

te del artículo 5 de la ordenanza. ¿Qué resulta de esto? Que la donación no puede ya aceptarse á nombre del donatario sin mandato, ni siquiera en los términos de la ordenanza. En efecto, el artículo 933 dice que la aceptación *debe* hacerse por el donatario ó en su nombre por la persona encargada de su procuración; lo que excluye la aceptación por un tercero que no tuviere mandato. Este argumento, sacado del silencio de la ley, no tendría gran valor si se tratara de una materia regida por el derecho común; pero en materia de donaciones, todo es de derecho estricto y de estricta interpretación. Por otra parte, el silencio de la ley tiene cierta importancia cuando se ponen en parangón el artículo 933 y el artículo 5 de la ordenanza. Nuestra conclusión es que la donación no puede ser aceptada sino por el donatario ó en su nombre por un mandatario (1).

242. La procuración á efecto de aceptar debe celebrarse ante notarios (art. 933). Se comprende esta derogación del derecho común (art. 1,985), la cual es una consecuencia lógica de la solemnidad de la escritura; es fuerza que el consentimiento del donatario tanto como el del donador conste en la forma auténtica, porque de lo contrario, según la teoría de la ley, no existe el consentimiento. El artículo 933 agrega: "Se deberá agregar una *copia* á la minuta de la donación, si la minuta de la aceptación que se haya celebrado es escritura separada." ¿Debe concluirse de esto que la procuración debe recibirse en minuta? Difícil es dar otro sentido á la ley; pero para que haya una copia de una procuración auténtica es preciso que la procuración se reciba en minuta. En vano se dice que el texto *supone* únicamente que hay una minuta, pero que *supo*

1 Compárese Durantón, t. 8º, pág. 461, núm. 425; Coin-Delisle, pág. 197, núms. 1 y 2 del artículo 933; Vazeille, t. 2º, pág. 233, número 1 del artículo 933. Demante, t. 4º, pág. 174, núm. 72 bis.

ner no es *disponer*. Esto es cierto, en general; pero aquí debe darse otro sentido á la palabra *copia*, porque no se le puede borrar del código, y equivaldría á borrarlo decir que el original se anexe á la escritura. Esta interpretación rigurosa, está, por otra parte, en el espíritu de la ley; una ley que quiere restringir las donaciones y estorbarlas debe interpretarse de un modo restrictivo (1). La procuración debe ser además especial, es el sentido de que debe expresarse que hay poder para aceptar la donación hecha, ó un poder general para aceptar las donaciones que se hubiesen hecho ó que pudieren hacerse. Siguese de aquí que no sería suficiente una procuración general; ésta es una nueva traba, porque como la donación es un beneficio que no impone ninguna obligación al donatario, no había ninguna razón para exigir un poder especial, el cual no está prescrito por la ley sino cuando se trata de enagenación (art. 1,988); y, lejos de enagenar, el donatario adquiere, y adquiere á título gratuito.

II. De la donación hecha á una mujer casada.

243. "La mujer casada, dice el artículo 934, no podrá aceptar una donación sin el consentimiento de su marido, ó en caso de que éste rehuse, sin autorización judicial, conforme á lo prescrito en los artículos 217 y 219." Como la ley remite á los artículos 217 y 219, debe concluirse que mantiene los principios generales. Siguese de aquí que la autorización no debe darse por escritura auténtica; basta con un escrito. La misma autorización tácita debe aceptarse cuando el marido es parte en la escritura. Luego la mujer no necesita de una autorización especial cuando el marido es donador (2).

1 Los autores están divididos. Véanse las citas en Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,457 y en Demolombe, t. 20, pág. 159, núm. 161).
2 Compárese Donai, 6 de Agosto de 1843 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 111 y 14); Durantón t. 8º, pág. 460, núm. 434.

244. Pregúntase si el marido puede aceptar á nombre de su mujer. Pothier contesta, sin manifestar duda alguna, "que teniendo el marido el arrendamiento, gobierno y administración de la persona y de los bienes de su mujer, síguese que puede aceptar una donación que se le hace (1) Se ha fallado lo contrario, porque el poder que la ley otorga al marido, no llega hasta adquirir á nombre de su mujer, ni obligarla sin su concurso; la sentencia agrega que la aceptación del marido no vendría á ser válida sino cuando la mujer la hubiese ratificado. (2) Este último punto concierne á una cuestión que acabamos de tratar (núm. 241). En cuanto al derecho del marido, creemos que debe distinguirse. En principio, es claro que el marido no tiene ninguna calidad para adquirir á nombre de su mujer, ni para obligarla. ¿Pero los convenios matrimoniales no pueden darle ese poder? Pothier supone que los esposos están casados bajo el régimen de la comunidad; en este régimen, las donaciones mobiliarias son como las sucesiones mobiliarias, recaen en el activo de la comunidad; el marido, como jefe de la sociedad, es cesionario de los derechos de la mujer; se admite que en esta calidad él puede aceptar las sucesiones mobiliarias que corresponden á la mujer, por más que no sea heredero; por la misma razón, hay que reconocerle el poder de aceptar las donaciones mobiliarias, por más que no sea donatario. Si la donación es inmobiliaria, el marido no tiene ninguna calidad para aceptar; en este caso, puede decirse con la corte de Bourges, que el marido no puede adquirir por su mujer ni obligarla. Las razones que da Furgole en pro de la opinión que reconoce al marido un poder general de aceptar,

