

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 afecta 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 (Daloz, 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 agena. El donador puede reservarse el usufructo (art. 949); pero este usufructo se extingue con su muerte, y desde ese instante se reúne 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 agena. (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 impedirlo. 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; Demolombe, t. 20, pág. 458, núm. 481.

tuario. 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 perece 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. 5.º, 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. 2.º, 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 perece 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. 6.º, 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).

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? Nó, 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 contratantes 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