

puede recaer sobre bienes que se supone que el donatario nunca ha poseído. Y ¿no puede decirse esto literalmente, en caso de retorno? Se dice además que el consentimiento del donador no es más que tácito; que se considera que él ha aprobado la hipoteca en tanto que subsista la donación; pero que una vez resuelta la donación, la hipoteca debe serlo también, como un accesorio que sigue la naturaleza de su principal. Todo esto es igualmente cierto en caso de retorno. Nuestra conclusión es que la disposición del artículo 963 es puramente arbitraria, como todo lo relativo á esta anómala materia. (1)

93. El artículo 963 acaba por una derogación del derecho común. Reusa la hipoteca subsidiaria á la mujer, aun cuando el donador se hubiese obligado como fiador, por la donación, para la ejecución del contrato de matrimonio. Se supone que el donador ha consentido expresamente una hipoteca sobre los bienes donados en el caso en que se tocasen, constituyéndose además fiador; ó él se constituye fiador, consintiendo una hipoteca sobre los bienes donados, como garantía de su caución. Todas estas estipulaciones serían nulas, sea en virtud del artículo 963, sea en virtud del artículo 965. Decimos que hay derogación del derecho común. Furgole establece muy bien que la caución por sí misma no es una liberalidad, sino un contrato oneroso, porque si el fiador se obliga respecto al donador, el deudor, por el cual se constituye la fianza, permanece igualmente obligado con el fiador por la repetición de lo que haya pagado, mientras que las donaciones no producen ninguna acción contra el donador. ¿Por qué, pues, dice la ley que el donador no puede constituirse en fiador? Es tan anómala la denegación que se ha tratado de explicar el artículo 963 en el sentido de que en caso de caución la hipoteca

1 Furgole, Cuestión 11 sobre las Donaciones, núms. 8 y siguientes (t. 6º, pág. 89).

legal de la mujer no tendría lugar, pero que la caución sería válida. Esta interpretación debe desecharse, porque es contraria á la tradición de que es decisivo. El artículo 963 reproduce la ordenanza; ahora bien, Pothier dice que se consideraba la obligación contraída por el donador, para garantizar la ejecución del contrato de matrimonio, como una donación accesorio, y como tal, era nula. Añade que si, por medio de esta obligación, la mujer del donatario conservara algunos derechos sobre la cosa donada á su marido, por parte del donador estaría prohibirse indirectamente la facultad de revocar la donación, lo que sería contrario á la ordenanza y al código civil (art. 965). (1) Así, pues, la ley establece una presunción de liberalidad, en el caso en que el donador se obligue, como fiador, á favor de la mujer; supone, como dice Furgole, que él lo ha hecho con una intención de liberalidad. Furgole infiere de esto que esta presunción no debe extenderse á cualquiera otra persona que se hubiese constituido fiador de los convenios matrimoniales, sin hacer donación en el mismo contrato; esta caución, dice él, no se revocaría por causa de supervención de hijo. ¿Quiere decir esto que un tercero podrá garantizar al donatario contra la revocación? Está es otra cuestión que ya hemos examinado (t. XII, núm. 395).

94. ¿Cuál es el efecto de la revocación en cuanto á los frutos percibidos por el tercer detentor? ¿Debe considerarse como poseedor de buena ó de mala fe, aplicándole los artículos 549 y 550? La definición del artículo 550 no se aplica al que posee en virtud de un título emanado del donador. En efecto, el donatario, aunque la donación esté sujeta á resolución, es propietario; luego transmite la propiedad al adquirente; mientras que el artículo 550 supone

1 Pothier, *De las donaciones entre vivos*, núm. 172, y la nota de Bugnet, Furgole sobre el artículo 42 de la ordenanza de 1731 (t. 5º, página 338),



