

## CAPITULO V.

### DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS.

#### *SECCION I.— De los requisitos para la existencia ó para la validez de las donaciones.*

##### § I. PRINCIPIOS GENERALES.

217. Distinguense, en los contratos, los requisitos para su existencia y los que únicamente se exigen para su validez. Cuando falta un requisito para la existencia de un contrato, no hay más que la apariencia de un convenio; en realidad, éste no existe y no produce ningún efecto. Mientras que si no se cumple un requisito para la validez de un contrato, éste existe y produce todos sus efectos hasta que se anule; se le llama nulo, porque es anulable; pero la nulidad de derecho debe pedirse dentro de los diez años. El vicio que mancha los contratos nulos puede decifrarse por la confirmación; en este caso, el contrato se vuelve

válido, como si nunca hubiese estado viciado. Cuando el contrato es inexistente, no hay lugar á la acción de nulidad, porque no puede pedirse la nulidad de la nada; tampoco se puede confirmar el contrato, porque no hay vicio que puede hacerse desaparecer por una confirmación, ni acción de nulidad á la que se pueda renunciar.

Tales son los rasgos generales de la teoría de los actos inexistentes y de los actos nulos. Nosotros la expusimos ya en el título del *Matrimonio* (V., t. II, núms. 269 y 280); volveremos á tratar de ella en el título de las *Obligaciones*. ¿Se aplica á las donaciones entre vivos? No es dudosa la afirmativa. Las donaciones son contratos; luego están sometidas á los principios generales que rigen las obligaciones convencionales. Más adelante diremos que esta teoría que, bajo el punto de vista de los textos, da lugar á muchas dudas, está consagrada por un texto formal en lo concerniente á las donaciones (art. 1,339). Pero la aplicación no carece de dificultades.

Respecto á las donaciones lo mismo que respecto á los contratos onerosos, el código no determina los requisitos para la existencia de la donación, distinguiéndolas de las que no conciernen más que la validez. La doctrina ha suplido el silencio de la ley. Puede decirse de todo contrato lo que el artículo 146 dice del matrimonio; luego hay que decidir que no hay donación cuando no hay consentimiento. El legislador hasta se muestra más severo para los actos á título gratuito que para los actos á título oneroso, no sólo por la forma en la cual el consentimiento debe expresarse, lo que se relaciona á la solemnidad del acto, sino por lo que concierne á la capacidad de consentir. Es evidente que el que no tiene sano el entendimiento no puede consentir; no obstante, los autores del código han creído que debían formular con claridad este principio en lo concerniente á las donaciones (art. 901). No debe concluirse de

ésto que la capacidad propiamente dicha es una condición prescrita para la existencia de la donación; la capacidad sólo se exige para la validez de los contratos, la incapacidad vuelve nulo el contrato, pero no lo vuelve inexistente; tal es el principio general, que la ley no deroga en materia de donación. No obstante, la condición de solemnidad modifica, en cierto concepto, los principios que rigen los contratos que no son solemnes. La diferencia es importante, y más adelante insistiremos acerca de ella.

Los vicios de consentimiento no son también más que una causa de nulidad, en los contratos ordinarios, y, por consiguiente, en la donación. Hay acerca de este punto una disposición formal en el artículo 1,117 que dice: "El convenio contraído por error, violencia ó dolo, no es nulo de pleno derecho; da únicamente lugar á una acción de nulidad ó de rescisión." Si no se anula el convenio, subsiste y produce todos sus efectos. Como la ley no deroga estos principios en materia de donación, resulta que el artículo 1,117 se aplica á las donaciones que estuviesen viciadas por el error, la violencia ó el dolo.

219. Que el objeto sea una condición esencial en el contrato, casi no tiene duda. No obstante, el artículo 1,108 pone el objeto en la misma línea que la capacidad y no lo considera sino como un requisito para la validez de los convenios. Esto prueba lo incierto de la teoría de la inexistencia de los contratos; no obstante, bajo el punto de vista de los principios, no podría haber duda alguna, y hay que decir del objeto lo que el artículo 146 dice del consentimiento: no hay contrato sin objeto.

Sucede lo mismo con la causa. En esto tenemos dos disposiciones que se contradicen: el artículo 1,158 coloca la causa entre las condiciones esenciales para la *validez* de los convenios; lo que implica que la falta de causa no impide que tal contrato exista, del mismo modo que el convenio

consentido por incapaz existe legalmente, aunque sea nulo. Pero el artículo 1,131 dice lo contrario. “La obligación *sin causa*, ó fundada en una falsa causa, ó en una ilícita, no puede tener ningún efecto;” luego es más que nula, no existe á los ojos de la ley. A lo que tiene uno que atenerse es al artículo 1,131, según lo diremos en el título de las *Obligaciones*. Queda por saber si la teoría de la causa, obscurísima, y, á nuestro juicio, inexacta, se aplica á las donaciones; nosotros hemos enseñado la afirmativa al explicar el artículo 900. (1)

220. La doctrina admite que, en los contratos solemnes, las formas prescriptas por la ley se requieren para la existencia del convenio; de suerte que lo escrito, que en los contratos no solemnes no sería más que de prueba, se vuelve, en los solemnes, un elemento de tal suerte esencial, que, si no hay escrito ó si el escrito es nulo, el consentimiento no existe y no produce ningún efecto. Se explica este rigor, al decir que la forma en la que debe expresarse el consentimiento se identifica con el consentimiento, de suerte que si éste no se ha manifestado en la forma legal, se tiene por inexistente. Otra cosa sucede con los escritos que redactan las partes para los contratos no solemnes; éstos nada tienen de común con el consentimiento ni con los requisitos para la validez del contrato; las partes contratantes los redactan para procurarse una prueba literal; si no hacen un acta, ó si la que hacen es nula, todo lo que de aquí resulta, es que no tienen prueba literal; lo que no impide que el convenio existe, si los requisitos para la existencia y la validez del contrato se cumplen, salvo el probarlo por las otras vías legales de prueba.

La donación es un contrato solemne. Según los términos del artículo 893, “no puede uno disponer de sus bienes á título gratuito, sino por donación entre vivos ó por

testamento, *en las formas preestablecidas*. El artículo 931 establece que toda clase de actos que funda una donación entre vivos, se celebrarán ante notario. Luego, según estos artículos, no se puede disponer á título gratuito, entre vivos, sino por escritura notariada. Síguess de aquí que la donación es un contrato solemne, es decir, un contrato para cuya existencia se necesita una escritura auténtica; sin escritura notariada, no hay donación (art. 1,339). Queda por saber cuáles son los motivos por los cuales el legislador ha hecho de la donación un contrato solemne. Los contratos solemnes son excepciones; la donación no siempre se ha colocado entre estos contratos. Conforme á la legislación de Justiniano, la donación se quedaba dentro del derecho común; antes de la ordenanza de 1731, no estaba la donación sometida á ninguna forma particular. La doctrina se había pronunciado por la necesidad de una escritura auténtica, pero con vacilación; esto se concibe, porque no incumbe á los intérpretes prescribir condiciones de forma que deben cumplirse so pena de la inexistencia del contrato. Se necesita una ley. La ordenanza de 1731, puso fin á la controversia; ella estatuyó que las escrituras de donación entre vivos se harían en la forma ordinaria de los contratos y escrituras celebradas ante notarios. ¿Cuáles son los motivos de esta innovación? porque, bajo el punto de vista legislativa, esto sería una innovación. Los autores antiguos están de acuerdo en decir que la ordenanza prescribe la forma auténtica, á fin de asegurar la irrevocabilidad de las donaciones. (1) Es propio de las donaciones entre vivos, dice Ricard, que sean fijas, permanentes é irrevocables, tanto de parte del donatario como de parte del donador. (2) El orador del gobierno reproduce esta ra-

1 Pothiers, *Introducción á la costumbre de Orleans*, t. 15º, núm. 28. Damours sobre la ordenanza de 1731, artículo 1, núms. 13 y 14 (citado por Demolombe, t. 20, pág. 10, núm. 8).

2 Ricard, parte 1º, núm. 846, t. 1º, pág. 214).

zón en otros términos. No debe estar en el poder de una ni otra de las partes, dice Bigot-Prèameneu, aniquilar la donación suprimiendo la escritura que contiene su prueba. (1)

231. A primera vista no se ve qué relación existe entre la irrevocabilidad de las donaciones y las condiciones de forma prescritas para la existencia de la donación. ¿No podría decirse de la venta y de todos los contratos no solemnes lo que Bigot-Prèameneu y Ricard dicen de la donación? Por lo mismo, el motivo que ellos dan casi no justifica esta importante innovación que hace del escrito auténtico la condición de existencia de un contrato. A decir verdad, la solemnidad de la donación y su irrevocabilidad se deben á una sola y misma causa, el disfavor que recaía, en el antiguo derecho, sobre las donaciones entre vivos. El espíritu de nuestro derecho francés, decía Pothier, es que los bienes se queden en las familias, he aquí la reserva consuetudinaria que volvía indispensables, conforme al derecho común, las cuatro quintas partes de los propios. Pero la prohibición de disponer de ellos, no existía sino para los actos de última voluntad. Era imposible prohibir al propietario la facultad de dar lo que le pertenece, supuesto que tal es el principal atributo del derecho de propiedad. No pudiendo impedir las donaciones, tratóse de estorbarlas. De aquí la regla fundamental de las donaciones: *no es lo mismo donar que retener*. Se esperaba que el propietario, forzado, si quería donar, ó despojarse actual é irrevocablemente, no donaría, á causa de la repugnancia natural que el hombre experimenta al despojarse de lo que le pertenece. Supuesto que la solemnidad tiene por objeto asegurar la irrevocabilidad de las donaciones, hay que decir que tenía el mismo objeto que la famosa regla que

1 Bigot-Prèameneu, Exposición de motivos, núm. 34 (Looré, t. 5.º pág. 326).

acabamos de citar con el pretexto de garantir la voluntad de las partes contrayentes, queriase, en realidad, impedirles que contrajesen. En este sentido, De Laurière decía: "Las donaciones son de *derecho estricto, perjudiciales á las familias*, y por esta razón no se las debe extender."

Con justo título algunos buenos autores han criticado esta singular teoría. (1) Toullier se pregunta por qué las formalidades que se requieren para la validez de las donaciones entre vivos son más multiplicadas que para los demás contratos. Y se contesta que no puede darse más motivo que la extrema aversión que tenían nuestras antiguas costumbres hacia las donaciones, cuyo espíritu ha influido secretamente en la redacción del código. Durantón abunda en estos reproches. Las donaciones, dice, se han visto con poco favor, porque despojan á las familias de sus legítimas esperanzas; esto es lo que en parte explican varias disposiciones especiales, que no se han aplicado á los contratos generales, tales como la necesidad de una escritura auténtica y la aceptación expresa. Los autores del código, continúa Durantón, han adoptado el sistema de las costumbres sin apercibirse que no tenían ya razón de ser en nuestro derecho moderno. Ya no conocemos las reservas consuetudinarias, ya no hay diferencia entre los propios y los adquiridos; si se restringe la facultad de disponer, cuando el disponente deja herederos reservatarios, esta restricción es común á los testamentos y á las donaciones. Luego no hay razón para hacer recaer sobre las donaciones una especie de reprobación, nulificando las trabas, las causas de nulidad y de inexistencia del contrato.

