

dio de un tercero, exige el despojamiento del donador y la tradición al donatario que la acepta, ó por el cual es aceptado, si el donatario es incapaz. Ahora bien, en el caso de que se trata no había ninguna aceptación; no habiendo aceptado el poder de los donatarios menores por éstos, en vano se decía que el notario al recibir el depósito de los títulos, había aceptado por los hijos menores á los que había encargado que entregaran los valores á la mayor edad de aquél; la corte contesta, y la respuesta es perentoria, que el notario era mandatario del donador, y nó del donatario. Quedaba, pues, un simple mandato que el mandante podía revocar, y por lo tanto, el tutor del mandante á nombre de éste. A recurso intentado, recayó una sentencia de denegada apelación, (1)

293. Si el donador no revoca la oferta, la aceptación puede tener lugar, pero fuerza es que se haga en vida del donador y en momento en que éste es capaz de consentir. Si el donador muere antes de que el donatario haya aceptado, no puede haber ya aceptación porque es imposible el concurso de voluntades; lo mismo sería si el donador fuese incapacitado. Esto no es más que el derecho común. La cuestión ha sido fallada en ese sentido por la corte de París. Una señora deposita, poco tiempo antes de su muerte, una suma de 8,000 francos en manos de un abate, encargado de entregar la mitad al hijo de la donadora y la otra mitad á su nieta. Como el dinero fué entregado á la nieta tres años después del fallecimiento de su abuela, los herederos reclamaron la restitución de los 4,000 francos. Se les objetó que el donativo manual había recibido su perfección por el despojamiento del donador. La corte de París restableció los verdaderos principios, que el tribunal de primera instancia había echado en olvido. Nada se opone, dice la sentencia, á que el donatario esté representado

1 Denegada, 22 de Mayo de 1867 (Daloz, 1867; 1, 401).

por un tercero, y cuando éste recibe la cosa á nombre de su mandante, el contrato se perfecciona. Pero, en el caso de que se trata, la cuestión no era de su mandato, supuesto que la nieta de la donadora había ignorado, hasta su matrimonio, la liberalidad que ella debía al cariño de su abuela; y el abate, por propia confesión, no había procedido sino como mandatario de la abuela. Por lo mismo, faltaban dos condiciones para la perfección del donativo manual; la aceptación del donatario, que no podía ya intervenir después de la muerte del donador, y la tradición real. Era pues, preciso, aplicar los principios que rigen el mandato y el depósito; el fallecimiento del depositario pone fin al mandato que ha recibido para entregar la cosa á un tercero; por consiguiente, la cosa donada no ha cesado de pertenecer al donador, y forma parte de su patrimonio, luego sus herederos están investidos de pleno derecho; es á ellos á quienes se debe hacer la restitución (arts. 2,003 y 1,937 (1)).

294. Hasta aquí no vemos el menor motivo para dudar; esto no es más que la aplicación del derecho común, que el código no ha derogado ciertamente, en lo concerniente á los donativos manuales, supuesto que no habla de ellos. Habría alguna dificultad si el donatario, advertido de la oferta del donador, la aceptara, pero esto cuando la entrega que el mandatario del donador está encargado de hacerle, no tuviere lugar sino después del fallecimiento del donador. ¿No podría decirse que hay, en este caso, concurso de voluntades, y además, despojamiento del donador y hasta posesión del donatario, supuesto que el mandatario está encargado de entregarle la cosa? Nosotros creemos, no obstante, que la cuestión debiera decidirse en sentido contrario. El concurso de voluntades existe, es verdad, pero este concurso no es suficiente para que haya dona-

1 París, 14 de Mayo de 1853 (Daloz, 1854, 2, 256).

ción; se necesita, ó una escritura, ó una entrega hecha de mano en mano; y en el caso de que se trata, no hay entrega; el mandatario, en tanto que no ha recibido del donatario la orden de entregarle la cosa, sigue siendo el apoderado del donador y retiene la cosa en su nombre, y, en tanto que el donador posee, no hay donativo manual. Esto es riguroso, pero es la aplicación de los principios que rigen las liberalidades (1).

295. Hay sentencias en sentido contrario. La corte de Lyon ha decidido que el donativo manual se consuma por el despojamiento actual del donador, el cual se opera por la tradición del objeto donado á un tercero encargado de entregarlo al donatario; esta tradición, dice la corte, debe aprovechar al donatario, aun cuando el donador llegara á morir antes de que hubiese tenido lugar la entrega de la cosa. Estas son afirmaciones, pero, ¿en qué se fundan? La sentencia invoca: "las reglas de *justicia* y de *equidad* consagradas, sobre la materia de los donativos manuales, por los movimientos de la jurisprudencia (2)." Nosotros hemos contestado de antemano á estas razones malas. La *justicia* consiste en aplicar la ley y los principios que de ella emanan; la *equidad* nunca predomina sobre el derecho; en cuanto á la jurisprudencia, no tiene fuerza de ley; es, sin duda, una autoridad, y muy grande cuando se funda en los verdaderos principios; pero sentencias tales como las de la corte de Lyon jamás harán jurisprudencia en el sentido jurídico de la palabra, porque en lugar de aplicar los principios, los violan.

