

restitución." (1) No puede explicarse la disposición de la ordenanza sino por una controversia que antiguos autores ~~habían~~ suscitado para dar á los menores á pesar de los principios, un derecho que la naturaleza de las cosas les niega. Furgole se ha tomado el trabajo de refutar las razones malas que se deban en apoyo de una opinión insostenible. En nuestros días, sería inútil el debate. Pasamos adelante.

261. El artículo 942 agrega: "Salvo su recurso contra los tutores ó maridos si fracasa, y sin que la restitución pueda tener lugar en el caso mismo en que dichos tutores y maridos se hallasen insolventes." Es por error por lo que la ley da un recurso á la mujer contra su marido por falta de aceptación; el marido no tiene derecho de aceptar; y cómo había de ser responsable por no haber hecho lo que no tenía derecho á hacer? El error ó la inexactitud proviene de que la ley ha confundido en un mismo artículo la falta de aceptación y la falta de transcripción. En nuestra opinión, el marido tiene el derecho de aceptar las donaciones mobiliarias hechas á la mujer común en bienes. Pero la falta de aceptación no puede dar lugar á un recurso contra él; tiene derecho á rehusar, su denegación no compromete los intereses de la mujer; porque ésta sigue siendo donataria, y puede, en consecuencia, aceptar. Si el marido se negase á autorizarla, ella podría dirigirse á la justicia.

En principio no puede haber recurso sino contra aquellos que, encargados de aceptar por los incapaces, descuidan el hacerlo. Tales son los tutores. Se funda este recurso en el artículo 935, por cuyos términos la aceptación *debe* hacerla el tutor del menor donatario; (2) pero esta disposición recibe, además, otra interpretación, según lo

1 Pothier, "De las donaciones entre vivos," núm. 51. Compárese Furgole sobre la ordenanza de 1731, artículo 14 y 32.

2 Coin-Delisle, pág. 200, núm. 1 del artículo 935. Dalloz, número 1,510. Demolombe, t. 20, pág. 191, núm. 209.

dijimos ya (núm. 245). La verdadera base de la acción que pertenece al menor está en el principio general establecido por el artículo 450: "el tutor representa al menor en todos los actos de la vida civil, y es responsable de los daños y perjuicios que pudieran resultar de una mala gestión." Ahora bien, realmente es administrar como mal padre de familia el no cuidar en que sea aceptada la donación hecha al pupilo; así, pues, cuando él tarde en convocar al concejo de familia; cuando tarde, además, en aceptar después de que para ello haya sido autorizado, será responsable del perjuicio que cause al menor, si por falta de aceptación, la donación se queda ineficaz, ó si la aceptación no tiene lugar sino después de la revocación de la donación.

262. Del artículo 942 siendo como es, la aplicación de un principio general, debe concluirse que la misma responsabilidad incumbe á todos los que están encargados de aceptar á nombre de los incapaces ó de asistirlos. Tales son los curadores de los menores emancipados. En otro lugar, (tomo 5.º, núm. 194) hemos establecido que están ellos sometidos á la regla general de la responsabilidad; si se niegan á asistir al menor y si su denegación constituye una falta de donde nace un perjuicio, el menor tendrá un recurso contra ellos. Lo mismo sería del subrogado tutor, en la opinión que le impone la obligación de aceptar, cuando el tutor es donador; en nuestra opinión, quien debe aceptar es un tutor *ad hoc*; luego éste será el responsable si no acepta. La misma solución se aplica al caso en que se nombra un curador para aceptar una donación hecha á un sordo-mudo anafabético.

Sobre todos estos puntos no hay duda alguna. Se admite también que los ascendientes no son responsables de la falta de aceptación; la ley les da el derecho, pero no les impone la obligación de aceptar; y, el que tiene derecho

de abstenerse, no puede ser declarado responsable cuando no procede. (1) En cambio, los que ejercen un derecho que la ley les concede son responsables cuando hacen un uso malo de dicha facultad; esto no es más que la aplicación del principio general que resulta del artículo 1382. Luego es preciso decidir que los ascendientes serían responsables si hubieran aceptado una donación que es perjudicial al menor, á causa de las cargas inherentes. En la opinión general, se declara nula esta aceptación; á nuestro juicio, es más jurídico mantener una aceptación que es conforme á la ley, salvo el hacer responsable al ascendiente por el uso malo que hizo de su derecho (núm. 247).

¿Qué debe decidirse del tutor que hace una donación á su pupilo? ¿del padre que hace una donación á su hijo? Déjase entender que no puede declarárseles responsables porque no hayan aceptado, supuesto que no tienen el derecho de aceptar. Pero como representantes legales del menor, están encargados de velar por sus intereses; luego deben procurar que se nombre un tutor *ad hoc* que acepte la donación. Si no lo hacen y si su inacción causa un perjuicio al menor, ¿serán responsables? Reina gran incertidumbre en la doctrina acerca de este punto. (2) Un punto sí nos parece claro, y es que la circunstancia de que el padre ó el tutor son donadores no los libre de la responsabilidad que les incumbe en calidad de administradores legales del menor; de que ellos hayan querido conferirle un beneficio, ciertamente que no puede inferirse que no son responsables cuando, por su culpa, el menor no se aprovecha de dicho beneficio. Toda falta compromete su

1 Tal es la opinión general (Daloz, núm. 1,513; Demolombe, tomo 20, pág. 191, núm. 212).

2 Véase en sentido diverso, los autores citados por Demolombe, cuya opinión se aproxima más á la nuestra (t. 20, pág. 191, número 214) por Daloz, núm. 1,512, y por Aubry y Rau, t. 5^o, pág. 460, nota 8.

