

todavía más injuriosa, que el padre podría rehusar por codicia, 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. 5º, página 251).

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos núm. 36 (Loché, t. 5º, pág. 325). Denegada, 25 de Junio de 1812 (Daloz, *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. 5º, pág. 458, nota 2. Daloz, "Disposiciones," número 1,485; Demolombe, t. 20, pág. 179, núm. 189.

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

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

2 Furgole, *Cuestión 3ª sobre las Donaciones*, núm. 27 (Obras, t. 6º, pág. 27). Coin-Delisle, pág. 201, núm. 10 del artículo 935. Demolombe, t. 20, pág. 180, núm. 190. Daloz, 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 ú 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 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 61) y Dalloz, 1853, 5, 168).



á los incapacitados; al no reproducir la disposición de la ordenanza concerniente á los incapacitados, su intención ha debido ser el hacer una deferencia entre los incapacitados y los menores. Se objeta que esto era inútil, porque es un principio que "las leyes sobre las tutelas de los menores se aplican á la tutela de los incapacitados y que el incapacitado sea asimilado al menor respecto de su persona y de sus bienes." ¿Pero los términos nocivos del artículo 509 que acabamos de transcribir no hablan en contra de los que les invocan? Si el incapacitado es asimilado al menor, es como incapáz; y aun así hay diferencias. Ahora bien, el artículo 935 nada tiene de común con la incapacidad del incapacitado, en tanto que autorice á los ascendientes á que acepten; es éste un poder excepcional fuera de la tutela, poder que se otorga á los ascendientes por motivos que casi no son aplicables á los incapacitados; ¿puede suponerse que un incapacitado no tiene tutor? ¿Se puede suponer que el tutor no quiera aceptar porque su interés se halle en conflicto con el del incapacitado? (1)

252. Los pródigos y los pobres de espíritu pueden aceptar las donaciones que se les hacen sin estar asistidos de su concejo. Esto no es más que la aplicación del principio que rige su incapacidad (t. 5º, núm. 370); pueden ellos ejecutar todos los actos que no les prohíbe la ley, y ésta no les prohíbe que acepten una donación. El principio implica, no obstante, una restricción; cuando la donación contiene cargas, hay que ver si la persona colocada bajo concejo es capaz de consentirlas; si la carga consistiera en una enagenación, el pródigo ó el pobre de espíritu no podrían aceptar la liberalidad sino con asistencia de su concejo.

1 Demante, t. 4º, pág. 183, núm. 84 bis 7º; Marcadé, t. 3º, página 562, núm. 4 del artículo 935; Demolombe, t. 20, pág. 182, núm. 192, Dalloz, núm. 1,495. En sentido contrario, Duranton, t. 8º, pág. 484, núm. 442; Coin-Delisle, pág. 202, núm. 14 del artículo 935.

### VI. De los sordo-mudos.

253. "El sordo-mudo que sepa escribir podrá él mismo oceptar ó por medio de apoderado. Si no sabe escribir, se podrá hacer la aceptación por un curador nombrado á este efecto (art. 936). Cuando el sordo-mudo sabe escribir, puede manifestar su voluntad por un escrito en el cual declare que acepta la donación. Si esta declaración se hace cuando la donación ¿debe el notario tirar una escritura, ó basta con un documento privado hecho por el donatario? La ley no se explica acerca de este punto, y como no se puede aumentar el rigor de la ley en materia de solemnidades, debe decidirse que la declaración escrita por el sordo-mudo es suficiente, pero el notario debe hacer mención de esto en la escritura de donación á fin de hacer auténtica la aceptación. Si el sordo-mudo no sabe escribir suficientemente para hacer su declaración, se debe proceder á hacer el nombramiento de un curador por el concejo de familia; el curador será el que acepte por él. (1)

