

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).

ción es controvertida y nosotros no vacilamos en contestarla negativamente. Si el ascendiente donador tuviese él solo el derecho de restitución, podría dudarse, puesto que los ascendientes son herederos legítimos, y puesto que el art. 747, que les da el derecho de restitución, está colocado en el capítulo de las *Sucesiones legítimas*. Pero el mismo derecho pertenece al adoptante y á sus descendientes, quienes no son ciertamente herederos legítimos, supuesto que ni aun parientes son; este mismo derecho se otorga á los hermanos legítimos del hijo natural, los cuales no son ciertamente herederos, son parientes naturales, y ¿acaso alguna vez un pariente natural es heredero? Ahora bien, el derecho de restitución es un solo y único derecho, y es idéntico en los tres casos previstos por los arts. 351, 747 y 766; y ¿es concebible que unos lo ejerzan á título de heredero y los otros á título de sucesor? Esto nos parece decisivo.

Nuestra opinión se halla también en armonía con los principios generales que rigen las sucesiones. El art. 724 es el que establece el principio; y ¿qué es lo que dice? Que los herederos son investidos de pleno con los bienes, derechos y acciones del difunto, lo que implica que el heredero sucede en la universalidad de los bienes, como que representa la persona del difunto. ¿Puede decirse que los que ejercen el derecho de restitución recojen los "bienes, derechos y acciones" del difunto? Ellos recobran los bienes que donaron. El espíritu de la ley es tan evidente como el texto. ¿Cuál es el título de los herederos legítimos? Su parentesco. ¿Y también en el parentesco se funda el derecho de restitución? Acabamos de decir que este derecho se atribuye á personas que no son parientes ó que sólo lo son naturales; los ascendientes mismos suceden, no por esta calidad, sino á título de donadores (1).

1 Aubry y Rau, sobre Zachariae, t. 4º, p. 544, nota 2. En sentido contrario, Demolombe, t. 13; p. 586, núm. 481 bis.

196. Ni siquiera puede decirse que los que disfrutan del derecho de restitución sean sucesores universales. Este punto es también controvertido. Nosotros creemos que lo resuelve el texto de la ley. El adoptante y el ascendiente suceden en los bienes donados por illos, es decir en cosas determinadas, porque la donación entre vivos no puede tener por objeto más que cosas determinadas; y esto es un título particular á su esencia. Verdad es que los descendientes del adoptante suceden también en los bienes que el adoptado recogió en la sucesión del adoptante; pero no los toman á título de herederos del adoptante, ni como una universalidad, sino como bienes provenientes del adoptante, es decir, de todos modos á título particular. Lo mismo es respecto á la restitución ejercida por los hermanos legítimos del hijo natural. Se objeta que la sucesión es un título universal, aunque los bienes en que se suceda hayan venido á manos del difunto á título particular. Sin duda que el legislador habría podido decidirlo así, pero no puede decirse que lo haya hecho. El texto dice más bien lo contrario, y también la tradición se halla en el mismo sentido. Ferrière dice en su comentario sobre la costumbre de París, que el ascendiente que sucede en los bienes que dona, no es propiamente heredero, que no es sucesor *in re singulari*. Se pretende que esto se halla en oposición con la disposición del código que somete al adoptante, y por consiguiente al ascendiente donador, á contribuir al pago de las deudas. Más adelante volvemos á tratar este punto. La contradicción, en todo caso, no existe. Admite también Ferrière que el ascendiente donador debe soportar las deudas hasta la concurrencia de su emolumento; en este sentido, se le asimila al heredero, ó por mejor decir, á un sucesor universal; pero es una derogación del rigor de los principios según lo diremos más adelante (1).