A las pésimas razones dadas por la jurisprudencia, los autores han aducido otras que casi no son mejores. El tercero, dicen, debe considerarse como el gerente de nego-

1 Durantou, t. 8º, pág. 420, núm. 393.

2 Lyon, 25 de Febrero de 1835 (Daloz, "Disposiciones," número 1,648). Compárese Caen, 12 de Enero de 1822 (Daloz, *ibid.*, número 1,645).

cios del donatario, á quien está encargado de entregar la cosa donada. Hay muchas respuestas que dar á esta doctrina. Para que haya gestión de negocios, se necesita antes que todo que haya un negocio por gestionar; y, en tanto que el donatario no ha aceptado, no tiene ningún derecho, ni siquiera eventual; él no tiene, pues, por el capítulo de esta liberalidad, ningún interés, ningún negocio, para servirnos del término legal. La corte de casación da otra respuesta, igualmente decisiva. "Admitiendo, dice ella, que una donación hecha á menores pueda regularmente aceptarse, con pretexto de gestión de negocios, por un tercero que no ha recibido ningún mandato, sería al menos necesario, en materia de donativos manuales, que aquél á quien se han entregado los valores que se pretende han sido donados, los hubiese recibido con la mente de aceptar por los gratificados, y de despojar actual é irrevocablemente al donador." (1) En todos los litigios que se han presentado ante los tribunales, el tercero era únicamente el mandatario del donador, y no pensaba en gestionar el negocio del donatario. ¿Y para que haya gestión de negocios, no es preciso antes que todo, que el pretendido gerente tenga la intención de gestionar el negocio del dueño? ¿puede ser gerente sin saberlo? Debe añadirse que esta intención del mandatario no será suficiente; él no ha recibido más que un mandato revocable, y ¿puede transformar en donativo irrevocable una donación que todavía no es más que una simple oferta, y que puede, por consiguiente, revocarse de un momento á otro? Luego habría que probar que el donador quiere despojarse irrevocablemente entregando la cosa al tercero; pero esta prueba es imposible, porque implica contradicción. El donativo manual es un contrato, y no incumbe al donador el constituir el contrato

1 Denegada, 22 de Mayo de 1867 (Daloz, 1867, 1, 401).

por su sola voluntad, sin que se necesite el concurso del donatario, y este concurso está sujeto á principios que el donador no puede modificar.

A decir verdad, la gestión de negocios que se invoca, sería una aceptación hecha, sin mandato, á nombre del donatario; es decir, una estipulación por un tercero y á su nombre. El artículo 1,119 prohíbe las estipulaciones por un tercero cuando se hacen á nombre del estipulante, lo que implica que son válidas cuando se hacen á nombre del tercero, al cual debe aprovechar la estipulación. Pero, en este caso, se necesita una ratificación que equivale á un mandato. Si el donatario ratifica la aceptación hecha en su nombre, habría concurso de voluntades, y, en consecuencia, donativo manual, suponiendo que se haya hecho la tradición. Queda por saber si la ratificación puede tener lugar todavía cuando el donador no puede ya consentir. Si el donador hubiese muerto al practicarse la ratificación, ó si fuese incapaz de consentir, la ratificación sería inoperante. La corte de Burdeos lo falló así, y su decisión nos parece irreprochable. (1) En el momento de la muerte del donador, no hay todavía liberalidad, supuesto que no hay aceptación; luego la cosa donada ha quedado en el patrimonio del difunto, y forma parte de su herencia. ¿Los herederos pueden ser desposeídos por la ratificación dada después del fallecimiento del donador? No, porque ya no hay oferta. En vano se diría que la ratificación tiene efecto retroactivo y que se asimila á un mandato, esto es verdad cuando hay todavía algo que ratificar; es así, que el fallecimiento del donador pone término á la oferta, luego la ratificación se hace imposible. (2)

1 Burdeos, 5 de Febrero de 1827 (Dalloz, "Disposiciones," número 546, 3°).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho* en la palabra "Donaciones," pfo. 6°, núm. 3 (t. 6°, pág. 57).

