, el donador tiene en él derecho. Se aplican los mismos principios á la comunidad convencional, así como á los demás regímenes bajo los cuales el marido tiene el goce de los bienes de la mujer.

191. El donatario compra un mueble con el dinero que le ha sido donado, ó con el que proviene de la venta de un inmueble, y se declara en la escritura de adquisición que se hace con el dinero donado ó proveniente de la donación. Se pregunta si la restitución se ejerce sobre el mueble comprado, á título de empleo ó de nuevo empleo. A nuestro juicio, la negativa no es dudosa. La cosa do-

nada no se vuelve á encontrar en especie en la sucesión; lo que excluye la restitución. No podría ejercerse sino habiendo subrogación, y subrogación no la hay sin ley. En vano se invocan los artículos 1434 y 1435 que admiten la subrogación en caso de nuevo empleo; se contesta, y es perentoria la respuesta, que la subrogación es de interpretación estrecha, y que, por consiguiente, no se extiende de un caso á otro. Se cita, además, el artículo 132 que da al ausente el derecho de recobrar los bienes adquiridos en nuevo empleo de los que han sido enajenados. Pero basta leer el art. 132 para convencerse de que procede de un principio del todo diferente: el ausente tiene derecho al precio percibido por los que han tomado posesión, mientras que el donador no sucede en el precio. El principio del art. 133 es que los que toman posesión restituyen el patrimonio del ausente en tanto que con él se han enriquecido: este principio no es el de la restitución, y cuando los principios difieren no se puede razonar por analogía (1). Hay una sentencia de la corte de casación en este sentido (2).

192. Aplicamos el mismo principio, y por idéntico motivo, en el caso de trueque. La teoría de la subrogación se halla, en este caso, en oposición directa con el texto de la ley. Ella admite que el inmueble recibido en trueque vuelve al donador y el código exige, como condición de la partición sucesoral, que la cosa *donada* se halle en *especie* en la sucesión del donatario. Ahora bien, el inmueble recibido en trueque no es, en verdad, la cosa *donada*; éste, lejos de hacerse en *especie* en la sucesión del donatario, ha salido de su patrimonio por efecto del trueque.

1 Demolombe, t. 13, p. 665, núm. 545, y las autoridades que cita. En sentido contrario, Zachariæ, t. 4º, p. 236, y Duranton, t. 6º, página 257, núm. 234.

2 Sentencia de denegada apelación de la sala de lo civil; de 7 de Febrero de 1827 (Daloz, *Sucesión*, núm. 237).

Sólo por una ficción es como la cosa recibida en trueque podría reemplazar la cosa donada en trueque; y una ficción exige una ley. El código admite esta ficción en los casos previstos por los arts. 1407 y 1559: él no la admite en favor del donador que ejerce la restitución; y cuando se trata de una ficción que también es una excepción, el silencio de la ley es decisivo (1).

193. Fué donada una suma de dinero y en la sucesión se encuentra una suma igual ó mayor. ¿Recobrará el donador lo que donó? Esta es una de las cuestiones más controvertidas en materia de restitución. Como la ley no distingue si la cosa donada es inmoviliaria ó moviliaria, claro es que la restitución se ejerce sobre el dinero como sobre otra cosa cualquiera. Por la misma razón, debe también aplicarse al dinero el principio fundamental que domina el derecho de restitución: el dinero donado debe volverse á hallar en *especie* en la sucesión. Este principio es suficiente para excluir una primera opinión, según la cual, siendo el dinero una cosa fungible (2), está siempre representado por sumas ó valores equivalentes. Sin duda que el dinero es fungible, en el sentido de que, si una suma de dinero debè pagarse, la intención de las partes se que el pago se haga en la misma cantidad y valor. Pero en la restitución no se trata de un pago, sino de un derecho de sucesión que no se ejerce sino sobre cosas determinadas, porque deben hallarse en especie en la herencia. Por lo mismo, el dinero deja de ser cosa fungible como los inmuebles (3).

Hay una sentencia de la corte de Bruselas en este sentido Demolombe, t. 13, p. 663, núm. 541, y los autores que él cita. En sentido contrario los autores citados por Dalloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 236.

2 Chabot, t. 1°, p. 322 (núm. 22 del art. 747).

3 Duranton, t. 6°, p. 261, núms. 235 y 236. Demolombe, t. 13, página 669, núm. 545.

tido; pero tal vez va demasiado lejos al decidir que el artículo 747 no tiene aplicación á una causa de dinero que, consumándose por el uso, no puede considerarse como existente todavía en especie en la sucesión del donatario. Era el caso que padre y madre habían dotado á su hijo, y el matrimonio había durado varios años; los cónyuges habían adquirido bienes; era probable que los bienes hubiesen sido comprados con los dineros donados; luego no existían en especie (1). De hecho la corte falló bien pero los motivos de su decisión sin duda que sobrepujan su pensamiento. No puede decirse de una manera absoluta, que el derecho de restitución no se ejerce nunca sobre el dinero donado. La ley es general, no excluye el dinero; pero tampoco hace excepción á la condición esencial que ella prescribe para el ejercicio del derecho de restitución, y es que la cosa donada debe volverse á hallar en especie en la sucesión del donatario. Hay que confesar que esta condición se realizará raras veces respecto de una suma de dinero. Sin duda que esta consideración de hecho es lo que ha inducido á la mayor parte de los autores á admitir la restitución, cuando existe una suma de dinero en la sucesión (2). Los partidarios de la subrogación van más lejos; enseñan que hay lugar al derecho de restitución desde el momento en que el dinero donado no ha sido confundido en el patrimonio del donatario (3). Hay una sentencia de la corte de casación en favor de esta interpretación; decide que había lugar al derecho de restitución cuando en la sucesión se encontraban efectos de comercio ú obligaciones equivalentes á numerario (4). Diga lo que quiera la cor-

1 Bruselas, 2 de Julio de 1828 (*Pasicrisia*, 1828, p. 268).

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 553, núm. 484.

3 Véanse los autores citados por Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, p. 233, nota 32.

4 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Junio de 1817, de la sala de lo civil (Daloz, *Sucesión*, núm. 235).

te, esto es extender un derecho excepcional, cosa contraria á los principios. Nosotros no aceptamos la decisión de la corte de casación sino en un caso, cuando la suma de dinero hubiese sido impuesta. La suma impuesta existe siempre; no hay subrogación en la imposición, sino conservación, y la cosa conservada existe en especie. Poco importa que el que pide prestado devuelva otras especies que las que recibió: en esto se aplica el principio de la fungibilidad del dinero, porque se trata de una restitución por hacer. Nosotros estamos suponiendo, entiéndase bien, que consta que la suma fué impuesta (1).