

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 uula 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 Borbones: "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 afectada 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 constituirla. ¿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 justifican.

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 ciertamente 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 (Daloz, 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 reune 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 (Daloz, 1859, 1, 461).

2 Casación, 14 de Mayo de 1857 *Pasjerisia* 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; Demolombè, t. 20, pág. 458, núm. 481.

uario. 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 perezca 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. 5º, 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. 2º, 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 perezca 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. 6º, pág. 67, nota 14, pfo. 699. En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 467, núm. 9,192.

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