Coin-Delisle trata esta crítica de amarga, y trata de contestarla. La conservación de los bienes en las familias,

1 Toullier, t. 3º, pág. 104, núm. 168. Durantón, t. 8º, pág. 407, número 382.

dice, no es el único motivo de las leyes sobre las donaciones; en el espíritu de nuestra legislación moderna está el conceder más protección al individuo que á la familia; pues bien, la ley tiene por objeto resguardar á los donadores contra sus pasiones y contra las sorpresas, las sugerencias que los rodean. Troplong da la misma razón: Confieso que el hombre no tiene natural tendencia á despojarse en vida; pero, dice él, hay circunstancias numerosas, en que debe tenerse de su parte una facilidad demasiado grande y una generosidad irreflexiva. Para salvarlo de esta debilidad es por lo que el legislador exige formalidades solemnes que son propias para retardar su precipitación y para provocar sus reflexiones serias. Se espera que la necesidad de presentarse ante un oficial público llamará la atención del donador sobre el acto que va á ejecutar al mismo tiempo que intimidará á los que explotan su debilidad ó sus ciegas pasiones. (1)

¿No es esto hacerse ilusiones sobre las pasiones del hombre? Estas no retroceden ante nada, y ¿cómo habían de retroceder ante simples formalidades? Una sola manera existe de proteger al hombre contra su ceguera, y es ilustrar su razón y su conciencia. Hagamos constar, además, que los motivos que se dan para justificar las solemnidades de las donaciones no responden suficientemente á las objeciones que se aducen en contra de la doctrina del código. Toullier plantea mal la cuestión; no se trata de saber por qué la ley exige una escritura auténtica para la *validez* de la donación; las formas solemnes á que está sujeta la donación se requieren para la *existencia* de la donación. Se presume, en la teoría que acabamos de exponer, que el consentimiento libre y reflexivo, cuando se ha expresado en las formas legales, y que no ha sido libre y reflexivo cuan-

1 Coin-Delisle, pág. 183, núm. 3; Troplong, t. 1º, pág. 351, número 1,036; Mourlon, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 285.

do no se han observado las formas solemnes. Habría que justificar esta presunción, y explicar el por qué el legislador no se conforma con la nulidad, por qué considera la donación como inexistente, asimilando la inobservancia de las formas á la ausencia de todo consentimiento. Aquí es evidente que la presunción se excede de la realidad de las cosas.

222. La intervención de un oficial público no es la única forma cuya inobservancia acarrea la inexistencia de la donación; sucede lo mismo con la aceptación expresa, y, en la opinión, con las causas que vician la aceptación. Este nuevo rigor casi no puede explicarse sino por la aversión tradicional del derecho francés para las liberalidades entre vivos. La solemnidad de la aceptación, se dice, tiende á asegurar la honradez de la donación; se cree que el que consintiese en aprovechar en secreto una donación humillante retrocedería quizás ante la obligación de declararlo pública y expresamente. (1) Una nueva ilusión y hasta un error. La presencia del oficial público es la que podría contener el donatario, pero una vez que tiene la audacia de presentarse ante él ¿retrocedería porque el notario debe declarar en la escritura que el donatario *acepta*? ¿En dónde está la garantía que da la palabra *aceptación*? Confesemos que es extraña la disposición y que si se explica por el antiguo derecho francés, casi no se explica bajo el punto de vista racional; es poco digno de un legislador, dice uno de nuestros buenos autores, prescribir formas ridículas, son el objeto de estorbar el ejercicio de un derecho que él autoriza. (2)

223. Hemos insistido sobre esta cuestión que parece ser pura doctrina, porque es de mucha importancia para la interpretación del código. La ley es de un rigor excesivo,

1 Demante, t. 4.º, pág. 168, núm. 71 bis 2.º

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. 2.º, págs. 224 y siguientes.

pero hay que tomarla tal como es é interpretarla con el mismo espíritu de rigor que inspiraba al antiguo derecho. Si se tratara de moderar un rigor que no tiene ninguna razón de ser, recurriendo á los principios generales, se revelaría el espíritu de la ley, se haría, en realidad, una ley del todo diferente de la que el legislador ha querido hacer. A él incumbe corregir su obra, el intérprete no tiene ese derecho.

224. El código exige que la donación se acepte en términos expresos (art. 932). ¿Acaso la aceptación expresa es un requisito para la existencia de la donación? Si la cuestión pudiese decidirse según los principios que rigen los contratos solemnes, habría que contestar negativamente sin vacilar. ¿Por qué su forma es una condición esencial para la existencia de la donación, como en todo contrato solemne? Porque se considera que el consentimiento no existe cuando no se expresa en una forma solemne. Esto se concibe cuando el consentimiento se da verbalmente ó por escritura privada; pero desde el momento en que el notario hace constar de una manera auténtica que el donatario consiente, se consigue el objeto; así pues, la intervención de un oficial público debería bastar para que el consentimiento exista y por consiguiente el contrato. El legislador excede los principios mismos de la solemnidad, exigiendo además que el consentimiento se manifieste por una aceptación expresa; el artículo 932 es formal; “la donación no *producirá ningún efecto*, sino desde el día en que haya sido *aceptada en términos expresos*.” Tal es la expresión de que se sirve el código para marcar que un contrato no tiene existencia legal: “La obligación sin causa, dice el artículo 1,131, *no puede tener ningún efecto*.” Esto equivale á decir en términos enérgicos que no hay contrato.

Así pues, la aceptación expresa es una de las solemnidades que la ley exige para la existencia de la donación.

Por esto se verá la profunda diferencia que existe entre los contratos solemnes y los que no lo son, Pothier cuida de hacerla resaltar. (1)

En los contratos ordinarios, el consentimiento es suficiente para que exista el contrato, no siendo el convenio otra cosa que el concurso del consentimiento de las dos partes. En la donación se exige más; es preciso que el consentimiento del donatario se manifieste por una aceptación expresa; el consentimiento en otra forma, aun cuando fuese clara, auténtica, no es suficiente; aunque clara y auténtica, se considera que no existe desde el momento en que no se manifiesta en la forma legal. Este rigor excede las exigencias de la solemnidad, pero así es la ley.

¿Ha de irse más lejos y decidir que el modo de aceptación, es decir, las condiciones prescritas por la ley para la validez de la aceptación, se exigen también para la existencia de la donación? En esto hay alguna duda; la ley no dice formalmente que estas condiciones estén establecidas para que exista la donación. ¿Pero el artículo 938 no dice lo mismo en otros términos? Después de haber dicho por quién, de qué manera debe hacerse la aceptación, agrega la ley: "La donación *debidamente aceptada*, se perfeccionará por el sólo consentimiento de las partes." Ahora bien, ¿la donación no está debidamente aceptada si la aceptación ha tenido lugar fuera de las condiciones determinadas por la ley? luego la donación se estará perfeccionada; y, ¿no es esto decir que ella no existe? Las condiciones prescritas por la ley para la aceptación, serían, pues, también condiciones de forma (2). Ciertamente que, en teoría, esto no es jurídico ni racional; pero acabamos de hacer constar que sucede lo mismo con la aceptación expresa. Está uno den-

1 Pothiers, "Introducción al título 15 de la costumbre de Orleans," núm. 30. Compárese Demolombe, t. 20, pág. 128, núm. 119.

2 Demante, t. 4°, pág. 173, núm. 72 bis 1°

tro del espíritu de la ley interpretando rigurosamente una ley de rigor. La cuestión es, no obstante, controvertida; más adelante insistiremos en esto.

225. Si la aceptación se hace por una escritura posterior al acto de donación, debe notificarse al donador. ¿Esta notificación es también una forma esencial sin la cual no existe la donación? El artículo 932 dice que la donación no tendrá efecto, respecto del donador, sino desde el día en que se le haya notificado la escritura que comprueba la aceptación. ¿Quiere decir esto que la donación quedará sin efecto en tanto que no se haga la notificación? La cuestión está muy controvertida y es dudosa; más adelante la trataremos. A nuestro juicio, la notificación es de la esencia de la donación.

226. El código prescribe además una formalidad especial para las donaciones mobiliarias. Según los términos del artículo 948, "todo acto de donación de efectos mobiliarios *no será válido* sino para los efectos cuyo estado estimativo se haya adjuntado á la minuta de la donación." ¿El estado estimativo es una simple condición de *validez*, como parece decirlo el texto, ó es una condición prescrita para la existencia de la donación? Esta cuestión también es dudosa, y nosotros aplazamos su examen.

227. ¿Cuáles son las consecuencias de la inobservancia de los requisitos para la existencia de las donaciones? Si se admite la teoría de los actos inexistentes, la respuesta será muy sencilla. Nosotros la hemos dado de antemano (núm. 227): no hay donación si falta una de estas condiciones, y no la hay si es nula el acta que se ha levantado. Pero la cuestión está en saber si el código consagra esta opinión. Es claro que no la consagra en términos formales; el artículo 1,131 parece, al contrario, contradecirla y rechazarla al confundir las diversas condiciones que los autores distinguen. No obstante, hay otras disposiciones

que no se pueden explicar sino por la teoría de los actos inexistentes. Principalmente en lo concerniente á las donaciones, no podría haber duda. La tradición, incierta para los contratos en general, es constante para las donaciones. Y no porque los antiguos autores establezcan los principios como acabamos de hacerlo; la atención de éstos se concentra en las solemnidades que la ordenanza exigía y que el código prescribe también; acerca de este punto, ellos no vacilan; si no pronuncian la palabra *inexistencia*, dicen la cosa. Pothier examina la cuestión de saber si el donador puede prevalerse de la nulidad de la donación que resulta de un vicio de forma. Si la teoría de los actos inexistentes hubiese sido formulada con claridad, la cuestión ni siquiera se habría planteado: toda parte interesada puede oponer la inexistencia de un acto por el cual se pretende que está obligada. Pothier parece vacilar, porque da motivos en pró y en contra; pero acaba por decir que la escritura ante notarios se requiere para la forma misma del acto, es decir, como substancial; es por lo que, agrega, casi no puede uno dispensarse de considerar la donación *como enteramente nula* sin esto (1).

Los autores modernos están unánimes, sólo que su lenguaje no siempre es correcto. Troplong tiene cierta predilección por el lenguaje pomposo; nada puede decir con sencillez. Si se le pregunta por qué las formalidades de las donaciones se refieren á la substancia del acto; contesta que dichas formas son de derecho público. ¿Qué tiene que ver el derecho público en esta materia? Coin Delisle dice que la nulidad que resulta de la falta de escritura notariada ó de vicio de ésta es una nulidad absoluta, de donde infiere que no se podría probar la existencia de una donación defiriendo el juramento al pretendido donador. Esto no es decir lo bastante; hay más que nulidad absoluta,

1 Pothier, "De las donaciones entre vivos," núm. 131.

y no se trata de una dificultad de prueba. Demolombe se expresa mejor y enérgicamente al decir que sin la solemnidad la donación es la *nada*. (1) Hay un artículo del código que dice implícitamente lo mismo. “El donador no puede reparar por ningún acto confirmativo los vicios de una donación entre vivos; nula en la forma, es fuerza que vuelva á hacerse en la forma legal.” ¿Por qué el donador no puede confirmar una donación nula en la forma? Porque la confirmación supone un acto existente; no se confirma la nada. Luego la donación nula en la forma es la nada. Lo mismo sería respecto de la donación á la que faltase otro requisito para la existencia del contrato. ¿Se concibe la confirmación de una donación inexistente por falta de consentimiento, ó por una causa ilícita? En vano se confirma lo que no existe, la nada es siempre la nada.