que el poseedor no se ha convertido en propietario en razón de un vicio que infecta su título. ¿Debe inferirse de aquí que el tercer adquirente, cuando la resolución tiene lugar, debe restituir todos los frutos que ha percibido, porque no tiene derecho ni como propietario, se le considera como nunca lo ha sido, ni como poseedor, porque no es poseedor de buena fe en el sentido legal de la expresión? Los que no consideran al tercer adquirente como poseedor de buena fe deciden que debe aplicársele el artículo 962, es decir, que ganará los frutos percibidos hasta el momento en que se le haya notificado el nacimiento del hijo que revoca la donación. (1) Nosotros nos colocamos del lado de este parecer; pero ¿cuál es el verdadero motivo para decidir? Decir, como lo hacen, que el caso particular de condición de que se trata es de tal naturaleza que se cumple de la misma manera respecto de los terceros detentores como respecto del mismo donador, no es decir nada. El artículo 966 que se cita, nada tiene de común con los frutos; esta es una disposición enteramente excepcional concerniente á la prescripción y que, por lo mismo que es excepcional, no puede extenderse. Nosotros creemos que la razón para decidir se encuentra en los motivos por los cuales el legislador atribuye los frutos al donatario. El legislador quiere que éste los gane para que la liberalidad, en lugar de serle provechosa, no vaya á serle perjudicial. Y le perjudicaría si el adquirente tuviera que restituir los frutos; porque como vendedor, el donador debe garantizar al comprador de todo perjuicio; si el comprador debe restituir los frutos, el vendedor le debe cuenta de ellos; para que él los gane, es preciso que el comprador los gane. Síguese de aquí que el tercer detentor debe tener los mismos derechos que el donatario.

1 Demolombe, t. 20, pág. 729, núm. 801 y los autores en sentido diverso que él cita. Compárese Aubry y Rau, t. 6°, pág. 126, nota 35 y Dalloz, núms. 1,932 y 1,933.

95. ¿Qué debe decidirse de los actos de administración hechos por el donatario? ¿siguen siendo válidos después de revocada la donación? La cuestión presenta muchas dificultades, sobre las cuales insistiremos en el título del *Arrendamiento*. Por lo común se la decide diciendo que el efecto de la condición resolutoria no se aplica, en general, á los actos de administración. (1) El legislador no establece este principio; y ¿con qué derecho el intérprete había de derogar el artículo 1,183, por cuyos términos la condición resolutoria, cuando se cumple, vuelve á poner las cosas en el mismo estado que si el contrato no hubiese existido? En el caso de que se trata, hay un motivo para decidir en favor de la opinión general, y es que la ley da los frutos al donatario (art. 962); ahora bien, el que tiene el derecho de disfrutar debe tener el derecho de administrar; y ¿como había él de disfrutar si, no pudiendo él mismo ocupar las cosas donadas, no le era permitido dárselas en arrendamiento?

#### IV. De la prescripción.

96. El artículo 966 dice: "El donatario, sus herederos ó causa habientes, á otros detentadores de las cosas donadas no podrán oponer la prescripción para hacer volver la donación revocada por la supervención de hijo sino después de una posesión de treinta años, que no podrán comenzar á correr sino desde el día del nacimiento del último hijo del donador, hasta el póstumo; y esto sin perjuicio de las interrupciones, como las de derecho." Esta disposición da lugar á numerosas dificultades. Es claro que deroga el derecho común; pero ¿en qué consisten las derogaciones? Supongamos, en primer lugar, que el donatario ó sus herederos poseen las cosas donadas ¿cuál es la duración de la acción que el donador tiene contra ellos? La ac-

1 Demolombe, t. 20, pág. 730, núm. 302, pág. 490, núm. 522.



ción del donador nace del contrato, el cual á causa de la condición resolutoria en él subentendida, obliga al donatario á restituir los bienes donados. Luego la acción es personal, y dura treinta años como toda acción (artículo 2,262). No puede tratarse de que el donatario oponga la usucapión al donador, porque éste no reivindica contra aquél; ahora bien, la usucapión no puede oponerse sino á la acción de reivindicación. Por otra parte, al donatario, cuando se resuelve la acción, no tiene título; le falta la condición esencial de la usucapión.

Hasta aquí estamos bajo el dominio del derecho común. El código se aparta de él disponiendo que la prescripción de treinta años no comienza á correr sino desde el día del nacimiento del último hijo. En principio, la prescripción corre desde que el derecho nace; ahora bien, desde el momento en que sobreviene un hijo al donador, la donación queda revocada de pleno derecho, los bienes vuelven á entrar al patrimonio del donador, aunque el donatario continúe poseyéndolos; luego desde ese día el donador puede promover, y, en consecuencia, la prescripción debería correr contra él. ¿Porqué la ley no la hace correr sino desde el nacimiento del último hijo? Furgole contesta que el nacimiento de cada hijo produce una nueva causa para revocar la donación, y por consiguiente, debe borrar los efectos del lapso de tiempo que ha transcurrido entre el nacimiento del primer hijo y el del último. La razón es poco jurídica; ¿puede todavía haber una nueva causa de revocación, cuando la supervención del primer hijo ha resuelto de pleno derecho la donación, como si nunca hubiese existido? Por otra parte, estando revocada la donación, el donador puede disponer de las cosas donadas; y si puede hacerlo, por vía de donación ¿por qué no se le permite que pueda disponer de ellas por el efecto de la prescripción? Esta es una derogación del derecho común que

sólo se explica por el extraordinario favor que el legislador muestra por esta causa de revocación. (1)