A falta de argumentos jurídicos, se ha apelado á la equidad, al derecho de gentes. Se va á ver á qué averraciones conduce la ciencia del derecho cuando se saca así de sus vías. El donativo manual, dicen, cuando se ejecuta después de la muerte del donador, participa de la naturaleza de la donación entre vivos y de la del testamento; no es, á decir verdad, ni una ni otra. Es un acto *sui generis* que no depende más que de las leyes de la moral, de la utilidad y de la razón; bases fundamentales del derecho de gentes. (1) No proseguimos en la exposición de esta extraña teoría que, si es conforme al derecho de gentes, invierte las bases mismas del derecho. Lo primero que se enseña en la escuela es que el dominio del derecho no es el de la moral; así es que ¿á qué vienen á hablarnos de moral cuando se trata de derecho? ¿Puede la moral hacer que haya un contrato sin concurso de voluntades? En cuanto á la utilidad y á la razón, nosotros las invocamos en apoyo del derecho; ellos justifican nuestros principios y nuestras decisiones, pero no constituyen el derecho. Y la razón y la utilidad están ciertamente á favor de la doctrina que la jurisprudencia, á pesar de algunas vacilaciones, ha acabado por consagrar. Ya de por sí es una excepción muy peligrosa del derecho común el donativo manual que se hace sin ninguna garantía. Cuidémonos de extender esta derogación, permitiendo que se haga una liberalidad cuando el pretendido donador ha fallecido ó es incapaz de consentir. (2)

296. ¿Sería válida la liberalidad si el donador hubiese ordenado que la entrega no se hiciese sino después de su muerte? La negativa es evidente según los principios que acabamos de establecer. Esta pretendida liberalidad no se-

1 Vazeille, t. 2°, pág. 220, artículo 931, núm. 2.

2 Compárese Coin-Delisle, pág. 194, núm. 21 del artículo 932. Aubry y Rau, t. 5°, pág. 479 nota 17 del pfo. 659. Demolombe, tomo 20, pág. 61, núm. 65.

ría ni una donación ni un legado. No sería una donación, supuesto que no habría un recurso de voluntades; sería una simple oferta; y ¿depende del donador transformar una oferta en contrato por una sola voluntad? Esto es una herejía de las más patentes. No debiendo la liberalidad tener su efecto sino á la muerte, podía decirse que hay legado; pero los legados exigen ciertas personas sin las cuales no hay disposición de última voluntad. En definitiva, esta pretendida liberalidad sería una monstruosidad jurídica que debe relegarse al pretendido derecho de gentes, cuya crítica acabamos de hacer. Hay, no obstante, alguna vacilación sobre este punto en la jurisprudencia, lo que prueba cuán raro es el conocimiento de los principios elementales de derecho. La corte de Limoges ha fallado que la remisión de la deuda á título gratuito podía hacerse por la entrega que un tercero está encargado de hacer al deudor, después de la muerte del acreedor, del finiquito que éste le ha dado; y la corte de casación ha confirmado esta singular decisión, fallando que la remisión de la deuda no está sujeta á ninguna formalidad. (1) ¿Acaso la remisión de una deuda á título gratuito no es una donación? ¿Y acaso toda donación no es un contrato? ¿Y puede haber un contrato sin concurso de voluntades? ¿Y puede haber concurso de voluntades después de la muerte del donador? La corte de casación ha corregido esta jurisprudencia. Era el caso que el mandatario había entregado la cosa después de la muerte del mandante, invocando el artículo 1,937, por cuyos términos el depósito debe entregarse al que esté indicado para recibirlo. La corte decidió que este artículo cesaba de ser aplicable cuando el depositario llegaba á

1 Denegada, 2 de Abril de 1823 (Daloz, "Disposiciones," número 1,649, 1º). Véase la crítica de esta sentencia en Durantón, t. 8º; pág. 425, núm. 395. Compárese, Demolombe, t. 20, pág. 63, número 66.

morir, que en este caso era preciso aplicar el artículo que dice formalmente que en caso de muerte del depositario, "la cosa depositada no puede devolverse más que á su heredero." En principio, esto no es dudoso, supuesto que la cosa donada no ha cesado de pertenecer al donador, y no habiendo adquirido su propiedad el donatario, debe ser restituida á los herederos del que ha hecho el depósito. (1)

Lo mismo se ha fallado para una donación caritativa. Una suma de dinero encerrada en un saco, es entregada á un clérigo para que sea distribuida, después de la muerte del donador, en obras de caridad. Aquí la voluntad del donador es clara, pero se halla en oposición con la ley. No hay donación en tanto que la cosa no se ha entregado al donatario. Hasta ese momento no hay más que un depósito acompañado de un mandato que el mandante puede á toda hora revocar. Sus herederos tienen el mismo derecho. Se les objetaba que el depositario debía ser considerado como el gerente de negocios de los pobres; la corte de Dijon contesta que los pobres tienen su representante legal, la junta de beneficencia, y que el depositario no tenía ninguna calidad para aceptar á nombre de los pobres. (2)