El artículo 1,339 sería decisivo en favor de la teoría que estamos exponiendo, si el artículo 1,340 no dijera lo contrario de lo que la ley acaba de decir: “La confirmación ó ejecución voluntaria de una donación por los herederos ó causahabientes del donador, después de su fallecimiento, implica su renuncia á oponer, sea los vicios de forma, sea otra excepción cualquiera.” En el título de las *Obligaciones* diremos las interpretaciones diversas á que ha dado lugar esta disposición. Claro es que ella deroga el artículo 1,339 y en consecuencia, el rigor de los principios: los herederos lo mismo que el donador, no pueden confirmar la nada. Se comprende, no obstante, la derogación. Si el legislador ha hecho de la donación un contrato solemne, es únicamente por interés de las familias, es decir de los herederos; bastante natural es que éstos puedan renunciar á un derecho que sólo en su favor se ha establecido. Pero la

1 Troplong, t. 1º, pág. 361, núm. 1,064; Coin-Delisle, pág. 185, número 7 del artículo 931; Demolombe, t. 20, pág. 13, núm. 13 y los autores que él cita, pág. 16, núm. 20.

derogación va todavía más lejos, se aplica á toda excepción que pudiera invocarse contra la validez ó contra la existencia de la donación. Luego es ésta una disposición del todo exorbitante de la que no hay que tener cuenta cuando se trata de determinar la naturaleza de la donación, las condiciones esenciales para su existencia y las consecuencias que resultan de la falta de una de estas condiciones.

228. No se aplican á los contratos inexistentes los principios que rigen los contratos nulos. Cuando la nulidad no es de orden público, no puede invocarla sino la parte en cuyo interés se ha establecido; no sucede lo mismo con un contrato inexistente, supuesto que no puede producir ningún efecto, como lo dice el artículo 1,131; síguese de aquí que toda persona interesada tiene el derecho de oponer la inexistencia del acto; porque la nada no puede tener efecto respecto de quien quiera que sea. Una consecuencia evidente de estos principios es que el donador puede prevalerse de la inexistencia de la donación; se expresan inciertamente los que dicen que aquél puede proponer la nulidad, (1) porque lógicamente no se concibe que se pida la anulación de lo que no existe á los ojos de la ley; todo lo que puede pedirse, es que el juez declare que el acto no existe. Síguese de aquí que las reglas de la prescripción no se aplican en esta materia. No tengo necesidad de proceder judicialmente para hacer que se declare que una donación no existe; en cualquiera época que se me oponga esa pretendida donación, puedo contestar que la nada no podría producir ningún efecto. Si yo la he ejecutada, podré, no obstante, repetir lo que yo he prestado, porque mi prestación no tiene causa ninguna. Toullier en-

1 Demolombe, t. 20, pág. 17, núm. 21. Esta es la opinión general (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,407).

seña lo contrario sobre este punto, pero su opinión ha quedado aislada, y es tan contraria á los principios que no vale la pena combatirla; de esto diremos al tratar de la confirmación. La ejecución de la escritura es una confirmación, según el artículo 1,338; y no se confirman los contratos inexistentes, porque la nada nunca puede recibir eficacia alguna.

La jurisprudencia ha consagrado estos principios. Una señorita da á un seminario su casa y sus dos jardines por acta privada. En su testamento se lee la cláusula siguiente relativa á esa donación: "Si yo no hablo de mi casa con los dos jardines adscritos, es porque de ello he dispuesto en favor del seminario de la Rochela por escritura privada ú ológrafa, que no pretendo revocar por las presentes y que por éstas confirmo." Se ha fallado que, en el caso de que se trata, no había ni legado ni donación: no había legado, porque para legar una cosa, se necesita ser propietario de ella, y la testadora decía que no legaba su casa y sus jardines porque los había donado, y confirmaba esta donación; ahora bien, la donación era nula en la forma y no podía en consecuencia confirmarse. (1) Se ha fallado, sin embargo, que un acto confirmativo podía equivaler á donación. La escritura de donación era nula en la forma; las partes comparecieron ante el notario y declararon que querían reparar ese vicio, lo que hicieron en los términos siguientes: "Los comparecientes donador y donatario declaran que *renuevan* y aprueban la donación que precede (transcrita en la nueva escritura) en todos los puntos, cláusulas y artículos, y que la donadora acepta con gratitud." Se objetaba que este acto confirmativo era nulo en virtud del artículo 1,339. La corte de Bruselas contesta que no se trataba de una simple confirmación, porque la segunda es-

1 Poitiers, 10 de Agosto de 1832 (Dalloz, "Disposiciones," número 1,407).

critura no se limitaba, como quiere el artículo 1,338, á reproducir la substancia de la primera donación, sino que contenía otra nueva, redactada con todas las formas prescriptas por la ley, como lo exige el artículo 1,339; luego no podía oponerse el adagio en virtud del cual la confirmación no confiere ningún nuevo derecho. (1)

229. Una consecuencia evidente de los principios que acabamos de establecer, es que no puede oponerse al donador la prescripción de diez años, porque tal prescripción no es más que una confirmación tácita, y se subentiende que el donador no puede ya confirmar ni tácita ni expresamente. No pasa lo mismo con sus herederos; la ley les permite que confirmen, sea de una manera expresa, sea ejecutando voluntariamente la donación. El artículo 1,304 vuelve, pues, á colocar á los herederos dentro del derecho común; en consecuencia, dicho artículo les es aplicable; pueden confirmar la donación por su silencio en diez años, así como pueden confirmar por la ejecución ó por un acto. Por una anomalía extraña, la donación, que durante la vida del donador no existía, se considera como existente después de su muerte, supuesto que es susceptible de confirmarse; por lo mismo, los herederos deben pedir la nulidad dentro de diez años; si no promueven, los vicios que manchaban la escritura desaparecen, y se vuelve enteramente válida; esta es una consecuencia lógica de una disposición que es muy lógica; pero el intérprete debe aceptar la ley con las consecuencias que de ella se derivan, aun cuando la ley fuese contraria á los principios.

La corte de Tolosa así lo ha fallado en un caso en que la aceptación era irregular. (2) Interpuesto el recurso de casación, se sostuvo que no había lugar á la prescripción de

1 Bruselas, 11 de Enero de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 22, y Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,414, 3°):

2 Tolosa, 27 de Abril de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 791).

diez años; todo lo que resultaba del artículo 1,340, decían, es que los herederos podían ejecutar la donación, ó confirmarla expresamente, lo que implica una manifestación formal de voluntad; la ley no dice que el silencio de aquellos durante diez años los vuelva no admisibles á prevalerse de la existencia del contrato. Por esto se ve que el recurso pretendía limitar el artículo 1,340 á los términos precisos de esta disposición anómala, lo que equivalía á no introducir en la ley una nueva anomalía. La ley considera la donación nula en la forma como inexistente respecto del donador y como simplemente anulable respecto de sus herederos; y desde el momento en que hay lugar á anulación, se debe aplicar el artículo 1,304, cuya disposición general es aplicable en todos los casos en que un contrato es nulo. La corte de casación pronunció una sentencia de denegación. (1) Ella ha persistido en esta jurisprudencia al decidir que la prescripción, que no puede oponerse al donador porque éste no puede confirmar la donación, puede invocarse contra los herederos, porque éstos sí pueden confirmar la condición, considerada á su respecto como simplemente anulable; de donde se sigue que pueden renunciar á prevalerse de los medios de nulidad ó dejarlos que prescriban. (2)

#### § II. DE LA AUTENTICIDAD DE LA ESCRITURA DE DONACIÓN.

230. El artículo 931 quiere que las escrituras de donación se celebren ante notario, en la forma común de los contratos, es decir, que el notario debe observar las formas prescritas para las escrituras que tiene por misión recibir, formas que han sido determinadas por la ley de 25

1 Denegación, 6 de Mayo de 1862 (Daloz, 1862, 1, 341).

2 Denegada, cámara civil, 5 de Enero de 1846 (Daloz, 1846, 1, 15) Bastia, 10 de Abril de 1854 (Daloz, 1854, 2, 216). Denegada, 26 de Noviembre de 1862 (Daloz, 1863, 1, 71) y 27 de Noviembre de 1865 (Daloz, 1866, 1, 217). Denegada de la corte de casación de Bélgica, 11 de Julio de 1851 (*Pasjerisja*, 1851, 1, 345).

ventoso, año XI. El artículo 931 agrega que quedará minuta de ellas bajo pena de nulidad. Conforme á la ley de ventoso, todas las escrituras deben recibirse en minuta, con excepción de alguna de poca importancia que el notario puede recibir por simples apuntaciones. ¿Por qué en el artículo 931 menciona especialmente la formalidad de la minuta, siendo así que para todas las formas remite á la ley que rige todas las escrituras auténticas? Los autores del código han transcrito el artículo 1<sup>o</sup> de la ordenanza de 1731. Si la ordenanza exige especialmente que quede minuta de la escritura de donación, es porque tal formalidad es esencial para asegurar la irrevocabilidad de las donaciones; fuerza es que el original quede en manos del notario, á quien está prohibido desasirse de ella, porque de lo contrario, el donador á quien se entregara el original, en brevete podría suprimirlo y revocar de este modo indirecto la donación. “Cuando se reciben las donaciones en brevete, dice Pothier, se sospecha que no tienen el carácter de irrevocabilidad que se requiere por nuestras leyes en las donaciones entre vivos, y por esta razón se declaran nulas.” (1) Cuando la ley dice *bajo pena de nulidad*, debe entenderse por nulidad la inexistencia de la donación. En el lenguaje de la ley, la palabra *nulo* tiene dos sentidos; significa por lo común anulable, lo que supone que no se ha observado alguno de los requisitos para la validez de los contratos; la palabra *nulo* indica también lo que en el lenguaje de la escuela llamamos inexistente (art. 1,601). El artículo 931 emplea la palabra *nulidad* en esta última significación, lo que se halla probado por la tradición consagrada por el artículo 1,339 (núm. 227).

