

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*.

*I. 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 cuando 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-Delisle, pág. 259, núm. 14 del artículo 954 y Demolombe, t. 20, página 482, núm. 510.