

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. 6°, 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 95; 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.

II. *Naturaleza de la condición de retorno.*

457. El retorno condicional es una condición resolutoria expresa; luego es preciso que se estipule de una manera formal. Nunca es tácita esta condición, en el sentido de que el legislador no la presume y de que no corresponde al juez presumirla. Así, pues, no debe decirse, como se hace, que el retorno no podría fácilmente presumirse, (1) lo que supone que el juez podría presumirlo. Por otra parte, es ser demasiado severo el exigir, como lo hace la corte de Montpellier, que la condición sea expresa, si no por el término de retorno, al menos por términos *equipolentes*. La sentencia dice que el retorno es una excepción a la irrevocabilidad de las donaciones; esto no es del todo exacto, es una modalidad del contrato; ahora bien, las modalidades no deben estipularse por términos formales; basta, dice la corte de casación, que la voluntad de las partes contratantes resulte claramente de las cláusulas de la escritura. (2)

458. La aplicación del principio suscita dificultades bastante numerosas. ¿Puede inferirse el retorno por argumento *á contrario*? No, porque esto implica el silencio de las partes contratantes, lo que vendría á parar en aceptar el retorno en virtud de una voluntad presumible; ahora bien, si los términos no han de ser expresos, la voluntad por lo menos si debe serlo. En un contrato de matrimonio, el padre y la madre de la futura, le donan 2,000 francos como anticipo de herencia, y la futura se constituye una suma de 200 francos con la cláusula de que dicha suma no causará retorno en caso de prefallecimiento de la prometida. Se ha fallado que no se puede inferir de aquí que la dona-

1 Demolombe, t. 20, pág. 284, núm. 512.

2 Montpellier, 4 de Diciembre de 1835; Denegada, 28 de Junio de 1831 (Daloz, "Disposiciones," núms. 1,750 y 1,752). Compárese Coin-Delisle, pág. 257, núm. 3 del artículo 95; Aubry y Rau, t. 6°, pág. 68 y nota 3, pág. 69 y nota 6, pfo. 700.

ción de los parientes se haga con la condición de retorno. (1)

459. ¿El derecho de retorno puede resultar de la circunstancia de que la donación se ha hecho por anticipo de herencia? Hay, acerca de esta cuestión, sentencias en sentidos diversos; la jurisprudencia ha acabado por pronunciarse por la negativa, así como la doctrina. A nuestro juicio, la cuestión no es dudosa. Una donación como anticipo de herencia es una donación lisa y llana, tanto como la donación hecha por manda especial. Decir que ella implica una condición resolutoria, equivaldría á admitir una condición resolutoria tácita, lo que es contrario á la esencia del retorno. Se dice que el donativo como anticipo de herencia no se hace sino en la previsión de que el donatario sobrevivirá al donador, á cuya sucesión es llamado, y que fallando la condición, la donación debe quedar sin efecto. La corte de Montpellier contesta muy bien que una previsión no es una condición.

460. Un padre, al dotar á su hija, se reserva el derecho de retorno fallando el caso. Se pregunta si esta cláusula implica el retorno convencional, ó no hace más que recordar el retorno que tiene lugar en provecho del ascendiente donador. Se ha fallado que la cláusula que reserva el retorno no puede referirse más que al retorno convencional. (2) En efecto, si se la refiere al retorno llamado legal, la cláusula se vuelve inútil; el padre no necesita reservarse un derecho que le pertenece en virtud de la ley; y, no puede admitirse fácilmente que el donador inscriba en la escritura un derecho que se haya escrito en la ley. Y tanto menos cuanto que el retorno convencional es mucho

1 Nîmes, 14 de Mayo de 1819 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,753 y *Sucesión*; núm. 254).

2 Nîmes, 26 de Marzo de 1827 (Daloz, núm. 1,754). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 257, núm. 3 del artículo 951.

más ventajoso que el legal; y ¿con qué derecho el intérprete había de borrar la cláusula que el donador tenía interés en estipular?

461. La cuestión se vuelve dudosa cuando el padre y la madre, al dotar á su hija, se reservan el *derecho legal* de retorno, fracasando el caso. ¿Es este el retorno llamado legal del artículo 747, ó el retorno convencional del artículo 951? La corte de Pau se ha pronunciado por esta última interpretación, y nosotros creemos que ha fallado bajo el punto de vista del derecho. Desde el momento en que un derecho de retorno se reserva ó estipula en un contrato, el retorno es convencional. ¿Qué importa que las partes lo hayan llamado legal? A decir verdad, no hay retorno legal, porque el derecho de sucesión del ascendiente donador no es un derecho de retorno, sino de sucesión, y un derecho de sucesión no necesita reservarse, y existe en virtud de la ley. Para dar un sentido á la cláusula, debe, pues, interpretarse como estipulando el derecho de retorno. (1) Podrá, no obstante, suceder que ésta fuese una de las cláusulas inútiles que los notarios insertan en las escrituras por rutina ó por ignorancia. Luego siempre hay que consultar la intención de las partes.