231. Así pues, la nulidad de la escritura implica la inexistencia de la donación; por poco importante que parezca la formalidad que no se ha observado, si vuelve nula

1 Pothier, “De las donaciones entre vivos,” núm. 130.

la escritura, conforme á la ley de ventoso, por esto mismo hace inexistente la donación. ¡Cosa singular! una de las formalidades más esenciales prescritas por la ley de ventoso, ha sido por mucho tiempo desdeñada por los notarios, en Francia al menos, porque en Bélgica la ley de ventoso siempre ha sido rigurosamente observada. Por los términos del artículo 9, la escritura notariada debe ser recibida por dos notarios, ó por un notario asistido de dos testigos, lo que evidentemente quería decir que el segundo notario ó los testigos deben estar presentes á la recepción de la escritura. Los notarios se libertaron de esta formalidad, redactando la escritura lejos de la presencia del notario segundo ó de los testigos, los cuales se limitaban á firmar. Esto era violar el espíritu de la ley tanto como el texto. Los testigos representan á la sociedad, garantizan la libertad de las partes contrayentes; ¿qué viene á ser esa garantía si el notario segundo ó los testigos no hacen más que firmar? La corte de casación habiendo decidido en 1841, que era necesaria la presencia de los testigos so pena de nulidad, se expidió una ley (21 de Junio de 1843) que hizo válidas las donaciones hechas conforme al uso ilegal que hasta entonces había reinado, y que exigió para el porvenir la presencia del segundo notario ó la de los testigos en el momento de la lectura y de la firma de la escritura.

La jurisprudencia ha hecho numerosas aplicaciones del principio asentado por el artículo 931, lo que prueba que se trata de eludir el rigor de la ley. No hay más que variar: la ley es rigurosa, y debe ser interpretada con espíritu de rigor. Si uno de los testigos es extraño, la escritura es nula y la donación es inexistente; basta que uno de los testigos no esté domiciliado en la circunscripción communal en donde la escritura se ha celebrado, para que haya nulidad de la escritura y la inexistencia de la donación; con mayor razón es así cuando uno de los testigos no fir-

ma (1). Se necesita, además, la mención de la firma, bajo pena de nulidad, lo que acarrea la inexistencia de la donación (2). Hacemos constar la mención de la jurisprudencia que, por lo demás, no da lugar á duda alguna para manifestar hasta dónde llega el rigor de la ley; ella es excesiva. Al excederse de su objeto, el legislador ha faltado á dicho objeto; la jurisprudencia se ha libertado por completo de estos rigores, y aun de las formalidades más esenciales, consagrando la validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de un contrato oneroso.

232. El principio del artículo 932 se aplica á todas las cláusulas de la donación. Esto ha sido fallado por la corte de casación, y no tiene la menor duda. En el caso de que se trata, la escritura no mencionaba por gravámenes que el donatario había subscripto; pero existía un principio de prueba por escrito. La corte de Lyon admite al donador á la prueba por testigos de la existencia de los gravámenes; es evidente que no se puede probar por testigos la existencia de una donación; pero siendo esta válida en la forma, parecía á la corte que ella volvía á entrar al derecho común, en lo concerniente á las cláusulas de la escritura. Este era un singular error: ¿acaso la escritura no consiste en las diversas cláusulas que constituyen su substancia? Luego todas las cláusulas deben comprobarse en la forma auténtica, no para la prueba, sino para la existencia misma de la donación. En vano la corte dice que el artículo 1,347 contiene una disposición general que no admite ninguna excepción; ésto es confundir las reglas concernientes á la prueba con las reglas que la ley establece para la existencia de los contratos. En tanto que no se trata más que de probar la cláusula de un contrato, el ar.

1 Colmar, 10 de Agosto de 1818; Grenoble, 21 de Diciembre de 1827; París, 1<sup>o</sup> floreal, año XI (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,417)

2 Bruselas, 11 de Enero de 1822 (*Pasierisja*, 1822, pág. 22).

título 1,347 es aplicable; cesa de serlo cuando el debate estriba en la existencia de la donación. La sentencia de la corte de Lyon fué casada. (1)

Una sentencia de la corte de París parece contraria á esta decisión. En el caso de que se trata, la donación implicaba finiquito de la suma donada, y una contra escritura comprobada que no se había pagado la suma. Sostúvose que la contra escritura era nula, porque estaba hecha por documento privado. La corte de París falló que era válida: ¿no era ésto decidir que una cláusula de la escritura de donación puede ser recibida por firma privada? No porque el finiquito de la suma donada no es una cláusula de la escritura, sino que concierne á la ejecución de la donación, es una simple cuestión de prueba, que vuelve á la aplicación de los principios generales de derecho, no exigiendo que la ejecución de la donación se compruebe por escritura auténtica, y no había razón para llevar hasta ese punto las exigencias de la solemnidad, que son ya excesivas. (2)

233. Resulta de esto una consecuencia acerca de la cual ya no hay duda sino respecto del principio, y es que debiendo ser auténtica la donación, si el escrito que la comprueba ha quedado imperfecto, no hay donación; el donador no está encadenado aun cuando hubiese firmado; su firma no prueba más que su consentimiento, lo que basta cuando el acto no es solemne; (art. 1,318) cuando es solemne, el simple consentimiento no es suficiente; se necesita que se manifieste por una escritura de donación válida en todos sus elementos. Así pues, el donador podría retirar su firma; en tanto que la escritura permanezca imperfecta, no está obligado, aunque haya consentido. Esto pa

1 Casación, 6 de Junio de 1855 (Daloz, 1855, 1, 243).

2 París; 15 de Febrero de, 1853 (Daloz, 1855, 2, 334)

rece poco racional, pero es una consecuencia muy jurídica de la solemnidad de la escritura. (1)

Por la misma razón, la escritura que ha quedado incompleta por falta de firma del donador, no daría ningún derecho al donatario, aun cuando el donador hubiese estado impedido de firmar por los parientes, y aun cuando su muerte hubiese hecho imposible la perfección de la donación. Pero el donatario tendría una acción en virtud del artículo 1,382, si se hubiese establecido que la donación había recibido su perfección sin la operación de los parientes; tal hecho sería indemnisible por constituir una dolosa, y todo delito da una acción de daños y perjuicios al que ha sido lesionado. (2)

234. La mujer que quiere hacer una donación, debe estar autorizada por su marido. ¿Esta autorización debe ser auténtica? En otro pasaje (t. III, núm. 119) hemos contestado á la pregunta; según los principios generales, no es dudoso; el artículo 217 lo decide: "La mujer no puede donar sin el concurso del marido en la escritura, ó su consentimiento por escrito." La ley no exige que el escrito sea auténtico. Troplong se limita á decir que la jurisprudencia lo exige. (3) La jurisprudencia no tiene derecho á exigir que sea auténtica la autorización del marido y á exigir de este modo una nulidad que la ley no establece. Luego hay que ver si tal condición resulta de los principios generales. La respuesta es también negativa; la autorización del marido no es una forma que se refiere al consentimiento y para la cual, en los actos solemnes, se requiere la solemnidad como condición de existencia de la escritura;

1 Orleans, 13 de Junio de 1838 (Daloz, "Disposiciones," número 1,418).

2 Angers, 14 de Febrero de 1866 (Daloz, 1866, 2, 166).

3 Troplong, t. 5°, pág. 367, núm. 1,085. En sentido contrario, Demolombe, t. 26, pág. 26, núm. 32.

el marido sólo interviene para cubrir la incapacidad de la mujer. Sería preciso un texto para extender á la autorización marital lo que la ley dice del consentimiento de las partes contrayentes. Ahora bien, en el título de las *Donaciones*, no hay ninguna disposición en donde pueda inferirse esta voluntad del legislador; y esto es decisivo.

235. Pothier dice que antes de la ordenanza de 1731 se juzgaba que el depósito de la escritura bajo forma privada en poder de un notario hacía válida la donación, porque con esto se aseguraba su irrevocabilidad; pero, agrega el mismo Pothier, desde que hay una ley formal que sujeta las donaciones á la forma de la autenticidad, este depósito no haría válida una donación hecha por documento privado, porque las formas de las escrituras no pueden satisfacerse por equivalencia. (1) Sería lo mismo del reconocimiento de la escritura bajo firma privada hecho judicialmente ó ante notario. La ley hipotecaria belga, después de haber dicho que la hipoteca convencional no puede consentirse sino por escritura auténtica, añade: "ó por escritura bajo firma privada, reconocida judicialmente ó ante notario." ¿Hay que aplicar esta disposición por analogía á las donaciones? La cuestión está en saber si el art. 76 es la aplicación de los principios generales, ó si los deroga. Furgole ha previsto la dificultad, y la resuelve por una distinción. Una donación de escritura privada, dice él, nula por este capítulo, no podría validarse por el reconocimiento que de ella se hiciese en fallo, ni por una ratificación, por expresa que pueda ser, que se hubiese hecho ante el juez, porque la ratificación, para que sea eficaz, debe estar revestida de la formalidad que exige la escritura principal que debe ratificarse. Este principio no permite que el juez valide la escritura. En vano se diría, con la ley belga, que el reconocimiento judicial vuelve la escritura au-

1 Pothier, "De las donaciones entre vivos," núm. 28.

téntica; el artículo 931 no se conforma con la autenticidad; quiere que la escritura se celebre ante notarios; y el artículo 1,339 no admite al donador á que confirme la donación nula en la forma, sino que quiere que vuelva á hacerse en la forma legal. Así, pues, la ley hipotecaria derogó el rigor de los principios, asimilando una escritura bajo firma privada reconocida judicialmente á una escritura celebrada ante notarios; por lo mismo, debe restringirse el artículo 76 á las hipotecas, y no se le puede aplicar á las donaciones.

¿Se necesita que la procuración sea recibida por escritura notariada? La ley francesa de 21 de Junio de 1843 decide la cuestión afirmativamente. En Bélgica quedamos bajo el imperio del código civil, quo permanece mudo acerca del mandato á efecto de donar. De aquí una dificultad seria: ¿el intérprete puede exigir la autenticidad, bajo pena de nulidad, aun cuando la ley no lo exija? Acabamos de decir que el intérprete no tiene ese derecho (número 234). Pero debe verse si la ley no decide implícitamente que la procuración á efecto de donar debe ser auténtica. Tal es nuestro parecer. El artículo 931 quiere que la escritura de donación se celebre ante notarios. ¿Qué cosa es la escritura de donación? Ella hace constar el consentimiento de las dos partes; este consentimiento es el que debe darse en la forma auténtica; es lo que constituye la solemnidad de la donación. Ahora bien, cuando las partes no se presentan personalmente ante el oficial público ¿de dónde resulta su consentimiento solemne? No de la declaración del mandatario, porque éste no habla en propio nombre, no es más que el órgano del mandante; luego para que pueda decirse que el mandante consiente en la forma auténtica, es preciso que el mandato sea auténtico. Así es que la procuración es un elemento esencial en la manifestación del consentimiento, y éste es el que de-

be expresarse en la forma auténtica, conforme al espíritu y al texto de la ley. Esto decide nuestra cuestión. El artículo 933 aplica este principio á la procuración que da poder para donar. Habría una anomalía inexplicable en la ley, si la procuración del donatario debiera ser auténtica y si la procuración del donador pudiera ser bajo firma privada.