1 Pothier, *Costumbre de Orleans*, Introducción al título 15, núm. 35. Compárese Furgole *Cuestión 4.ª sobre las Donaciones* (t. 6.º, pág. 27).

2 Bourges, 24 de Enero de 1821 (Daloz, "Disposiciones," número 1,467).

son de una debilidad que asombra. Dé que los cónyuges son una misma carne, según las Santas Escrituras, ¿se podrá inferir que el marido no puede consentir á nombre de la mujer?

III. De la donación hecha al menor no emancipado.

245. "La donación hecha á un menor no emancipado deberá ser aceptada por su tutor, conforme al artículo 463;" (art. 935) y, según los términos de dicho artículo, "la donación hecha al menor no podrá ser aceptada por el tutor sino con la autorización del concejo de familia." Se ha concluido de la palabra *deberá*, de que se sirve el artículo 935, que es una obligación para el tutor aceptar, en el sentido de que si el concejo de familia autoriza la aceptación, el tutor está obligado á hacerlo, so pena de comprometer su responsabilidad. El principio es claro, pero no resulta del artículo 935; todo lo que la ley pretende arreglar, son las condiciones de la aceptación; debe hacerse con la autorización del concejo de familia. De esto hemos dado la razón en el título de la *Tutela* (véase t. V, núm. 79).

246. "El padre y la madre del menor, ó los otros ascendientes, aun viviendo los padres, y aun cuando no sean tutores del menor, pueden aceptar por éste." Esta disposición del artículo 935 está tomada de la ordenanza de 1731. El uso la había introducido para venir en auxilio de los menores que no tenían tutores ó cuyos tutores no atendían á sus intereses; se consideró el parentesco como una procuración suficiente para aceptar liberalidades ventajosas á los hijos. Este uso fué consagrado por la ordenanza y reproducido por el código civil. Encontró, no obstante, una oposición bastante viva en el concejo de Estado. Se objetaba que era superior al padre el permitir á los ascendientes que aceptaran, siendo que el padre habría tenido buenas razones para rehusar. Se contestó, y la respuesta era

todavía más injuriosa, que el padre podría rehusar por coacción, si era heredero del donatario. (1) Creemos nosotros que el legislador no debería permitirse fácilmente tales suposiciones.

La ley da á los ascendientes el derecho de aceptar sin sujetarlos á que pidan la autorización del concejo de familia; el concejo no interviene sino cuando el tutor procede: y, los ascendientes proceden en razón del derecho que les da la sangre. (2) ¿Que debe decidirse si el padre es tutor? ¿Necesitaría una autorización? Si figura en la escritura como tutor, sí; si como ascendiente, no. Muy singular es esto; pero según la sutileza del derecho, no tiene nada de dudoso. (3)

La madre puede aceptar sin autorización de su marido. Hay para esto una razón decisiva: la madre interviene á nombre del hijo y como su mandataria, y la ley es la que le confiere dicho mandato; por lo mismo, ella no necesita de una autorización; al darle la ley un mandato, le da por lo mismo poder para llevarlo á cabo. (4) Es inútil insistir, porque todos están de acuerdo.

247. ¿Se debe limitar el poder de los ascendientes en el caso en que la donación se haga sin cargas? Así se ha sostenido fundándose en el espíritu de la ley. (5) Claro es que el legislador no ha pretendido autorizar á los ascendientes á que comprometan á los menores. ¿Pero el texto de la ley permite que se haga esta distinción? No lo creemos. El ar-

1 Coin-Delisle, pág. 200, núm. 5 del artículo 935. Sesión del concejo de Estado de 12 ventoso, año XI, núm. 21 (Loché, t. 5°, página 251).

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos núm. 36 (Loché, t. 5°, pág. 325). Denegada, 25 de Junio de 1812 (Dalloz, *Minoría*, número 502).

3 Compárese Coin-Delisle, pág. 203, núm. 16; Demolombe, t. 20, pág. 174, núm. 183.

4 Pothier, *Costumbre de Orleans*, Introducción al título 15, núm. 34. Aubry y Rau, t. 5°, pág. 458, nota 2. Dalloz, "Disposiciones," número 1,485; Demolombe, t. 20, pág. 179, núm. 189.