254. El código no prevee el caso en que el sordo-mudo, á la vez que no sabe escribir, puede expresar su voluntad por el lenguaje de las señales; esa maravillosa invención que permite desenvolver las facultades intelectuales de los desdichados á quienes parecía que la naturaleza condenaba á un absoluto aislamiento. Si la cuestión pudiera decidirse según los principios generales, habría que permitir al sordo-mudo que aceptara por signos. En los contratos que no son solemnes, esta decisión no sufre ninguna dificultad. No sucede lo mismo con la donación; la ley no se conforma con el consentimiento, sino que quiere una aceptación solemne; he aquí por qué entra ella en los minuciosos pormenores que acabamos de exponer. Ahora bien, el lenguaje de los signos es suficiente para manifestar el

1 Coin-Delisle, pág. 208, núms. 1-5 del artículo 936. Dalloz, números 1,492-1,494; Demolombe, t. 20, pág. 162, núms. 166 y 167.



consentimiento; pero no constituye la aceptación en *términos expresos* que la ley requiere para la existencia de la donación. Siguese de aquí que el sordo-mudo que no sabe escribir, debe estar representado por un curador. En vano se objeta que el sordo-mudo puede donar por signos, y que sería absurdo negarle la facultad de aceptar por medio de signos. Hay absurdo bajo el punto de vista de los principios generales, y no lo hay en la teoría de los contratos solemnes. La ley exige una aceptación en *términos expresos*; lo que implica la necesidad de una declaración verbal hecha por el donatario y comprobada por el notario. Pero la ley no dice que el donador debe manifestar su voluntad por medio de palabras. Esto es arbitrario, sea; pero no es todo arbitrario cuando se trata de solemnidades que no tienen fundamento racional? (1)

*VII. De los establecimientos de utilidad pública.*

255. "Las donaciones hechas en provecho de los hospicios, de los pobres de una comuna ó de establecimientos de utilidad pública, serán aceptados por los administradores de estas comunas ó establecimientos, después de haber sido debidamente autorizados. (art. 937)." Nosotros hemos expuesto esta importante materia en otro pasaje de la obra (t. XI, núms. 281-299.)

*Núm. 3. Efectos de la aceptación.*

*I. Efectos de la aceptación regular.*

256. Cuando se hace la aceptación en las formas y las condiciones prescriptas por la ley, liga al donatario tanto como el donador. Esto equivale á decir que la donación es perfecta é irrevocable, salvo la necesidad de la notificación, si la aceptación es posterior á la escritura de dona-

1 Tal es la opinión común, salvo el disentimiento de Aubry y Rau, t. 5º, pág. 462 y nota 12). Véase Dalloz, núm. 1,494 y Demolombe, t. 20, pág. 163, núm. 168.

ción. Prescindimos, por de pronto, de la notificación. El principio, tal como acabamos de formularlo, es controvertido. No es este el lugar de exponer la controversia, porque se refiere á una cuestión más general, la de saber si los incapaces pueden atacar los actos ejecutados por sus representantes legales dentro de los límites de las atribuciones y conforme á la ley. La dificultad se presenta sobre todo para los menores, y la discutiremos en el título de las *Obligaciones*. A nuestro juicio, la decisión no es dudosa, todo acto conforme con la ley es válido y debe mantenerse. ¿Cómo el legislador había de permitir que se anularan actos que se han hecho conforme á esas prescripciones? En vano se invoca el interés de los incapaces; éste se halla garantido por las formas mismas que el legislador establece para protegerlos. Y si, apesar de la observancia de dichas formas, los incapaces experimentan un perjuicio, tienen una acción de responsabilidad contra sus representantes legales; ir más lejos, equivaldría no sólo á violar los principios, sino además comprometer los intereses de los incapaces á fuerza de querer asegurarlos, porque nadie podría contratar con ellos con seguridad; de suerte que los terceros, ó no tratarían con los incapaces, ó no tratarían sino con condiciones onerosas.

La aplicación de estos principios á la aceptación de las donaciones no permite ninguna dificultad, porque tenemos textos formales precisamente en lo relativo á los menores. Después de haber dicho que la donación hecha al menor no podrá ser aceptada por el tutor sino con la autorización del concejo de familia, el artículo 463 agrega: "Ella tendrá, respecto del menor, el mismo efecto que respecto al mayor." Este artículo consagra el principio que acabamos de formular. El menor cesa de ser incapaz cuando las formas protectoras prescriptas por la ley se han observado.