Al motivar nuestra opinión, hemos contestado de antemano á las objeciones que se hacen. La procuración á efecto de donar, se dice, no es la donación, y es aumentar la ley el exigir la autenticidad para el mandato, siendo que el mandatario consiente en las formas solemnes. (1) Contestamos con la corte de Dijon, (2) que su prevención se refiere al instrumento de la donación y se liga á él esencialmente; por más que materialmente distintas, las dos escrituras son legalmente indivisibles; son las dos partes de un solo y mismo texto; el donador consiente por medio del procurador apoderado, es decir, por el mandato y por la declaración del mandatario. Luego cuando el donador da un mandato bajo fianza privada, no manifiesta su voluntad en una forma auténtica. ¿Se quiere la prueba? Cuando el consentimiento es realmente auténtico, no se le puede debatir sino pidiendo su falsedad; mientras que si el donador ha dado una procuración bajo firma privada, puede desconocer su escrito, y los herederos pueden limitarse á declarar que no lo reconocen, para ponerlo todo en duda; y ¿es esto un consentimiento auténtico? El espíritu de la ley no deja duda alguna. ¿Por qué quiere que la donación se reciba por notarios? Porque la intervención del oficial

1 Coin-Delisle, pág. 185, núm. 5 del artículo 931; Tolosa, 19 de Agosto de 1821 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,422).

2 Dijon, 15 de Enero de 1840 y denegada de la sala de lo civil del 19 de Abril de 1843 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,421). Compárese Donat, 10 de Agosto de 1846 (Daloz, 1846, 2, 159). Denegación, 1.º de Diciembre de 1846 (Daloz, 1847, 1, 15).

público es una garantía para el donador, asegura su libertad, y, por otra parte, hace la donación fija é inmutable. ¿Qué viene á ser de estas garantías si se permite al donador que se haga representar por un mandatario á quien da su poder bajo firma privada, poder que puede arrancársele por la violencia moral, ó sorprendérsele por la reducción y la captación?

Insístese y se dice que, en el silencio de la ley, deben aplicarse los principios generales; ahora bien, el artículo 1,985 dice que el mandato puede darse ó por escritura pública ó por documento privado, y hasta por carta. ¿No es llegado el caso de decir que la regla debe aplicarse por el hecho solo de que la ley no la deroga? Se contesta, y la respuesta es perentoria, que el artículo 1,985 es extraño á las escrituras solemnes. La cuestión debe decidirse por el artículo 931 combinado con el 933, que derogan el derecho común, exigiendo la solemnidad en la expresión del consentimiento de las dos partes contrayentes. No es pues exacto, decir que la ley guarda silencio; el artículo 931 habla con claridad, y sin duda por claro es por lo que el legislador ha creído inútil decir para el donador lo que el artículo 933 dice para el donatario. (1)

Hay, además, otra dificultad: ¿se necesita que la procuración sea recibida en minuta? Más adelante diremos que el artículo 933 parece exigir esta formalidad para la procuración á efecto de aceptar; no obstante, la cuestión es controvertida; es todavía más dudosa para la procuración á efecto de donar. Hay razón para decir que la procuración no es aun la donación, pero desde el momento en que el mandatario comparece ante el notario y consiente á nombre del donador, se logra el objeto de la autenticidad; y como la donación se recibe en minuta y la procuración le

1 Demante, t. 4º, pág. 176, núm. 72 bis 4º; Demolombe, t. 20, página 21, núm. 30.

va anexa, la irrevocabilidad está igualmente asegurada. Siendo todo de rigor en materia de formas, nada puede añadirse á la ley; y ¿no sería añadirle el exigir una procuración en minuta? Tal es nuestro parecer. Verdad es que de esto resultaría una anomalía, y si se admite, como vamos á decirlo, que la procuración á efecto de aceptar debe recibirse en minuta; pero la anomalía se debe al legislador, el intérprete no puede aplicar los principios, y éstos no le permiten que aumente el rigor de la ley.

### § III.—DE LA ACEPTACION.

#### *Núm. 1. Principio.*

237. Bajo el punto de vista del artículo 932, la donación debe aceptarse en términos expresos. La ordenanza de 1731, á la que está tomada esta condición, la explica cómo sigue: "La aceptación de la donación será expresa, sin que los jueces puedan tener ningún miramiento á las circunstancias de los que pudieran inferirse una aceptación tácita ó prescindible; y esto aun cuando el donatario hubiese estado presente en la escritura y la hubiese formado ó que hubiese entrado en posesión de las cosas donadas." Luego es preciso que el notario mencione que el donatario acepta; sin esta mención, la donación es nula, es decir, inexistente, porque se supone que el donatario no ha consentido cuando no lo ha hecho en las formas consentidas por la ley; ahora bien, la ley hace de la aceptación expresa una de las condiciones substanciales de la donación. El artículo 932 lo dice: la donación que no se acepta en términos expresos no produce ningún efecto. Es una disposición enteramente arbitraria, que no se funda ni con principio de derecho ni de razón. ¿Si fuera necesario establecer una diferencia entre la donación y los demás contratos, habría que hacerlo en sentido inverso, mostrándose más fácil para el consentimiento del donatario? ¿no recibe él un beneficio?

¿y quién está dispuesto á rehusar un beneficio? Si la presencia en la escritura y la firma son suficientes para comprometer á las partes á los actos más onerosos, con mayor razón deberían ser suficientes para comprobar la aceptación del donatario que á nada se compromete y que recibe una liberalidad sin estar obligado á dar ningún equivalente.

Sin embargo, la ley es formal, y debe uno atenerse á ella, sin exagerar su rigor, pero también sin eludirlo porque repugna á la razón. ¿Es preciso que el notario se sirva de la palabra *acceptar*? Ciertamente que no, porque no tenemos ya términos sacramentales; luego en principio, debe decidirse que él puede emplear una excepción equivalente; pero es también necesario emplear una excepción equivalente, supuesto que la ley exige la mención de la aceptación. ¿La expresión de que se ha servido el notario es equivalente? Esto no puede ser una cuestión de derecho, y al juez incumbe resolverla de hecho. Se ha fallado que cuando dos cónyuges adquieren un inmueble en común y cuando la escritura de venta contiene donación del usufructo en provecho del superviviente, la expresión á *esto presentes y aceptantes* que en ella se encuentran, constituye una aceptación suficiente de la donación. (1) La cuestión es dudosa. Se objeta que las expresiones á *esto presentes y aceptantes* son una fórmula de estilo que se encuentra en todas las escrituras; ahora bien, la ley quiere más; así pues, la prudencia exige que el notario mencione especialmente la aceptación del donatario. Se ha fallado, además, que cuando la escritura de una donación de una suma de dinero comprueba que en el momento mismo en que se ha celebrado, esta suma ha sido contada al donatario, que ha dado recibo de ella, éste hecho constituye una aceptación formal. (2)

1 Metz, 4 de Julio de 1817 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 2,454).

2 Grenoble, 6 de Enero de 1831, (Dalloz, "Disposiciones," número 1,434).

Si la corte hubiera dicho: un consentimiento formal, habría estado más en lo justo; pero la ley no se conforma con el consentimiento, por cierto que sea, sino que quiere una aceptación en *términos* expresos; y, en el caso de que se trata, no había ningún término. Se ve que las cortes interpretan la ley, de suerte que le dan un sentido razonable; luego hay que tomarla tal como es, sin querer poner la razón en donde ésta no existe. Repetiremos: el consejo que todos los autores deberían dar á los notarios, es que reproduzcan los términos de la ley, y con esto evitarían pleitos á las partes y para ellos recursos de responsabilidad.

238. "La aceptación podrá hacerse por escritura posterior y auténtica de la que quedará minuta." Esto no es más que el derecho común, en lo concerniente al consentimiento; cuando una de las partes hace una oferta, la otra puede aceptarla posteriormente; pero como aquí se trata del consentimiento dado en una escritura solemne, la ley quiere que la aceptación sea auténtica, es decir, recibida por notario en la forma legal. Es preciso, dice el artículo 932, que la aceptación se haga en vida del donador. El curso de consentimiento no tiene lugar sino al verificarse la aceptación, luego es preciso que en ese momento el donador mantenga su consentimiento; de donde se sigue que debe estar con vida; porque, dice Pohtier, con demasiada sencillez, nada puede uno hacer después de muerto. Por la misma razón, es preciso que la aceptación se haga viviendo el donatario; sus herederos no pueden aceptar, porque no representan al difunto sino por los derechos que éste tenía á su fallecimiento; ahora bien, el donatario que muere antes de haber aceptado no tenía ningún derecho, luego no puede transmitir ninguno á sus herederos. Tan cierto es esto que antes de la aceptación el donador puede revocar la donación; ésto todavía no es más que un proyecto, dice Furgole; ahora bien, el donador puede revocar

el proyecto que tenía de gratificar al donatario; él no está ligado por su oferta sino cuando el donatario lo ha aceptado; de suerte que si la aceptación tuviera lugar después de que el donador ha reservado la oferta, sería inoperante. Por último, es preciso que el donatario acepte cuando el donador es capaz de consentir; si, cuando la aceptación, el donador se hubiese vuelto loco, no habría donación porque no habría concurso de consentimiento. (1)

*Núm. 2. Quien debe ó puede aceptar.*

239. “Si el donatario es mayor, la aceptación debe hacerla él mismo” (art. 933). Por mayor, la ley quiere dar á entender el que es capaz de todos los actos de la vida civil, y ella prescribe formalidades especiales para los incapaces. ¿En qué sentido dice el artículo 933 que la aceptación debe hacerla el donatario si es mayor? Su aceptación es una condición esencial para la existencia de la donación. Síguese de aquí que los herederos del donatario no pueden aceptar la donación; no lo pueden tampoco sus causahabientes. “Los acreedores pueden ejercitar todos los derechos de su deudor, es decir los derechos que están en su patrimonio; pero la donación no aceptada no existe; luego no está en el patrimonio del donatario; en consecuencia, los acreedores no pueden proceder en virtud del artículo 1,166; ni siquiera podrían proceder por la acción pauliana, sosteniendo que el donatario no acepta en fraude de sus derechos, porque la acción pauliana, supone que el deudor disminuye su patrimonio por un acto fraudulento; ahora bien, el donatario que no acepta, lo único que hace es descuidar enriquecerse, lo que tiene derecho de hacer, sin lesionar á sus acreedores, porque estos no tienen por prenda

1 Pothier, *De las donaciones*, núms. 54-56. Fargole, *Cuestiones sobre las donaciones*, 5º, 4-7,

más que sus bienes, y la donación no aceptada no forma parte de los bienes de aquél.

240. Furgole plantea la cuestión siguiente sobre la aceptación del donatario: "Cuando la donación se hace en dos personas, una presente y otra ausente, la aceptación de una aprovecha á la otra." (1) La dificultad se ha presentado ante la corte de Bruselas; una señora constituyó, en provecho de diez sirvientes de un marido difunto, una renta vitalicia de cincuenta florines por año para cada uno de ellos, con cláusula de reversibilidad sobre los últimos que vivieran. Uno sólo de los donatarios aceptó expresamente, añadiendo que hacía ésta aceptación tanto por él como por sus compañeros; pero él no había recibido ningún mandato de éstos, que ni siquiera ratificaron lo que él había hecho á nombre de ellos. La corte falló que no les aprovechaba la aceptación. (2) Furgole decide la cuestión en el mismo sentido; ella no ofrece duda alguna bajo el dominio del código, supuesto que quiere que la aceptación la haga el donatario. Sin embargo, Furgole añade la restricción de que si la donación se hiciese por el todo á cada uno de los donatarios, la aceptación podría hacerse por el todo, cosa que es evidente; de todas suertes esta aceptación no aprovecharía más que al donatario aceptante, y no á los que no hubiesen aceptado.