1 Toullier, t. 2º, p. 139, núm. 235. Beloet-Johmont sobre Chabot,

## § II.—CONSECUENCIAS.

## Núm. 1. Derechos.

197. Los derechos de los que ejercen la restitución difieren, en ciertos conceptos, según que se les considere como herederos ó como simples sucesores en los bienes. Pero los dos principios tienen también consecuencias que les son comunes. Hélas aquí. Para suceder *ab intestato*, con cualquier título que sea, preciso es ser capaz; luego para recoger los bienes donados á título de restitución sucesoral, el donador debe tener la capacidad tal como la define la ley (arts. 725 y 727). Ya hemos dicho que su derecho se abre á la muerte del donatario, y esto es así en todo derecho de sucesión, sin que se tenga que distinguir entre los sucesores universales y los sucesores á título particular, por que jamás hay sucesión de un hombre que vive. Los que tienen el derecho de restitución pueden ejercer todos los derechos que pertenecen á los sucesores *ab intestato*, con excepción de los que son inherentes á la calidad de heredero. Ellos pueden aceptar ó repudiar; ellos son, en verdad, propietarios en virtud de la ley (artículo 711), pero la transmisión no es definitiva sino por su aceptación, porque nadie puede llegar á ser propietario á pesar suyo. Si se admite que están obligados por las deudas *ultra vires*, hay que concederles el derecho de aceptar bajo beneficio de inventario; en nuestra opinión, ellos no tienen ningún interés, supuesto que no deben contribuir al pago de las deudas sino en la proporción de su emolumento. Pero pueden requerir la fijación de los sellos y proceder al inventario para garantía de sus derechos.

198. Sólo hay dificultad respecto á la ocupación de la

t. 1º, p. 337 (art. 747, observación 10). Ferrière acerca de la costumbre de París, art. 313, pfo. 4º, (t. 4º, p. 616). En sentido contrario, Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, p. 230, núm. 429, y los autores que citan.

herencia y á sus consecuencias. Los que enseñan que los donadores suceden á título de herederos, admiten, naturalmente, que se les dé la posesión, como á todos los herederos legítimos, y que, por consiguiente, tengan la posesión de pleno derecho. En nuestra opinión, no puede haber ocupación: porque ¿se concibe que unos sucesores que ni siquiera son parientes del difunto ocupen la herencia, es decir, que continúen la persona del difunto? Y si se limita la ocupación al ascendiente donador, se introduce entre los tres casos de restitución una distinción que no tiene razón de ser.

Si no se da la ocupación al donador ¿cómo obtendrá la posesión de los objetos donados que existen en la sucesión? La consecuencia lógica de nuestra opinión es que los herederos tengan la ocupación de las cosas que deben volver al donador. Así es que á los herederos es á quienes el donador debe dirigirse para obtener la entrega. Se objeta que ninguna disposición del código obliga á los donadores á pedir la entrega; pero ¿qué importa? Ellos no pueden, como se pretende, ponerse ellos mismos en posesión, precisamente porque no tienen la acción de ocupación; se necesita, pues, que reclamen, lo que implica una acción de entrega, porque nadie puede hacerse justicia á sí mismo. Debe resolverse así, tanto más cuanto que el ejercicio del derecho de restitución da margen á cuestiones muy difíciles, y por lo tanto, á inevitables dificultades. Toca á las partes interesadas amparar sus derechos provocando la fijación de ellos y el inventario (1).

Como el donador no obtiene la posesión sino por la entrega, nace la cuestión de saber si tiene derecho á los frutos desde que se abre la herencia. En principio, los frutos pertenecen al propietario, luego en el caso de que se trata,

1 En sentido contrario, Aubry y Rau, sobre Zachariæ, t. 4º, página 546 y nota 4.

al donador (núm. 194) desde que muere el donatario. Sólo por excepción es como el poseedor gana los frutos: El código hace una de estas excepciones en provecho de los herederos ocupantes cuando hay legatarios (arts. 1005 y 1014); pero esta excepción no puede hacerse extensiva á los sucesores especiales, porque toda derogación de los principios generales es de estricta interpretación.

*Núm. 2. Obligaciones.*

199. La restitución es una sucesión. Síguese de aquí que los que la ejercen recobran los bienes en el estado en que se hallen. No pueden reclamar ninguna indemnización en caso de degradación, aunque el donatario la hubiese aprovechado. El donatario ha sido propietario incommutable; si ha abusado, ha tenido derecho para ello; si se aprovecha de las degradaciones, también está en su derecho, porque á nada está obligado respecto á los donadores; él podrá reducir á la nada el derecho eventual de la sucesión que á aquéllos pertenece, disponiendo de la cosa; con mayor razón puede disminuirla. Ninguna duda acerca de este punto. No pasa lo mismo con la cuestión de saber si los que suceden en los bienes donados deben llevar cuenta de los gastos de mejoras erogados por el donatario. Los autores están divididos. A nosotros nos parece que el texto y el espíritu de la ley resuelven la dificultad. La sucesión es una restitución, y ¿qué es lo que vuelve al donador? Los bienes donados, dice la ley (arts. 351, 747 y 766), es decir, los bienes tales como salieron del patrimonio del donador. ¿Se concibe que el donador recobre á título de restitución un valor que proviene del patrimonio del donador? Se objeta que los crecimientos naturales, tales como el aluvión, aprovechan al que sucede; él recobra, pues, lo que no ha donado. La contradicción no es más que aparente: la cosa habría recibido el mismo aumento si hubie-