No debe confundirse con esta cláusula aquella por la cual un ascendiente estipula que en caso de prefallecimiento del donatario sin hijo, el donador sucederá en las cosas por él donadas. Algunas sentencias pronunciadas en el antiguo derecho, han fallado muy bien, que esa cláusula no establece un retorno convencional en provecho del donador; el derecho de suceder no es un derecho de retorno. Las partes no han hecho, en este caso, más que transcribir una disposición de la ley; es una cláusula inútil, pero para

1 Pau, 12 de Agosto de 1837 y denegada, 7 de Agosto de 1839 (Daloz, núm. 1,754, 2°).

volverla útil, no se le puede substituir una cláusula del todo diferente á la del retorno convencional. (1)

462. Dicese en un contrato de matrimonio, que el padre y la madre donan, y constituyen en dote á su hijo, diversos bienes, *para el caso únicamente en que éste último sobreviviese á sus padres*. La corte de Limoges ha fallado que esta cláusula de supervivencia era una condición resolutoria para el caso en que el donatario muriese antes que el donador, y era pues, una cláusula de retorno. La corte confiesa que la cláusula de supervivencia, tal como estaba estipulada, parecía ser una condición suspensiva; pero otras cláusulas del contrato y las circunstancias de la causa, probaban que el padre y la madre habían querido transferir inmediatamente á su hijo, los bienes comprendidos en la donación; luego la condición era suspensiva, y, por lo tanto era resolutoria, (2)

463. Una viuda hace en provecho de sus dos hijos, á título de partición anticipado, donación de todos sus bienes, reservándose el usufructo de los inmuebles, y con la obligación de no poder, en vida de la donadora, enagenar, ni hipotecar dichos inmuebles. La escritura dice que la falta de ejecución de dicha cláusula acarreará de pleno derecho revocación de la donación. Uno de los donatarios prefalleció sin posteridad, legando á su mujer la nuda propiedad de los bienes comprendidos en la donación. La donadora pidió ejercer el derecho de retorno. Esta demanda fué acogida por la corte de París. ¿Cuál era el objeto de la donadora al estipular que los donatarios no podrían enagenar los bienes donados? Ella entendía que los bienes estuviesen aun en su sucesión en el caso en que ellos prefa-

1 Merlin, *Repertorio* en la palabra *Reversión*, sec. 2ª, pfo. 1ª, número 4, *Cuestiones de derecho* en la palabra *Reversión*, pfo. 3ª; Daloz, "Disposiciones," núm. 1,753.

2 Limoges, 22 de Agosto de 1846 y denegada de la sala de lo civil, 28 de Agosto de 1849 (Daloz, 1859, 1, 57).

llecen. De esto, la sentencia ha concluido, que la madre ha querido reservarse en toda su plenitud el derecho de sucesión especial del artículo 747. En seguida viene lo dispositivo que ordena que la donadora recobrará á título de retorno convencional, los bienes inmuebles que ella había donado á su hijo. (1) Nos parece dudosa la decisión. Nada se decía, en la escritura, de un derecho de retorno. ¿Es suficiente la simple prohibición de enagenar y de hipotecar? En el caso de que se trata, se comprendía esta prohibición, haciendo abstracción de todo retorno; la donadora se reservaba el usufructo, y estipulaba su prohibición de enagenar, como garantía de su goce. ¿Puede verse en estas cláusulas un convenio expreso de retorno? Si tal hubiera sido la intención de la donadora, más sencillo habría sido estipular el retorno; el donatario habría tenido el derecho de enagenar, pero sin perjuicio de los derechos de la donadora.

464. ¿Cuándo se abre el derecho de retorno? El retorno es una condición resolutoria; así pues, el derecho del donador se abre cuando la condición, tal como se ha estipulado, se realiza. ¿Se necesita que el retorno se pida judicialmente, ó la condición opera sus efectos de pleno derecho? Toullier contesta: "La revocación de la donación por causa de retorno convencional debe pedirse judicialmente, así como la revocación por falta de ejecución, ó por falta de cumplimiento de cualquiera otra condición resolutoria (art. 1,184)." (2) Esta decisión tiene por qué sorprender. En primer lugar, en caso de retorno, la ley no habla de revocación; dice que el efecto de la cláusula es que los bienes vuelvan al donador; (art. 952) no se trata de una acción judicial: La razón de esto es muy sencilla, y es que el re-

1 París, 15 de Abril de 1858 (Daloz, 1859, 2, 110).

2 Toullier, t. 3º, pág. 171, núm. 292. En sentido contrario, Daloz núm. 1,781.

torno es una condición resolutoria expresa, y, según los términos del artículo 1,183, la condición resolutoria, cuando llega á cumplirse, opera la revocación de la obligación; lo que quiere decir que la condición expresa, opera de pleno derecho. Esto es elemental. Toullier pone la condición de retorno en la misma línea que la revocación por falta de ejecución de las cargas, y cita el artículo 1,184. He aquí una nueva confusión. Cuando hay falta de ejecución de las cargas, hay condición resolutoria tácita, y el artículo 1,184 dice que en este caso el contrato no queda resuelto de pleno derecho. Luego se necesita una acción judicial. Citar el artículo 1,184 como que establece un principio aplicable á toda condición resolutoria, es hacer decir á la ley todo lo contrario de lo que dice. ¿Cómo es que el nuevo editor de Toullier, Duvergier, tan excelente juriscónsulto, ha podido dejar pasar semejantes errores sin corregirlos?

465. Sin duda que si el donatario se niega á devolver los bienes, el donador debe proceder judicialmente. ¿Pero pedirá él el retorno? El no puede pedir lo que está ya verificado; los bienes han vuelto de pleno derecho á su dominio, y él los reivindica. Importa poco que los bienes sean poseídos, que el donatario los posea ó un tercer adquirente. En todos los casos, él tiene la acción de reivindicación, que dura treinta años. ¿Los terceros adquirentes podrán oponerle la usucapión? Sin duda que si, supuesto que el donador procede contra ellos por una acción de reivindicación. ¿Cuándo comenzará á correr la prescripción? ¿desde el día de la venta? ¿ó desde el día de la apertura del derecho de retorno? La dificultad está en saber si el artículo 2,257, que suspende la prescripción para los créditos condicionales, se aplica á todo derecho condicional, aun cuando los terceros poseyesen con título y de buena