241. La sentencia de la corte de Bruselas supone que si hubiera habido ratificación, la aceptación hecha por los donatarios ausentes habría sido válida. Esto es controvertido y hay dudas. Según los términos del artículo 1,119, "en general no se puede ni comprometerse ni estipular en propio nombre, sino por sí mismo." El artículo 1,120 añade una restricción á este principio. "Se puede no obstante,

1 Furgole, "Cuestión 1ª sobre las donaciones," (Obras, t. 6ª, página 1). Demolombe, t. 20, pág. 154, núm. 157.

2 Bruselas, 26 de Noviembre de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 540). Compárese Burdeos, 3 de Agosto de 1858 (*Dalloz*, 1759, 2; 119).

salir garante por un tercero, prometiendo el acto de éste." ¿Estos artículos permiten ó prohíben que el donatario ausente acepte una donación? En estos términos es como los autores discuten la cuestión; nosotros creemos que los artículos 1,119 y 1,120 son extraños al debate. Ellos, en efecto, suponen, que el que permite ó estipula, lo hace en su nombre para un tercero; ellos no impiden ciertamente que el mandatario ó el gerente de negocios prometa ó estipule por el mandante ó el dueño; conforme á este principio, la aceptación podría hacerse á nombre del donatario, sea con mandato, sea sin él; sólo que en éste último caso, se necesitaría una ratificación, lo que equivale á un mandato. Tal es el sentido de la decisión dada por la corte de Bruselas. Queda por saber si el artículo 933 no deroga estos principios.

Para penetrar bien su sentido, debemos acercarnos á la ordenanza de 1731; el artículo 5 decía que las donaciones no producirían ningún efecto sino desde el día en que hubiesen sido aceptadas por el donatario, ó por un procurador general ó especial; y en seguida decía: "Y en caso de que hubiese sido aceptada por una persona que hubiese declarado salir garante por el donatario ausente, dicha donación no tendrá efecto sino desde el día de la ratificación expresa que dicho donatario haya hecho por escritura celebrada ante notario, de cuya escritura quedará una minuta. Prohibimos á todos los notarios que acepten las donaciones estipulando por los donatarios ausentes, bajo pena de nulidad de dichas estipulaciones." Hagamos notar que la ordenanza derogaba el derecho común, porque no admitía que la ratificación tuviese efecto retroactivo; limitada de este modo, la aceptación cesaba de tener utilidad para el donatario; no comprometía al donador y no aprovechaba al donatario. Quizás por estas razones es por lo que los autores del código han suprimido la última par-

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 Duranton, 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 expresar 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 habla 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 Donat, 6 de Agosto de 1843 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 111 y 14); Duranton t. 8°, 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. Dè 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 viviendõ 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 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 (Loaré, t. 5º, página 251).

2 Bigot-Prémeneu, Exposición de motivos núm. 36 (Loaré, 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 Pethier, *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 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. 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. 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 sóla persona en el contrato. Este es todavía el caso de aplicar el principio *nemo potest esse auctor in reo ruam*.

Acerca de este punto, todos están de acuerdo; pero hay disenso 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, pag. 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; pági- na 68). Rouen, 26 de Febrero de 1852 (Daloz, 1853, 2, 26).

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

6 Coin-Delisle, pág. 207, núm. 2 del artículo 935, Daloz, núm. ro 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 querra 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 consejo. 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 consejo 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 consejo.

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. 44; Ooin-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 cóncejo 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 solemnues, 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. Síguese 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.*

##### *1. 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 donación.

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.

¿Se concibe que una donación que el tutor ha aceptado, después de deliberación y dictamen favorable de los parientes, pueda todavía atacarse? La ley dice positivamente que se reputa al menor como mayor cuando ha disfrutado de la protección que la ley quiere asegurarle. Apesar de un texto tan formal, se sostiene que el menor no está ligado por la aceptación hecha conforme á la ley. Se invoca la tradición; nosotros probaremos, en el título de las *Obligaciones*, que la tradición no tiene ninguna autoridad en esta materia, porque los autores del código no han establecido nuevos principios.

Hay que tener cuidado; la tradición puede extraviar al intérprete, así como puede ilustrarlo, y necesariamente lo extravía cuando queda encadenado á ella siendo que el legislador se ha apartado. Atengámonos al texto claro y formal de la ley, y éste es un guía que no puede engañar.

257. ¿Debe aplicarse el mismo principio á la aceptación hecha por los ascendientes? Nosotros no vacilamos en contestar afirmativamente. En efecto, la ley da mandato á los ascendientes para que acepten las donaciones hechas á los menores; luego son ellos, en cuanto á este acto, los representantes legales del menor; por lo mismo, se les debe aplicar el principio general, según el cual el menor está legado por los actos de los que lo representan legalmente. Hay, sin embargo, alguna vacilación acerca de este punto, hasta entre los autores que admiten el principio que acabamos de formular. Verdad es que hay una garantía menos para el menor, supuesto que el consejo de familia no interviene; si la donación está gravada con una carga, la aceptación hecha imprudentemente por un ascendiente puede comprometer los intereses del menor. Nuestra respuesta se halla en el texto de la ley. Ya lo dijimos (núm. 247); el artículo 935 es absoluto; no distingue las donaciones con gravamen

de las que no la tienen; se atiende al afecto de los ascendientes. Si esta garantía es insuficiente, hay que echar la culpa al legislador.

### *II. Nulidad de la aceptación.*

258. La aceptación de una donación hecha á un incapaz es nula en dos casos. En primer lugar, cuando el representante legal del incapaz no observa las formalidades prescriptas por la ley; tal sería la aceptación que el tutor hiciera sin autorización del consejo de familia. Se ha fallado que esta aceptación no es nula, porque la ley no pronuncia la nulidad, y porque en todo caso la nulidad no sería más que relativa, por aplicación del artículo 1,125. (1) Esta jurisprudencia se halla en oposición con el principio fundamental que permite al menor que pida la nulidad de los actos que su tutor ha hecho sin observar las formas legales. Nosotros estableceremos este principio en el título de las *Obligaciones*. Hay autores que van más lejos y que consideran el acto irregular como inexistente. (2) Aplazamos igualmente la discusión de esta opinión. A nuestro juicio hay simple nulidad y no inexistencia del acto. Tal es, al menos, el principio que rige los actos ordinarios. Queda por saber si, en la donación, la nulidad de la aceptación implica la inexistencia del acto. Vamos á ver como la jurisprudencia admite la inexistencia de la donación cuando es el menor el que acepta sin intervención del tutor, sin autorización del consejo de familia. En este sistema, hay que decidir también que la aceptación hecha por el tutor sin autorización, es radicalmente nula, en el sentido de que no hay aceptación y, por lo tanto, donación. Es el menor, donatario, el que acepta por el órgano de su tutor, pero éste no tiene derecho de representar á su pupilo sino con

1 Colmar, 13 de Diciembre de 1808 y Metz, 17 de Agosto de 1824 (Daloz, "Disposiciones," núm. 1,479).

2 Demante; t. 8º, pág. 489, núm. 446.

la autorización del consejo de familia; la aceptación, en este caso, está, pues, sometida á una forma especial, y la nulidad de la forma implica la inexistencia de la donación (art. 1,339). El artículo 1,125, invocado por las cortes de Colmar y de Metz, es inaplicable al caso, porque supone una obligación contraída por el menor; mientras que estamos suponiendo que el tutor ha aceptado la donación sin autorización. Por otra parte, el artículo 1,125, en la doctrina consagrada por la jurisprudencia, no se aplica á los actos solemnes, luego hay que hacerlo á un lado para los principios especiales que la ley establece en materia de donaciones. (1)

Cuando la donación hecha al menor es aceptada por un ascendiente, no hay formas; la aceptación es siempre válida, á menos que el ascendiente tenga intereses opuestos á los del menor. ¿La aceptación sería nula en este caso ó inexistente, en el sentido de que implicaría la inexistencia de la donación? Supuesto que la ley no prescribe formas, no puede invocarse en el artículo 1,339 ni los principios que rigen los actos solemnes; lo que decide la cuestión. Se vuelve á los principios generales según los cuales el menor puede pedir la nulidad de los actos en los cuales no ha sido representado válidamente por su tutor, ó por cualquiera otro mandatario legal; estando fundada la nulidad en que sus intereses no han sido resguardados, él sólo puede prevalerse de ella.

259. La aceptación es además nula cuando la hace el incapaz en observar las formas ó condiciones prescritas por la ley; tal sería la aceptación por la mujer casada, sin autorización marital; por el menor, sin intervención de su tutor y del consejo de familia; por el menor emancipado sin asistencia de su curador. Que sea nula la aceptación,

1 Coin-Delisle, pág. 207, núm. 22 del artículo 935; Merlin, *Reperitorio*, en la palabra *Menor*, pfo. 7<sup>o</sup>, núm. 2.

esto casi no tiene duda. Es verdad que la ley no pronuncia la nulidad; pero después de haber determinado cómo debe aceptarse la donación, ella agrega (art. 928): “la donación *debidamente aceptada* se perfeccionará por el consentimiento sólo de las partes.” Si la aceptación no es regular, la donación es imperfecta; luego es nula ó inexistente. La doctrina vacila entre estas dos opiniones; la jurisprudencia francesa se manifiesta por la inexistencia de la donación, mientras que la jurisprudencia de las cortes de Bélgica se inclina hacia la opinión contraria.