5 Demante, t. 4°, pág. 180, núm. 174 bis 2°

título 935 coloca en la misma línea la autorización del tutor y la de los ascendientes; luego debe decidirse que estos últimos tienen el mismo poder que aquél; lo que decide la cuestión.

« Sucede lo mismo con todas las restricciones que se han querido poner al ejercicio del derecho con que la ley dota á los ascendientes; la generalidad del texto no admite ninguna. ¿Puede aceptar la madre, viviendo el padre ó rehusándose éste? ¿Tienen los ascendientes este derecho si el padre y la madre viven ó si rehusan? La afirmativa no permite duda alguna, á pesar de algunos disentimientos sobre los cuales es inútil detenerse. En este punto, el texto se halla en armonía con el espíritu de la ley. Precisamente con motivo del conflicto que podía surgir entre los ascendientes llamados á aceptar, es por lo que este poder fué combatido en el cocejo de Estado; luego el conflicto fué previsto y aceptado: el interés del hijo es lo que domina. Hay que prescindir de los principios que rigen la patria potestad. El mandato dado á los ascendientes no es un acto de potestad, sino un derecho que la ley les atribuye en razón de los vínculos de la sangre, y, por lo tanto, un derecho individual del que cada cual usa como le ocurre. (1)

Se han prevalido de los inconvenientes que presenta la aceptación de un ascendiente, cuando el padre se niega á aceptar; para sostener que el padre podría pedir la nulidad de la aceptación. (2) Esto nos parece contrario á todos los principios. No hay nulidad sino cuando un acto viola la ley. Y, en el caso de que se trata, el acto se ha hecho para ejecutar la ley; el ascendiente ha hecho lo que tenía dere-

1 Duranton; t. 8°, pág. 482, núms. 438 y 439. Demante, t. 4°, página 182 núm. 74 bis 6°. Coin-Delisle, pág. 201, núm. 8 del art. 935.

2 Furgole, *Cuestión 3ª sobre las Donaciones*, núm. 27 (Obras, t. 6°, pág. 27). Coin-Delisle, pág. 201, núm. 10 del artículo 935. Demolombe, t. 20, pág. 180, núm. 190. Dalloz, núm. 1,487.

cho á hacer; y se anularía un acto hecho conforme á la ley, al que ésta, en consecuencia, debe su sumisión y el apoyo de su autoridad! En vano se objeta que la donación pudiera ser onerosa para el menor, y hasta universal. La objeción se dirige al legislador, que ha dado pleno poder á los ascendientes, y que no ha abierto ningún recurso contra el ejercicio de dicho poder.

Distinta es la cuestión de saber si la aceptación dada por el padre ó por la madre sería válida en el caso en que el ascendiente tiene intereses opuestos á los del menor. En este caso, se aplica al ascendiente el principio que no permite al tutor que proceda cuando sus intereses se hallan en oposición contra de su pupilo; esto no es más que el viejo adagio *nemo potest esse auctor in rem suam*. La ley quiere que el subrogado tutor intervenga para resguardar los intereses del menor. Respecto de los ascendientes, no hay subrogado tutor; pero el principio sigue siendo el mismo. Se ha fallado que cuando el padre y la madre hacen una donación á sus hijos, la madre no puede aceptar la donación hecha por el padre si sus intereses se hallan en oposición con los donatarios, y que, por consiguiente, la aceptación es nula. (1)

248. ¿El artículo 935 se aplica á los padres naturales? En el antiguo derecho, Furgole enseñaba que los padres naturales tenían la facultad de aceptar las donaciones hechas á sus hijos, por más que la ordenanza de 1731, lo mismo que el código civil no hablase más que de los ascendientes legitimarios. En efecto, hay analogía completa; el vínculo de la sangre es el mismo, el cariño el mismo; luego debe ser la misma la decisión. Hay, además, otro motivo para decidirlo así, y es que con frecuencia los hijos naturales no tienen tutor; la tutela de estos infelices es objeto de controversia, como todo lo que á ellos se re-

1 Lyon, 24 de Junio de 1868 (Daloz, 1868, 2, 177).

fiere; importa, pues, que encuentren protección en sus padres. En cuanto á los demás ascendientes el artículo 935 no puede aplicarse, supuesto que no hay vínculo de parentesco entre ellos y el hijo natural. Se objeta que los efectos legales inherentes á la familia legítima no pueden extenderse al parentesco natural, á menos que la misma ley haga esa aplicación (1). No admitimos este principio sino cuando la ley concede una ventaja al parentesco legítimo; pero cuando se trata de una protección que la ley quiere asegurar al hijo, ¿por qué no asimilar los hijos naturales á los legítimos?