### III. De la irrevocabilidad.

297. El donativo manual es una donación; luego hay que aplicarle el artículo 894, según el cual el donador debe despojarse actual é irrevocablemente de la cosa donada. El se despoja actualmente entregando la cosa al donatario; y esta entrega asegura también la irrevocabilidad del donativo. Si la entrega se hiciese cuando el donador está en peligro de muerte, y con la condición de que el donatario debe devolverla al donador, si éste recobra la

1 Casación, 29 de Abril de 1846 (Daloz, 1846, 1, 244).

2 Donai, 31 de Diciembre de 1834 (Daloz, "Disposiciones," número 1,646, 5º).

salud, ó escapa al riesgo que lo amenaza, no habría donativo manual, esta sería una donación á causa de muerte, y ya dijimos en otro lugar (t. 11, núms. 96 y 98) que el código ya no reconoce esas donaciones.

298. Hay donaciones entre vivos que son por su esencia revocables; y estas son las liberalidades que los cónyuges se hacen entre sí durante el matrimonio (art. 1,096). Este principio se aplica igualmente á los donativos manuales. Se ha pretendido que el donativo manual no podía hacerse entre cónyuges, porque permite que tan fácilmente se eluda la regla fundamental de la revocabilidad. Para esto se necesitaría un texto; como la ley no prohíbe los donativos manuales entre cónyuges, están por lo mismo permitidos. La dificultad de prueba será mayor, pero la dificultad no es una imposibilidad; y desde el momento en que se pruebe el donativo, la consecuencia será que podrá ser revocado; este no es más que el derecho común. (1)

299. La corte de París, falló que la entrega de manuscritos hecha por un autor moribundo debía reputarse hecha á causa de muerte; ella ha concluido de aquí que esta liberalidad está sometida á las formalidades de los testamentos. (2) ¿Debe generalizarse esta decisión y asentar como principio que todo donativo manual hecho por un moribundo es una donación á causa de muerte? Ciertamente que no. Aun en el caso fallado por la corte de París, la decisión es muy dudosa. Es incontestable que un moribundo puede hacer una donación entre vivos por instrumento público. Esto decide la cuestión en cuanto al donativo manual, que está sometido á las mismas reglas que las donaciones ordinarias, salvo en lo que concierne á las solemnidades. Si yo puedo donar objetos mobiliarios por

1 Burdeos, 4 de Marzo de 1816 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,602, 1°).

2 París, 4 de Mayo de 1816 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,607).

escritura, ¿por qué no había de poder donarlos de mano á mano? (1)

#### IV. De la capacidad.

300. Dejase entender que se aplican á los donativos manuales las reglas que rigen la capacidad de disponer y de recibir á título gratuito. Si el donativo manual estaviese hecho por un incapaz ó á un incapaz, estaría gravado de nulidad. (2) La corte de casación ha aplicado este principio al donativo hecho por una madre á su hija natural: ella le había donado una suma de 20,000 francos que constituían todo su haber, con el fin evidente de despojar á sus hijos legítimos. No se ponía en duda, en este caso, el punto de derecho; pero se pretendía que la corte de apelación había violado la ley admitiendo la prueba del donativo manual por testigos y por presunción. El recurso estaba en oposición con los principios elementales que rigen la prueba; desde el momento en que hay fraude á la ley, toda prueba es admisible (arts. 1,348 y 1,353). Este se funda también en la razón; como lo dice muy bien la corte de casación, rechazar la prueba testimonial en semejante caso, sería facilitar y consagrar la espoliación de la familia legítima en provecho del hijo natural. (3)

Hay una incapacidad especial que da lugar á una dificultad: ¿puede hacerse un donativo manual sin autorización, á un establecimiento de utilidad pública tal como una fábrica de iglesia, un seminario, una congregación reconocida? Nosotros hemos examinado la cuestión en otro lugar de la obra (t. XI, núms. 300-305).

301. Aplicándose también á los donativos manuales, los principios del reintegro y de la reducción. Se ha fallado

1 Daloz, "Disposiciones," núm. 1,607; Demolombe, t. 20, pág. 58, núm. 62. Burdeos, 7 de Abril de 1851 (Daloz, 1852, 2, 122).

2 Grenier, t. 2°, pág. 191, núm. 176.

3 Denegada, 18 de Marzo de 1872 (Daloz, 1872, 1, 309).