Si pudiera decidirse la cuestión conforme á los principios generales, no sería dudosa la solución. Una cosa es el consentimiento y otra la capacidad de consentir. Cuando no hay consentimiento, el contrato es inexistente; mientras que la capacidad es únicamente un requisito para la validez de los contratos; el artículo 1,125 es formal: “El menor, el incapacitado y la mujer casada no pueden atacar, por causa de incapacidad, sus compromisos sino en los casos previstos por la ley. Las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor, del incapacitado ó de la mujer casada con quienes aquellos han contratado.” Así es que el contrato no liga á las personas capaces que son partes en ellos; luego existe; los incapaces sólo tienen una acción de nulidad. Si este principio se aplicara á las donaciones, habría que decidir sin vacilar que la aceptación del incapaz hace nula la donación únicamente por interés del incapaz; de donde se seguiría que el donador no puede prevalerse de la nulidad de la aceptación. Hay autores y cortes que así lo resuelven (1)

Esto no es tener para nada en cuenta la verdadera dificultad. La cuestión está en saber precisamente si el artí-

1 Demolombe, t. 20, pág. 159, núm. 219 y los autores que él cita, Toullier, Durantou, Vazeille, Marcadé, Valetle. Nimes, 12 de Agosto de 1808 (Daloz, núm. 1,479). Donaj, 6 de Agosto de 1823 (Daloz,

culo 1,125 es aplicable á los contratos solemnes y principalmente á la donación. Hay á nuestro juicio una razón decisiva para apartarlo del debate. En los contratos ordinarios no solemnes, la ley se conforma con el consentimiento de las partes contrayentes; la capacidad que ella exige es la de contratar, es decir de consentir. En esta teoría general, la capacidad se distingue del consentimiento. La mujer puede consentir aunque sea incapaz; si consiente sin autorización marital, puede pedir la nulidad del contrato en razón de su incapacidad; pero como esta nulidad está exclusivamente establecida en su favor, ella sola puede oponerla. No sucede así con la donación; la ley no se conforma con el consentimiento, sino que exige una aceptación solemne; la aceptación debe hacerse en términos expresos y conforme á las reglas que el código prescribe. ¿Tienen estas reglas por único objeto garantir los intereses del incapaz? No, porque la ley se ocupa también del donatario capaz, y esto para derogar los principios generales; un tercero no puede aceptar á nombre del donatario, aun cuando éste ratificase la aceptación. Esta derogación del derecho común nos revela el espíritu de la ley, que quiere estorbar las donaciones, sobrecargarlas de condiciones y formas, multiplicar las causas de nulidad, ó, digamos mejor, de inexistencia de donaciones. Si no fuera ese su objeto ¿para qué había de entrar en el detalle de las condiciones y de las formas de la aceptación en lo concerniente á los incapaces? ¿por qué repite en el artículo 934 lo que ya dijo en el 217? ¿por qué reproducir en el artículo 935 la disposición del 463? Bastaría señarse á los principios generales, si la ley quisiera que se aplicaran tales principios. La ley quiere otra cosa; las condiciones que, según el derecho común, no son concernientes más que á la capacidad (n.º 1,414); Nancy, 14 de Febrero de 1839 (Dallez, n.º 1,479). Argelia, 31 de Julio de 1854 (casada, Dalloz, 1856, 1, 283).

dad, se vuelven para las donaciones condiciones de forma; el título de la sección I nos lo dice, y la consecuencia es muy grave.

Las formas constituyen la solemnidad; nula en la forma, la donación cesa de ser solemne; luego es inexistente. Tal es ciertamente el sentido del artículo 938: la donación *debidamente* aceptada es perfecta; luego le falta algo á la perfección de la donación que no está debidamente aceptada; y, ¿esto no equivale á decir que no tiene existencia legal? Ella es nula en la forma, como lo dice el artículo 1,339, y por esto se entiende una donación que no existe á los ojos de la ley.

Nuestra conclusión es que el artículo 1,125 no es aplicable más que á los contratos ordinarios, para los cuales la ley no exige más que el consentimiento y la capacidad de consentir; lo que conduce al sistema de una nulidad relativa. Para la donación, al contrario, la ley exige una aceptación, es decir, una solemnidad; por lo mismo, la *capacidad de aceptar* no debe confundirse con la *capacidad de consentir*; ésta se rige por el artículo 1,125; y por esto mismo, esta disposición es inaplicable á la capacidad de *aceptar*. Siendo solemne la aceptación, las condiciones prescritas para ella participan del elemento de solemnidad, se convierten en formas, en cuya observancia no hay aceptación, y por lo tanto, donación. La corte de Bruselas objeta que el artículo 985 no es más que la reproducción del artículo 463; y éste último dice que la donación aceptada por el tutor con autorización del concejo de familia ten irá; *respecto del menor*, el mismo efecto que respecto del mayor. He allí, dice la corte, el principio de la nulidad relativa del cual sólo el menor puede prevalerse, prueba de que el artículo 1,125 rige las donaciones tanto como los contratos ordinarios (1). A nosotros nos parece que

1 Bruselas, 30 de Julio de 1867 (*Pasicrisia*, 1868, 2, 14.

la corte confunde dos hipótesis muy distintas. En el artículo 1,125, la ley prevee el caso en que el menor contrata sin la intervención del tutor; mientras que el artículo 463 supone que el tutor promueve; nace entonces la cuestión de saber si el menor puede atacar los actos hechos por su tutor conforme á la ley; el código decide la cuestión negativamente. El artículo 463 nada tiene de común con la dificultad que estamos discutiendo.

El espíritu de la ley está en armonía con la interpretación que estamos dando al texto. En el antiguo derecho, la cuestión era ya controvertida, pero había para la nulidad de la aceptación irregular, y, en consecuencia, para la inexistencia de la donación, una autoridad que debía parecer decisiva, la opinión de d'Aguesseau, el autor de la ordenanza de 1,731: (1) ¿quién mejor que él podía conocer el espíritu de ésta? Ahora bien, los autores del código han pretendido consagrar los principios formulados por la ordenanza; el relator del Tribunal lo dice en términos formales. "La aceptación, dice Jaubert, que no ligara al donatario, no podría comprometer al donador." (2) Bajo el punto de vista de los principios generales, esta máxima no es ciertamente verdadera, porque el artículo 1,125 dice todo lo contrario. Esto prueba que el legislador no ha querido seguir el derecho común en materia de donaciones. Puede explicarse esta derogación por el poco favor de que disfrutaban las donaciones, pero aquí hay un motivo racional. En las donaciones ordinarias, la nulidad que resulta de la incapacidad debe ser relativa, porque sólo se ha establecido por interés de los incapaces; declarar inexistente el contrato, habría sido excederse de su objeto, porque el con-

1 D'Aguesseau, cartas, 290 y 293 (obras t. 5º, núm. 40, pág. 360 y 370.

2 Jaubert, Informe, núm. 42 (Loché, t. 5º, pág. 352). Compárese Aubry y Rau, t. 5º, pág. 461, nota 2. Coin-Delisle, pág. 207, número 24 del artículo 935. Duvergier sobre Toullier, t. 3º, 1, pág. 125 nota a.

trato puede ser favorable á los menores ó á las mujeres casadas, á pesar de su incapacidad; luego era preciso dejar que fuesen jueces de su propio interés, permitiéndoles promover la nulidad ó no promoverla; la nulidad ampara mejor sus intereses que la inexistencia; ahora bien, sus intereses solos entran en la cuestión; he aquí por qué la capacidad no es más que una condición de validez en los contratos ordinarios. En las donaciones, es otra cosa. Hay algunos intereses de moralidad pública: no dar la acción más que á los incapaces, habría sido establecer una ridícula sanción; porque no estando obligado á nada el donatario por la donación, al menos en general, ningún interés tiene en pedir la nulidad. Luego si se quisiera una sanción sería de los requisitos para la aceptación, había que dar la acción á todas las partes interesadas, es decir, declararla inexistente. (1)

### *III. Consecuencias de la falta de aceptación.*

260. El artículo 942 dice: "Los menores, los incapacitados, las mujeres casadas, no serán restituidos contra la falta de aceptación de las donaciones." Esta disposición, tomada de la ordenanza de 1731, es del todo inútil. ¿Contra quién serían restituidos los incapaces? Una donación no aceptada, es la nada; y ¿se puede pedir ser restituido contra la nada, es decir, pedir que lo que no existe tenga una existencia legal? Pothier había hecho ya la observación. "Como los incapaces, dice él, no han podido adquirir ningún derecho sino por la aceptación que no ha tenido lugar, ningún derecho hay para que se pueda otorgarles la

1 Demante, t. 4.º, pág. 176, núm. 73 bis. Caen, 8 de Mayo de 1854 (Dalloz, 1854, 2, 241). Limoges, 15 de Abril de 1836 y Tolosa, 27 de Enero de 1830 (Dalloz, "Disposiciones," núm. 1,469). Casación, 14 de Julio de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 282). Rouen, 27 de Febrero de 1852, Dalloz, 2, 226) y las sentencias citadas por Dalloz, núm. 1,479. Hay que agregar Bruselas, 26 de Enero de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 61).

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 (Dalloz, 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. 194, número 214) por Dalloz, núm. 1,512, y por Aubry y Rau, t. 5º, 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, después 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.

á decir verdad, más que una consecuencia de la voluntad de la donación; todos los elementos del consentimiento deben comprobarse auténticamente en los contratos solemnes; ahora bien, en nuestra opinión la notificación comprueba el concurso de voluntades, luego es preciso que sea auténtica. (1)

Los autores, en general, se pronuncian por la opinión contraria; invocan los trabajos preparatorios y el texto de la ley. En el proyecto del código civil, tal como se presentó al consejo de Estado y tal como éste lo adoptó, no se trataba de notificación. El Tribunado fué el que propuso dicha formalidad. Hay que escucharlo; se lee en sus Observaciones: "Ha parecido que está en el orden, que la aceptación no fuese suficiente, que era preciso además que el donador la conociera por medio de una notificación. En tanto que no hay aceptación, el donador no está obligado. El puede transmitir á terceros la propiedad de la cosa donada. Esta libertad no cesa sino por la aceptación de la donación. Pero esta aceptación puede hacerse á cien ó doscientas leguas de su domicilio; él puede ignorarla; ¿y es justo que por falta de conocimiento de esta aceptación, esté incierto sobre su propiedad y que corra el riesgo de engañar á terceros con quienes podría contratar?" En consecuencia, el Tribunado propuso que se agregara al artículo 932 que si la aceptación había tenido lugar por acto posterior, "la donación no tendría efecto sino desde el día de la notificación hecha al donador de la escritura que compruebe dicha aceptación." El consejo de Estado adoptó esta disposición, pero agregándole que la donación no tendría efecto, *respecto del donador*, sino desde el día en que se le hubiese notificado la escritura de aceptación. ¿Y acaso estas

1 Duranton; t. 8º, pág. 455, núm. 420; Toullier, t. 3º, pág. 135, número 213; Vazelle, t. 2º, pág. 230, núm. 3 del artículo 932; Dalloz, "Disposiciones," núms. 1,445 y siguientes; Moarlon, *Repeticiones*, tomo 2º, pág. 248.

palabras, *respecto del donador*, modifican el pensamiento del Tribunal? Así lo pretenden; esto resulta hasta la evidencia, dicen ellos, de la comparación de las dos disposiciones del artículo 932. En la primera, se trata de la aceptación, y en ella se dice formalmente que “la donación no comprometerá al donador y no *producirá ningún efecto* sino desde el día en que haya sido aceptada en términos expresos.” En la segunda se habla de la notificación; y la ley no dice ya que la donación no tendrá ningún efecto sino á contar desde la notificación de la aceptación; únicamente dice que la donación no tendrá ningún efecto, *respecto del donador*, sino desde el día en que se le haya notificado la escritura de aceptación. De esto se ha concluido que la donación se perfecciona por la aceptación y que no se requiere la notificación sino por interés del donador, que es el único que puede prevalerse de la falta de cumplimiento de dicha formalidad. (1)

¿Es realmente ese el sentido del artículo 932? La dificultad se reduce á saber con qué fin el consejo de Estado añadió esas palabras, *respecto del donador*. Y las actas no nos lo dicen, claro es que el cambio de reducción no altera el pensamiento esencial del Tribunal. ¿Como se constituyen los contratos? Por el concurso de voluntades. Si el donatario acepta sin que lo sepa el donador, ¿hay concurso de voluntades? Las dos voluntades coexisten, pero no concurren. Luego hay que decir, con el orador del Tribunal, que la donación no se perfecciona sino cuando el donador tiene conocimiento de la aceptación; hasta entonces no está legado, y el artículo 832 lo dice; y ¿puede