ra quedado en manos del donador; luego éste carece de derecho. Se objeta, además, que no es justo que el donatario pueda reclamar esos gastos de mejoras, siendo que no se le cargan los deterioros. La respuesta es muy sencilla y decisiva: el donatario tiene el derecho de abusar y de destruir, mientras que el donador no tiene el derecho de enriquecerse á expensas del donatario, recobrando lo que no ha donado. Por último, se invoca el antiguo derecho: el heredero de los propios, ninguna recompensa debía por las construcciones ó mejoras hechas por el difunto, y la sucesión en los propios es una especie de restitución. Responden unos que ya no hay propios en el derecho romano; la sucesión en los propios era una sucesión ordinaria, mientras que la sucesión de las cosas donadas es un derecho excepcional, es decir, estrictamente limitado á lo que se ha donado.

200. ¿Los que ejercen el derecho de restitución están obligados por las deudas? El art. 351 dice que el adoptante debe contribuir á las deudas; los arts. 747 y 766 no imponen esta obligación al ascendiente ni á los hermanos legítimos del hijo natural; ¿debe aplicárseles por analogía el art. 351? Todos los autores enseñan la afirmativa. Hay, sin embargo, un motivo serio para dudar. Es de principio que los sucesores á título particular no están obligados á las deudas, y los que suceden en los bienes que donaron son sucesores particulares; y ¿en dónde está la diferencia entre el legatario de una hacienda y el ascendiente que ha donado una hacienda? De derecho, no hay ninguna; de hecho, la posición del ascendiente donador es mucho más favorable, supuesto que su derecho es una restitución. El art. 351, que somete al adoptante al pago de las deudas, deroga, pues, los principios, y toda derogación no es de estricta interpretación. Se contesta que el art. 724 obliga

á todos los herederos legítimos á satisfacer las deudas y cargas de la sucesión. El argumento es muy débil, ó por mejor decir, está en contra de la opinión que se invoca, á menos que se admita que los que disfrutan de la restitución tienen la ocupación. Nosotros hemos enseñado que no la tienen, por lo que debe hacerse á un lado el art. 724. Es evidente, por otra parte, que el art. 351 no es una aplicación del 724, puesto que el adoptante no es pariente legítimo del adoptado, y entre los descendientes del adoptante y el adoptado, no existe ningún vínculo de parentesco civil. El único motivo que puede aducirse en favor de la opinión generalmente seguida, es una razón de analogía; el adoptante, el ascendiente, los hermanos legítimos del hijo natural suceden con el mismo título; su derecho es idéntico; luego hay la misma razón para decidir, y por lo tanto, debe haber la misma decisión (1). De todos modos el legislador habría hecho bien en reproducir en los arts. 747 y 766 la obligación establecida por el artículo 351; en efecto, esta obligación es una excepción, y una excepción de un principio fundamental puede extenderse de uno á otro caso? Lo dudamos.

201. ¿En qué proporción están obligados por las deudas los que ejercen la restitución? El art. 351 dice que el adoptante *contribuye* á las deudas. Esta palabra *contribución* implica una obligación proporcionada al emolumento; si los bienes donados valen la tercera parte de la herencia, el que sucede deberá reportar la tercera parte de las deudas. ¿Estará obligado *ultra vires*? En nuestra opinión la respuesta no es dudosa. Hemos enseñado que los que tienen el derecho de restitución no son herederos, ni siquiera sucesores universales, sino simples sucesores en los

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, t. 2º, p. 333, núm. 485. Mourlon, *Repeticiones*, t. 2º, ps. 48 y siguientes. Aubry y Rau sobre Zachariæ, t. 4º, p. 550, núm. 15, y los autores que citan.