97. ¿Cuál es la duración de la prescripción cuando un tercer detentor posee la cosa? Es siempre la prescripción trentenaria. Esta disposición se explica cuando se trata del adquirente á quien el donatario ha vendido ó donado la cosa; en efecto, la resolución de la donación resuelve su título; á contar desde el momento en que el hijo nace, se considera como si nunca hubiera tenido título; luego él no puede usucapir, y sólo puede prevalerse de la prescripción trentenaria. Volveremos á ocuparnos de este punto en el título de la *Prescripción*. ¿Sucede lo mismo si el adquirente á su turno vende ó dona la cosa? Tiene que contestarse afirmativamente si admite el principio que acabamos de establecer; la condición resolutoria inherente á la donación, afecta todos los derechos consentidos por el donatario á sus causahabientes; todos estos títulos caen de pleno derecho por la supervención de un hijo del donador; así, pues, todos los detentores carecen de título, y por consiguiente, no pueden emplear la usucapión; la única prescripción que puedan invocar es la de treinta años.

Hay autores que enseñan que el título, aunque resuelto, es suficiente para que el detentor pueda usucapir. En esta opinión, el artículo 966 contiene una excepción del derecho común que nada justifica. Para poner el artículo 966 en armonía con los principios generales, se ha pretendido que no se aplicaba más que á los terceros detentores sin título, lo que dejaría bajo el imperio del derecho común á los terceros adquirentes ó donatarios, los cuales podrían, por consiguiente, invocar la usucapión. Furgole parece favorable á esta opinión; dice que la ordenanza se aplica

1 Furgole sobre el artículo 45 de la ordenanza de 1731 (t. 5º, página 352). Coin-Delisle, pág. 317, núm. 1 del artículo 966. Mourlon, t. 2º, pág. 334.



á todo género de poseedores que no tienen título; de donde se infiere que no tienen un título, pueden usucapir. (1) Muy débil nos parece el argumento; Furgole ni siquiera dice de una manera formal lo que se le hace decir, y lo que se le hace decir se halla en oposición con el texto del artículo 966, que está concebido en los términos más generales, y que no distingue entre los terceros detentores que tienen un título y los que no tienen ninguno. Si los intérpretes tuvieran más respeto á la ley, se evitarían muchas controversias. ¿Se preguntará acaso cuál es la razón de la derogación del derecho común consagrada por el artículo 966? Contestamos que se explica por el favor enteramente excepcional que la ley otorga á la revocación por supervención de hijo. Queda por saber en qué consiste la excepción. Hay una excepción que no podía ponerse en duda, porque se halla escrita en la ley. El tercer adquirente emplea la usucapión desde el día en que comienza á poseer; mientras que según el artículo 966, no comienza á prescribir sino desde el día del nacimiento del último hijo. Esto trastorna todo el derecho común. El último hijo puede nacer veinte, treinta años después de que el tercero ha comenzado á poseer, es decir, después de que ha cumplido dos ó tres veces la usucapión, la cual, en esta hipótesis, de nada le servirá, supuesto que la prescripción trentenaria lo pondrá al abrigo de toda reivindicación. He aquí una profunda derogación del derecho común, que se ve uno como obligado á aceptar. ¿Por qué no admitir una derogación en lo concerniente á la usucapión? derogación que se explica, en el sentido de que en realidad los terceros detentores carecen de título.

98. El artículo 966 añade á su final: "Sin perjuicio de las interrupciones, tales como las de derecho." Esto era

1 Demante, 4<sup>o</sup>, pág. 256, núms. 110 bis 1<sup>o</sup> y siguientes. Compárese Demolombe, t. 20, pág. 747, núms. 816-818.

inútil decirlo, porque la interrupción de la prescripción es de derecho común. Furgole dice que esta disposición se agregó por prudencia, porque había autores que creían que las prescripciones introducidas por las ordenanzas corrían contra los menores. Esto, por lo menos, prueba una cosa, y es que la ordenanza pretendía de este modo mantener el derecho común en cuanto á la suspensión de la prescripción, aunque el texto no hable más que de la interrupción. Furgole lo hace notar: la palabra *interrupción*, dice, no debe tomarse en su significación propia, sino en el sentido más extenso, es decir, que abarca todos los medios que interrumpen la prescripción, sea reduciendo á la nada la posesión, sea suspendiendo únicamente el curso de la prescripción. (1) Hay que entender el artículo 966 en el mismo sentido, supuesto que no hace más que reproducir la ordenanza.