responsabilidad, pero la dificultad está en saber cuando hay culpa, y acerca de esto hay dudas serias. Supongamos que el padre haga una donación á su hijo; como donador, él puede revocar hasta que tenga lugar la aceptación; él no es responsable cuando revoca, supuesto que la revocación es el ejercicio de un derecho. He aquí una de las fases de la cuestión. Hay otra que parece conducir á una solución diametralmente contraria. El donador es el representante legal del donatario; como tal, debe cumplir inmediatamente las formalidades prescritas para la aceptación; si no lo hace, es responsable. Dos principios están en conflicto, el derecho de revocación y la responsabilidad por falta de aceptación: ¿quién predominará? ¿ó hay medio de conciliarlos? Creemos nosotros que, en el caso que acabamos de formular, el padre no es responsable si revoca sin convocar al consejo de familia ó aun despues de haberlo convocado. En tanto que no se acepta la donación, no existe; luego el donador tiene el derecho absoluto de revocarla; es imposible que el ejercicio de este derecho comprometa su responsabilidad. No hay responsabilidad sino en donde hay culpa; y, ¿puede decirse que la hay por parte del donador en no hacer aceptar la donación, cuando él tiene derecho de revocarla?

Hay otra hipótesis en la cual la responsabilidad del padre donador estaría comprometida. Muere sin haber hecho nombrar á su tutor *ad hoc*, ó lo que viene á ser lo mismo, despues de haber aceptado la donación á nombre del menor; siendo nula esta aceptación, no lega al donador; luego no hay donación. A la muerte del donador sus herederos rehusan ejecutar la liberalidad, ó reivindican los bienes donados. ¿No tendrá contra ellos el donatario un recurso que neutralice su acción? No vacilamos en contestar afirmativamente. Hay sentencias en este sentido. En el caso de que se trata, el donador no ha usado del de-

recho de revocación; su intención era, al contrario, mantener la donación; por lo mismo debía cuidar de que fuese debidamente aceptada; si no lo hace, es responsable. Cesa de haber conflicto entre el derecho de revocar y la obligación de responder por la falta de aceptación; la obligación es la única que entra en juego, y, por lo mismo, hay que aplicar el principio del artículo 1,382 consagrado por el artículo 942. El hijo donatario tendrá, pues, un recurso contra el donador ó contra sus herederos; es decir, que éstos no pueden prevalerse de la falta de aceptación en el sentido de que si la donación no se ha ejecutado todavía, deberán una indemnización igual á los bienes donados: y si se ejecuta la donación, no pueden reivindicar, porque el que debe garantía no puede despojar.

263. El artículo 942 dice que los menores tendrán un recurso contra sus tutores si *fracasan*. En el título de las *Obligaciones*, diremos cuáles son los requisitos para que haya responsabilidad; se pueden resumir en dos palabras: es preciso que haya culpa y daño. ¿Cuál es el grado de culpa que la ley exige en materia de delitos y de cuasi-delitos? Remitimos el examen de esta cuestión al título que es el asiento de la materia.

§ IV.—DE LA NOTIFICACIÓN.

264. Cuando la aceptación se hace por acto posterior “la donación no tiene efecto, respecto del donador, sino desde el día en que se le haya notificado la escritura en que conste dicha aceptación.” La formalidad de la notificación no existía en la ordenanza de 1731. ¿Cuál es su objeto? ¿y cuál la consecuencia de la falta de cumplimiento de dicha formalidad? Esta es una cuestión muy controvertida. Nosotros, con la jurisprudencia, creemos que se requiere la notificación para la existencia misma de la donación. Los autores consideran la notificación prescripta por

el artículo 932 como una excepción de los principios generales, y, por lo mismo, tratan de limitar sus efectos, restringiéndolos á los términos precisos del texto. (1) A nuestro juicio, el artículo 932 no hace más que aplicar á las donaciones el principio general que rige el concurso de consentimiento. Cuando, por ejemplo, la oferta hecha por una de las partes, en una carta, es en seguida aceptada por la otra. ¿Hay concurso de consentimiento y, en consecuencia, contrato, desde el momento en que tuvo lugar la aceptación? ¿ó el concurso de consentimiento y, por lo tanto, el contrato no existe sino desde el momento en que la aceptación es conocida del que ha hecho la oferta? Diremos, en el título de las *Obligaciones*, que en este último sentido es como debe decidirse la cuestión, á nuestro parecer. El consentimiento implica un concurso de voluntades; y ¿hay concurso de voluntades en tanto que una de las partes ignora la voluntad de la otra? Yo hago una oferta; ¿estoy ligado por ella, en tanto que no sé si ha sido aceptada? ¿y si no estoy ligado, puede decirse que existe un vínculo de derecho entre las partes, vínculo sin el cual no hay obligación? El artículo 932 está concebido en este orden de ideas. La donación hecha en ausencia del donatario no es más que una oferta; y ¿es suficiente la aceptación para que haya ese concierto de voluntades sin el cual no hay contrato? No, es preciso que la aceptación se ponga en conocimiento del donador. Tal es el objeto de la notificación, por lo que es el complemento del consentimiento; sólo á contar de la notificación es cuando hay concurso de voluntades, y la donación existe. El artículo 932, lejos de derogar los principios generales, no hace más que aplicarlos. No establece excepción en los principios sino en un punto, y es cuando la aceptación haya de ponerse en conocimiento del donador por medio de un acto auténtico. Esta excepción no es,

1 Coin-Delisle, pág. 192, núm. 13 del artículo 932.