bienes que la ley sujeta al pago de las deudas, porque ellos recobran los bienes donados; estando obligados en razón de dichos bienes, no pueden estarlo sino hasta la concurrencia de los bienes que recojen. La opinión contraria es la que generalmente se sigue. Dicese que el donador recobra los bienes donados á título de sucesión; luego es heredero y como tal está obligado á las deudas, ahora bien, todo deudor está obligado *ultra vires* supuesto que el que compromete su persona compromete sus bienes. La argumentación nada tiene de decisiva. Se trata precisamente de saber si el que sucede es deudor personal; no lo es sino cuando representa á la persona del difunto, es decir, cuando es heredero legítimo en el sentido del art. 724. Ahora bien, nos parece imposible sostener que los que ni siquiera son parientes del difunto, como los descendientes del adoptante, continúen su persona. Se invoca el antiguo derecho. Si en el antiguo derecho se sostenía que la restitución implicaba obligación de pagar las deudas *ultra vires*, era porque la restitución sólo la ejercía el ascendiente á título de sucesión; el ascendiente donador era heredero, por excepción á la regla consuetudinaria, según la cual, los principios no se remontaban. Y aun así la cuestión era controvertida; Ferrière, á la vez que daba al ascendiente el nombre de heredero, resolvía que no estaba obligado por las deudas sino hasta la concurrencia de su emolumento, porque era sucesor *in re singulari* (1). Con mayor razón debe resolverse de esa suerte en derecho moderno, puesto que los que suceden en los bienes donados los recobran no como herederos sino como donadores. En el rigor de los principios, ellos no deberían estar obligados por las deudas, no siendo más que sucesores particulares. Por excepción es por lo que contribu-

1 Ferrière, *Comentario sobre la costumbre de París*, t. 4º, p. 616, párrafo 4, núm. 3.

yen, pero la excepción no puede llegar hasta asimilar con herederos legítimos sucesores de los que los unos son parientes] y los otros no son más que parientes naturales; para esto se necesitaría un texto formal, porque ello sería una positiva ficción.

202. ¿Los acreedores pueden proceder directamente contra los que suceden en los bienes donados? En principio, todos los que deban reportar las deudas como sucesores estarán obligados respecto á los acreedores, aun los simples sucesores en los bienes; tales son los legatarios á título universal. Lo mismo debe pasar con los que recogen los bienes á título de restitución, porque existe la misma razón para decidir. Ellos deben contribuir á las deudas, porque son detentores de los bienes que son la prenda de los acreedores; éstos, pues, deben tener acción contra aquéllos. No obstante, los acreedores conservan su acción contra los herederos en posesión que, á título de representantes del difunto, deben pagar todas las deudas, salvo su recurso contra los sucesores que no han tomado posesión y que deben contribuir. Esto es de derecho común; volveremos á tratar el punto al ocuparnos del pago de las deudas; aplazamos, pues, el examen de las dificultades que ofrece esta materia.

203. Cuando la deuda por la cual son demandados los donadores sobre los bienes que ellos recogen, está garantida con una hipoteca, los acreedores tienen la acción contra el detentor del inmueble hipotecado. Si éste paga toda la deuda, sea directamente, sea á causa de la expropiación, tendrá un recurso por la parte de la deuda que no debe reportar personalmente. Se objeta que la hipoteca es un desmembramiento de la propiedad, como las servidumbres; ahora bien, el donador, al cual vuelven los bienes donados, ningún derecho tendría á indemnización, en razón de las servidumbres impuestas por el donatario; ésta

es una enajenación parcial, y en caso de enajenación, cesa el derecho de restitución; lo mismo debe ser en caso de enajenación parcial. Esta objeción no tiene en cuenta la naturaleza particular de la hipoteca. Puede decirse que ella desmembra la propiedad, en tanto que limita el poder de administración y de goce del propietario; todo detentor sufre estas restricciones; luego también el donador que sucede en los bienes donados. En este sentido, es la verdad decir que el donador recobra los bienes en el estado en que se hallan, reporta la carga real que resulta de la hipoteca y no puede pedir que se levante el gravamen á los bienes que hereda. Distinta es la cuestión de saber quién debe reportar la deuda por la cual el inmueble es hipotecado; el detentor puede ser demandando hipotecariamente, y ésta es la única carga á que está obligado; en cuanto á la obligación personal del pago de la deuda, no constituye un desmembramiento de la propiedad del inmueble hipotecado, supuesto que jamás incumbe al detentor de ese inmueble; éste queda, pues, en el particular, dentro del derecho común; pagando una deuda á la que no está obligado, tiene expedito su recurso contra el donador.