99. ¿Cuál es el efecto de la prescripción establecida por el artículo 966? A primera vista la cuestión parece singular. ¿No es el efecto de toda prescripción hacer que se adquiera la propiedad mediante una posesión más ó menos larga? Así se dice en el artículo 712, y el 2,219 lo repite. Importa poco el título con que el detentor ha poseído; aun cuando sea por usucapión, la adquisición de la propiedad no se funda en el título, y no tiene más fundamento que la posesión. Luego cuando el donatario queda en posesión después de la revocación y cuando posee durante treinta años habrá venido á ser propietario en virtud de la prescripción. Se ha sostenido lo contrario suscitando una nueva dificultad. En esta ocasión se invoca el texto. El artículo 966 dice que el donatario, sus herederos ó causahabientes, ú otros detentores de las cosas donadas no podrán oponer la prescripción para *hacer valer la donación revocada* por la supervención de hijo,

1 Furgole, sobre el artículo 45 de la ordenanza de 1731 (t. 5<sup>o</sup>, páginas 352 y siguientes). Compárese Dalloz, núm. 1,937 y Demolombe, t. 20, pág. 738, núm. 810.



sino después de una posesión de treinta años. Luego es la donación, se dice, la que se hace válida por la posesión trentenaria. Creemos nosotros que se hace decir al texto lo que no dice y lo que no puede decir. No puede tratarse de dar validez de la donación, supuesto que la ley la declara revocada de pleno derecho y decide que permanece revocada aun cuando el donatario hubiese sido dejado en posesión por el donador desde la supervención del hijo (art. 962). La ley decide, además, que las donaciones revocadas no pueden revivir ó tener de nuevo su efecto por ningún acto confirmativo (art. 964). Si el donador, agrega el artículo 964, quiere donar los mismos bienes al donatario, no puede hacerlo sino por una nueva disposición. Así es que no hay más que un medio para que el donatario adquiera los bienes á título de donación, y es que el donador le haga una nueva donación. Es difícil ser más explícito. ¿Después de haber dicho que la primera donación no podría validarse por ningún medio, el legislador habría dicho lo contrario en el artículo 966? Esto es inadmisibile. No hay razón que justifique esta inexplicable anomalía. ¿Se invocará la confirmación? El artículo 966 la rechaza, porque no puede confirmarse la nada. ¿Se invocará una nueva donación cuya prescripción dispense de volver á presentar el título? Así se ha dicho; (1) pero ¿por qué la prescripción había de dispensar al donatario de volver á representar el título? ¿Acaso la minuta no existe en la casa del notario? ¿hay una sombra de razón para que el donatario no la produzca? Se dirá que el texto, que para nosotros es la suprema autoridad, es positivo. Nosotros contestamos que las expresiones *para hacer valer la donación revocada* reciben una interpretación mucho más sencilla y más natural. El legislador acaba de decir y de repetir que la donación revocada no puede revivir; él añade que, á

1 Mourlon, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 335.

pesar de esta revocación, la donación podrá hacer que el donatario se vuelva propietario, si el donador lo deja en posesión sin proceder contra él durante treinta años; pero se cuida de decir que tal sea el efecto de la *prescripción*. (1)

100. ¿La prescripción de treinta años sigue siendo aplicable cuando la donación ha sido encubierta bajo la forma de un contrato oneroso? Anticipadamente hemos contestado á la pregunta recordando el principio que rige las donaciones encubiertas, las cuales producen los mismos efectos que las donaciones hechas por escritura; no hay más diferencia que en lo referente á la forma. La aplicación del principio á los terceros adquirentes podrá serles perjudicial, si tratan con el donatario, en la ignorancia en que están de que se trata de un bien donado. Pero esta es una consecuencia lógica de la doctrina consagrada por la jurisprudencia. Si por ello sufren los terceros, el legislador no es responsable, porque la ley ignora la teoría de las donaciones encubiertas. La jurisprudencia se halla en este sentido. (2)