249. ¿Si el representante legal del menor, tutor ó padre, le hace una donación, quién aceptará? No puede ser el donador, y Furgole da para ello una razón perentoria: es imposible que la misma persona figure en el mismo acto como donador y como representante del donatario (2) Se ha fallado, en este sentido, que el menor que recibe una donación de su padre, no puede válidamente aceptarla con la autorización de éste, porque esto equivaldría á una aceptación hecha por el donador, de donde resultaría que no habría más que una sola persona en el contrato. Este es todavía el caso de aplicar el principio *nemo potest esse auctor in rem suam*.

Acerca de este punto, todos están de acuerdo; pero hay disentiimiento sobre la cuestión de saber quién aceptará, en este caso, la donación. Hay autores que reconocen este derecho al subrogado tutor, con tal que esté autorizado por el concejo de familia. Esto es muy dudoso. El subrogado tutor no tiene derecho á proceder sino cuando los intereses del tutor se hallan en oposición con los de su pupilo. Se pretende que este conflicto existe en el caso de que se trata, supuesto que la donación despoja á uno y en-

1 Demante, t. 6º, pág. 184, núm. 74 bis 8º

2 Furgole sobre el artículo 7 de la ordenanza (t. 5º, pág. 68).

riquece al otro. (1) Contestamos nosotros que no podría haber oposición de intereses en un contrato que no es interesado. Para legitimar la intención del subrogado tutor, se dice que la subrogada tutela ha sido organizada para dar al menor un representante en todos los casos en que el tutor no puede representarlo (2) Esto no es exacto; es por el contrario ese principio que cuando no hay oposición de intereses entre el tutor y su pupilo, el subrogado tutor no tiene calidad para promover, á menos que le dé este derecho una disposición expresa (3). Si el subrogado tutor no tiene calidad, debe decidirse con Furgole que la donación deberá ser aceptada ó por un ascendiente ó por un tutor *ad hoc*. (4)

Si el padre y la madre fueran donadores, nada impediría que uno de ellos aceptase la donación hecha por el otro, porque el padre no es donador de los bienes donados por la madre y recíprocamente; así, pues, cada uno tiene dos calidades distintas, y, en consecuencia, cada uno puede aceptar como ascendiente la donación hecha por su cónyuge (5).

Existe un caso último que no está previsto por la ley. Se puede hacer una donación á un hijo concebido, y ¿quién la aceptaría? Su representante legal, el padre, la madre ó otro ascendiente. No habría lugar á hacer intervenir al curador de vientre, como algunos lo han propuesto, porque esta misión es del todo especial. (6)

IV. Del menor emancipado.

250. "El menor emancipado podrá aceptar con la asis"

1 Demante, t. 4º, pág. 182, núm. 74 bis 4º

2 Demante, t. 4º, pág. 182, núm. 74 bis 4º

3 Véase el t. 5º, núm. 110.

4 Furgole sobre el artículo 7 de la ordenanza de 1731 (t. 5º; página 68). Rouen, 26 de Febrero de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 26).

5 París, 23 de Junio de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10).

6 Coin-Delisle, pág. 207, núm. 2 del artículo 935, Dalloz, número 1,489. Demolombe, t. 20, pág. 186, núm. 200.

tencia de su curador." (art. 935). ¿Se necesita, además, la autorización del concejo de familia? No, porque la ley no lo exige (t. V., núm. 225). El artículo 935 añade que los padres y los demás ascendientes tienen el derecho de aceptar por el menor emancipado. Luego debe aplicarse lo que acabamos de decir del menor no emancipado (núms. 246 y 247).

Si el padre curador fuese al mismo tiempo donador, no podría asistir al donatario; si lo hiciera, la asistencia sería nula; y, en consecuencia, la aceptación así como la donación. La corte de Bruselas así lo ha fallado. (1) Esto es riguroso, pero en materia de donaciones todo es de rigor; no hay donación sin aceptación, no hay aceptación cuando no se hace con las formalidades y con las condiciones determinadas por la ley.

V. De los incapacitados y de las personas puestas bajo concejo.

251. Los incapacitados se asimilan á los menores; el artículo 935 mantiene ésta asimilación en su primera disposición; el tutor acepta las donaciones hechas al incapacitado, con autorización del concejo de familia. ¿Debe también aplicarse á los incapacitados la segunda disposición del artículo 935 que permite á los ascendientes de los menores que acepten por ellos? La cuestión es controvertida, ya que el código la decide. El artículo 935 establece desde luego una regla general aplicable á los menores y á los incapacitados; y en seguida organiza un modo especial de aceptación en lo concerniente á los menores; y por el sólo hecho de que es una excepción, debe restringirse á los términos precisos de la ley. El silencio de la ley es tanto más significativo cuanto que los autores del código tenían á la vista la ordenanza de 1731 que mencionaba expresamente

1 Bruselas, 26 de Enero de 1850 (*Pasjerisja*, 1850, 2, 61) y Dalloz, 1853, 5, 168).