*Núm. 3. La sucesión especial y la sucesión general.*

204. El derecho de restitución es una sucesión especial, ó anómala, como se decía en el antiguo derecho. Es anómala en el concepto de que los mismos que son herederos, suceden, no en su calidad de tales, sino como donadores, es decir sin tener en cuenta los principios que rigen las sucesiones. El abuelo donador, en concurso con hermanos y hermanas, no es convocado á la herencia; sucede, no obstante, en los bienes que donara con exclusión de los colaterales privilegiados que lo excluyen en la sucesión regular. En este sentido es como el art. 747 dice que los ascendientes suceden, *con exclusión de todas las demás*, en las co-

sas que donaron á sus descendientes. Esto decide una cuestión debatida en derecho antiguo: el abuelo hace una donación á su nieto, el cual muere dejando de heredero á su padre. ¿Ejercerá el abuelo el derecho de restituir? Generalmente se adoptaba la afirmativa; en nuestros días la cuestión ha dejado de ser dudosa, porque está resuelta por el art. 747. Puede también acontecer que el ascendiente donador sea el heredero más próximo del donador; él tiene, en tal caso, dos derechos: sucede en los bienes donados, como donador, y toma su porción en la herencia, según el derecho común. Esto no tiene la menor duda, apenas si se necesita citar autoridades para establecer un puesto de tanta evidencia. Pero cuando el ascendiente es llamado á recoger su reserva, se presentan dificultades serias que examinamos en el título de las *Donaciones y Testamentos*.

205. La sucesión especial deferida en virtud del derecho de restitución, y la general deferida á los parientes legítimos, son dos sucesiones distintas é independientes. Proceden de principios diferentes; una se funda en la liberalidad dispensada al difunto, y ni siquiera exige un vínculo de parentesco; la otra es un derecho que sólo á los parientes corresponde. La sucesión anómala no estriba más que en los bienes donados que vuelven al donador; la sucesión general comprende todos los bienes, derechos y acciones del difunto. Aunque las dos sucesiones co-existen, no puede decirse que los que las recogen sean coherederos. En nuestra opinión, esto es evidente, supuesto que no reconocemos la calidad de herederos á los que suceden en los casos que donaron. En la opinión contraria, se admite el mismo principio; se justifica por la consideración de que el sucesor anómalo no es llamado como tal, á la herencia propiamente dicha; y por su lado, el heredero, como tal no es llamado á los bienes donados. De aquí se deducen las consecuencias siguientes.

No hay lugar al derecho de acrecer entre los sucesores especiales y los herederos legítimos. Si uno de ellos renuncia, su parte acrece á sus coherederos (art. 786); no puede acrecer á los sucesores anómalos, supuesto que éstos sólo tienen derecho en los bienes donados. Si un sucesor anómalo renunciara los bienes donados se quedarían en la herencia y serían recogidos por los herederos, no en virtud del derecho de acrecer, sino en virtud del derecho universal que les pertenece sobre todos los bienes del difunto.

No siendo coherederos los sucesores especiales y herederos legítimos, se sigue que no son copropietarios, luego no hay lugar á la partición, ni, por consiguiente, á los derechos y obligaciones que de allí resultan; no podrá ser cuestión ni de garantía ni de retracto sucesoral.

206. Si el ascendiente es llamado á una y otra sucesión ¿puede aceptar una y repudiar la otra? Generalmente se enseña la afirmativa, salvo el disentiendo de Delvincourt, y nosotros no vemos sombra de duda; el que tiene dos derechos distintos puede usar de cada uno de ellos como mejor le ocurra. Se objeta que una sucesión no puede aceptarse parcialmente; la objeción carece de sentido supuesto que, en el caso de que se trata, hay dos sucesiones. Objétase, además, la falta de interés, porque el ascendiente está obligado á las deudas, como sucesor especial y como heredero. En nuestra opinión, la objeción viene por tierra, supuesto que como sucesor especial el ascendiente no está obligado por las deudas, sino hasta la concurrencia de su emolumento, mientras que como heredero legítimo, está obligado *ultra vires*. Pueden presentarse otras hipótesis en que el ascendiente tuviera interés en dividir su aceptación; pueden verse en Toullier y Demante; nosotros creemos inútil insistir, porque la cuestión es de pura teoría.