101. El donador, en principio, puede reivindicar la cosa donada contra los terceros detentores. Este derecho recibe excepción cuando se trata de una cosa mobiliaria, porque no se admite la revocación para los muebles corpóreos cuando el poseedor es de buena fe. Ya hemos dicho que la máxima de que en materia de muebles la posesión equivale á título, no puede oponerse al propietario de un crédito; luego el donador puede reivindicar los créditos donados que el donatario hubiese cedido. (3)

Estando amenazado el tercer adquirente de evicción, cuando la donación queda resuelta por supervención de

1 Marcadé, t. 3º, pág. 617, artículo 966, núm. 2. En sentido contrario, Demolombe, t. 20, pág. 741, núm. 813 y los autores que él cita.

2 Denegada, 6 de Noviembre de 1832 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,923).

3 Grenier, t. 2º, pág. 177, núm. 205. Dalloz, núm. 1,938.



hijo, podrá proceder inmediatamente contra el vendedor. En efecto, á causa de la resolución al donatario se le considera como si nunca hubiese sido propietario; luego él ha vendido la cosa agena; la venta es nula y el comprador puede pedir su nulidad probando el hecho de la resolución. (1)

## CAPITULO VI.

## DE LOS TESTAMENTOS.

## SECCION I.—De la forma de los testamentos.

## § I. PRINCIPIOS GENERALES.

## Núm. 1. El código y el antiguo derecho.

102. El artículo 967 dice: "cualquier persona podrá disponer por testamento, sea con el título de institución de heredero, sea con el título de legado, sea con otra denominación cualquiera propia para manifestar su voluntad." Esta disposición deroga á un tiempo el derecho romano y el derecho consuetudinario. En los países de derecho escrito, el testamento no era válido sino cuando contenía una institución de heredero; esto era, como dicen los jurisconsultos romanos, la cabeza y el fundamento de toda disposición testamentaria, y la institución de heredero debía hacerse conforme á las formas prescriptas. Bajo el punto de vista de la forma, distinguíanse las disposiciones de última voluntad en testamentos y codicilos. El testamento era la escritura que contenía la institución de heredero. Llamábanse codicilas las escrituras que sólo contenían legados y fideicomisos.

Las costumbres partían de un principio del todo contrario. Dios sólo puede hacer un heredero, y el hombre no." En otro lugar, (t. VIII, núm. 478) hemos señalado esta máxima fundamental de nuestro antiguo derecho. De aquí,

1 Donai, 3 de Julio de 1846 (Daloz, 1876, 4, 508). Véase el t. 12 de mis *Principios*, núm. 513.

la regla recogida por Loisel y escrita en la mayor parte de las costumbres. "No há lugar á institución de heredero." La costumbre del Nivernais deduce de aquí consecuencias que distinguen profundamente las costumbres del derecho romano. No obstante la institución de heredero que se hallaba en un testamento, el heredero legítimo heredaba y quedaba investido con la sucesión. De suerte que, la institución de heredero, era ineficaz é inútil; el testamento era válido sin institución de heredero.

Guy Coquille concluía de aquí "que en países de derecho consuetudinario, no había testamentos verdaderos á guisa de los que introduce el derecho romano, según el cual ningún testamento vale si no contiene institución de heredero, y ninguna institución de heredero vale si no está hecha en testamento otorgado en la forma prescripta." ¿Por qué? "Es superfluo entre nosotros, dice Coquille, hacer distinciones de testamentos y codicilos; así es que toda clase de disposiciones de última voluntad, hechas por personas capaces y en forma probatoria, deben reputarse testamentos al efecto de nuestra costumbre." Pothier dice lo mismo: "Según nuestras costumbres, no existe ninguna diferencia entre los testamentos y codicilos, y los testamentos no son entre nosotros otra cosa que lo que el derecho romano llama codicilos." (1)

103. Los jurisconsultos de los países de derecho consuetudinario celebraban la sencillez de las costumbres por oposición á las *supersticiones romanas*. Esta es la expresión de Coquille. "Nosotros, en este país de derecho consuetudinario, no estamos sujetos á las sutilezas, fórmulas y enojosas supersticiones introducidas por el derecho romano en materia de testamentos. Y ha sido un buen discurso de nuestros predecesores el libertarnos de esta servil sujeción

1 Coquille, costumbre del Nivernais, título 33 de los *Testamentos y codicilos*; Pothier, de las *Donaciones testamentarias*, núm. 2. Troplong, t. 2º, pág. 8, núms. 1,434-1,436.