

de los hermanos legítimos, pero regular en cuanto á la partición? Desde el momento en que hay un hermano legítimo, se abre el derecho á la restitución; queda por saber de qué manera se hará la partición. Ahora bien, los bienes donados vuelven á la familia legítima, á los hijos del autor común, á guisa de suplemento, es decir, como parte de la herencia del padre y ¿no deben ellos participar de esta fracción como han compartido la herencia entera, es decir, según el derecho común? Se objetará que la sucesión es irregular. Nosotros contestamos que una vez abierta la restitución, ya sólo hay parientes legítimos y no se ve por qué las relaciones de estos parientes no habían de estar regidas por el derecho común; así, pues, los descendientes podrán invocar el beneficio de la representación en virtud del art. 742.

Aun cuando se aceptase esta opinión, queda siempre una inconsecuencia, pero esta es de la responsabilidad del legislador. Existe un hermano y descendientes de un hermano. Si éstos estuvieran solos, ningún derecho tendrían en los bienes donados al hijo natural, supuesto que el derecho de restitución no puede abrirse en su favor; mientras que tendrán una parte de estos bienes si hay un hermano que sobreviva. Un solo medio hay de descartar estas anomalías y es que la ley llame á los descendientes al derecho de restitución, como lo quieren los principios y la razón.

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 si 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 prever 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 también 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 Zachariae, edición de Aubry y Rau, t. 4.º, p. 223, nota 10, y p. 24, nota 16; Demolombe, t. 6.º, 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 Zachariae, t. 4.º, 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*? No, 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. No, 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 (Dalloz, 1854, 4, 268). Compárese sentencia de casación de 3 de Julio de 1832 (Dalloz, *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 balsa 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. 2º, 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.