

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 disenso. ¿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. 58 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. Demolombe, 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 *naturaleza* 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 dederecho 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 admitirse 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. 251 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 legó, 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 inmueble 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 debe 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 Daloz, en la palabra *Sucesión*, núm. 236.

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

3 Duranton, t. 6º, 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. Erase 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 Zachariae, t. 4º, p. 233, nota 32.

4 Sentencia de denegada apelación, de 30 de Junio de 1817, de la sala de lo civil (*Dalloz, 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).

SECCION IV.—Efectos de la restitución.

§ I.—PRINCIPIO.

194. El derecho de restitución es un derecho de sucesión especial (núms. 162-164). Siguese de aquí que no puede abrirse sino en la persona de aquel á quien la ley lo concede. Si el donador muere antes que el donatario, la restitución no pueden ejercerla los herederos, ni aun sus descendientes. Se exceptúan los descendientes del adoptante (núm. 169), y ya dimos la razón. Si el donador sobrevive, se aplica el principio general que rige las sucesiones; el donador adquiere el derecho de restitución, y si muere, lo transmite á sus herederos, sean quienes fueren; esto es de derecho común (2). No hay lugar á ejercer la restitución por representación, porque ésta es un beneficio excepcional que no puede invocarse sino en los casos expresamente previstos por la ley.

195. ¿Debe inferirse del principio de que la restitución es un derecho de sucesión, que los que lo tienen otorgado sean herederos en el sentido legal de la palabra? La cues-

1 Marcadé, t. 3º, p. 94 (art. 747, núm. 5).

2 Chabot, t. 1º, p. 240 (art. 747, núm. 7).