1 Observaciones del Tribunal, núm. 25 (Loaré, t. 5º, pág. 294). Demante, t. 4º, pág. 168, núm. 71, y pág. 171, núm. 71 bis 8º. Marcadé, t. 3º, pág. 555, núm. 5 del artículo 932. Demolombe, t. 20, página 140, núms. 137 y 138. Tal es también la opinión de Grenier, de Coin-Delisle, de Troplong, de Aubry y Rau (t. 5º, pág. 453, nota 3 del pfo. 650).

haber donación en tanto que el donador no esté obligado? La donación es un contrato unilateral; el donador sólo es el que se obliga; y ¿se concibe que un contrato exista cuando el sólo y único deudor no está obligado? ¿hay vínculo cuando el donador no está legado? Hasta la aceptación de la donación, no hay todavía más que una oferta; el donador puede revocarla, y no lo hace en vano el donatario le notificaría su aceptación; la donación no se perfecciona, porque cesa de haber oferta. Luego basta la notificación, no hay donación. Se dice que ésta interpretación viene á parar en borrar del artículo 832 las palabras *respecto del donador*; ¡y cuántas veces hemos dicho que no corresponde al intérprete, el mutilar la ley! Contestamos nosotros que ignoramos por qué se han agregado esas palabras á la ley; por lo mismo, es permitido interpretarla de suerte que se concilien con los principios. Lo que más preocupa al legislador, no es la cuestión de principio, es decir la cuestión de saber si la donación existe ó si no existe á contar desde la aceptación. Lo que le preocupa, es el interés práctico de la cuestión; porque ¿estará obligado el donador antes de que tenga conocimiento de la aceptación? Esta dificultad práctica es la que el consejo de Estado ha querido decidir, y la que tambien ha preocupado al Tribunalado. ¿Pero la solución que se ha dado á la dificultad de aplicación no implica la solución de la cuestión teórica? Así lo creemos. La opinión contraria es inconciliable con las mas elementales nociones de derecho.

265. Extraña anomalía que un contrato por el cual la única parte que en el contrae una obligación no está obligado. Para salvo de apuros, se imagina una condición, según lo hacen los autores frecuentemente por necesidad de la causa que defienden. El artículo 932, dicen algunos, al limitarse á declarar que la donación no tiene efecto respecto del donador en tanto que no se le haya notificado la aceptación,

debe concluirse de esto, que la donación produce en favor del donatario un efecto importante, y es el de conferirle un derecho condicional que retrocederá hasta el día de la aceptación, con tal que la notificación haya tenido lugar en tiempo útil. Síguese de aquí, que los actos de disposición que él haga serán válidos si se realiza la condición. (1) Hagamos desde luego notar que esta condición es del todo imaginaria; no hay mas condiciones que las que la ley subentiende y las que las partes estipulan. Condición legal no la hay, y tampoco condición convencional. ¿Que es entonces lo que hay? Una oferta que el donatario acepta; esta aceptación no obliga al donador, dice el artículo 932, luego siempre no hay más que una oferta, que el donador puede revocar de un instante al otro; y ¿caso una simple oferta hecha por una de las partes dá á la otra un derecho condicional? Un derecho condicional supone que el contrato se ha constituido; y en el caso de que se trata, no hay todavía mas que una oferta, ¡y se quiere que en virtud de ésta oferta el donatario pueda ejecutar actos de propiedad! El que ha hecho la oferta es el que sigue siendo propietario; y tan cierto es esto, que puede enagenar y que la enagenación revocará la oferta que él ha hecho. Si el donador es propietario, y si al enagenar tiene derecho de aniquilar su oferta ¿como es que el donatario había de tener un derecho condicional de propiedad? La verdad es que no hay contrato hasta la notificación de la aceptación, y que solo desde la notificación es cuando se transfiere la propiedad. Esto resulta del texto mismo del artículo 922 que se nos opone; basta la notificación, el donador no está ligado. No equivale esto á decir que no hay concurso de consentimiento, como tampoco condición lisa y llana? ¿Y cómo, sin concurso de consentimiento, se había de transferir la

1 Demante, t. 4º, pág. 172, núm. 78 bis 9º; Marcadé, t. 3º, páginas 553 y siguientes; Demolombe, t. 20, pág. 144, núm. 140.

propiedad? Hay en esto un tejido de imposibilidades y de contradicciones.

266. Las consecuencias que se desprenden del principio que estamos combatiendo, son tan extrañas como el principio mismo. Si el donatario se vuelve incapaz después de haber aceptado, y antes de haber notificado su aceptación ¿podrá todavía hacerse la notificación? Se contesta que el tutor del donador incapacitado podrá notificar la aceptación. Esta es una consecuencia lógica del principio de que la donación existe respecto del donatario desde el momento en que ha aceptado. ¿Pero cómo conciliar esta consecuencia con los principios que rigen el concurso de consentimiento? El donador no está todavía comprometido, dice el artículo 932; es decir que su consentimiento no existe; sólo está ligado por la notificación, luego sólo desde ese momento consiente; entonces es cuando se forma el concurso de consentimiento; y ¡en tal momento es el donatario incapaz de consentir! ¡Habría, pues, concurso de consentimiento, sin consentimiento de una de las partes!

Otra consecuencia y nueva anomalía. Los herederos del donatario fallecido pueden notificar su aceptación. Al tener lugar la notificación es cuando el donador consiente, y hasta entonces no está obligado; su consentimiento concurre con la voluntad de un muerto ¡y este singular concurso de voluntades constituirá el contrato! Hay que recordar lo que dice Pothier, que los muertos no pueden consentir. ¿Un vivo puede ligarse con un muerto? He aquí ciertamente una herejía jurídica, que, no obstante, se desprende lógicamente del principio; el donador no está ligado antes de la notificación, sino en el momento en que los herederos le notifican la aceptación; luego se liga con un muerto. ¿Existe una imposibilidad más absoluta que ésta?

Se admite, además, que los acreedores del donatario y los acreedores de sus herederos pueden notificar la acep-

tación del difunto. ¡Muy lógico á la vez que muy absurdo. El donador no estaba ligado con el donatario á la muerte de éste; y ¿cómo el lazo podría originarse respecto de sus herederos? Y si él no estuviese ligado respecto del difunto, si no puede estarlo respecto de sus herederos ¿cómo había de estarlo respecto de los acreedores? El espíritu se pierde en medio de este dédalo de imposibilidades.

Por último, se permite al donador que notifique al donatario que tiene conocimiento de su aceptación, á fin de obligar á éste irrevocablemente. El donatario, se dice, no puede dispensarlo de que notifique su aceptación. ¿En dónde se dice esto? ¿ó de qué principios resulta? La ley dice que el donador no está ligado sino por la notificación que le hace el donatario; luego si éste no notifica, el donador no está obligado; ¿no es esto decir que el donatario, al no hacer la notificación, hace imposible la formación del vínculo? (1)

267. Llegamos á las consecuencias del principio en lo concerniente al donador. Aquí la escena cambia completamente. Respecto del donatario, el contrato existe á contar desde la aceptación; mientras que respecto del donador no existe sino á contar desde la notificación; el texto es formal; respecto del donador, la donación *no tendrá efecto sino desde el día en que se le haya notificado la aceptación.* (2) Así es que un solo y mismo contrato existe, y no existe. En vano nos preguntamos cómo lo que es la nada para el donador puede no serlo para el donatario. Vanos esfuerzos hace nuestra razón para comprender que un solo y mismo contrato sea la nada para una de las partes, y tenga una existencia jurídica respecto de la otra. Veamos las consecuencias de este pretendido principio.

1 Marcadé, t. 3º, pág. 533.

2 Marcadé, t. 3º, pág. 553; Demolombe, t. 2º, pág. 236, núm. 146.

¿Puede el donador revocar antes de la notificación? Sí, según todo el mundo. ¿No es esto una prueba patente de que el contrato no existe? Es un principio elemental, escrito en el artículo 1,134, que los convenios no pueden revocarse sino por consentimiento mutuo de los que los han celebrado. Luego si el donador puede revocar, es porque no hay contrato; no hay todavía más que una simple oferta. Y, ¿acaso un sólo y mismo hecho jurídico puede ser una oferta y un contrato, es decir, ser un contrato y no serlo?

El donador muere antes de la notificación: ¿puede hacerse ésta á sus herederos? No, según la opinión de todos. ¿Por qué? Porque la donación no existe respecto del donador. Aquí volvemos á caer en la contradicción y en la imposibilidad de un contrato que existe y no existe. ¿Qué debe decidirse si el donador se vuelve loco? Acerca de esta cuestión, cesa el acuerdo; unos permiten que se notifique la aceptación al donador incapaz, los otros dicen, que teniendo la notificación por objeto legar al donador, preciso es que sea capaz de consentir. (1) Prueba de que el consentimiento no existe sino desde la notificación; luego entonces es cuando se forma el concurso de consentimiento, y, por consiguiente, la donación. Si hasta entonces la donación no existe, ¿cómo es que hubiera de tener un efecto cualquiera? Siempre el mismo círculo vicioso.

268. La jurisprudencia tiende á pronunciarse en favor de nuestra opinión. La corte de Besançon ha fallado que la donación exige el concurso de las voluntades del donador y del donatario, expresadas en forma auténtica y conocidas recíprocamente de ambas partes. Tratábase de saber si la aceptación podía notificarse á los herederos del donador. Acerca de este punto, la corte de casación adop-

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, núm. 1,454 y en Demolombe, t. 20, pág. 148, núm. 150.

tó la doctrina consagrada por la corte de Besançon, pero evitó decidir la cuestión de principio (1), limitándose á juzgar la dificultad que se le había sometido. La corte de Agen concluyó igualmente del artículo 932 que, no teniendo efecto la donación respecto del donador, no podía tenerlo respecto del donatario, supuesto que la propiedad no puede pasar á manos del donatario en tanto que esté en las del donador; el contrato, dice la sentencia, no existe, pues, definitivamente sino por el concurso de las voluntades de los contrayentes, recíprocamente conocidas de ellos (2). Por último, se dice en una sentencia de la corte de Burdeos, que la notificación es necesaria para la validez de la donación (3); la expresión no es exacta, porque implica que la falta de notificación no impediría que la donación existiera, lo que no es ciertamente el pensamiento de la corte; porque la donación nula en la forma no tiene existencia legal. Se ve por esto que la jurisprudencia consagra la teoría de los actos inexistentes, por más que el lenguaje no tenga siempre la precisión que es de desearse. Esto se concibe; el código no tiene término especial para designar los contratos que nosotros llamamos inexistentes (art. 1,339), y con fin de las condiciones exigidas para la existencia de los contratos con las que sólo se prescriban para su validez (art. 1,108).

269. No obstante, hay todavía incertidumbre en la jurisprudencia sobre el objeto de la notificación. Se pregunta en qué forma debe hacerse. En nuestra opinión la cuestión no es dudosa. El concurso de las voluntades, recíprocamente conocidas por las partes contrayentes, siendo necesario para la existencia de la donación, la notificación es,

1 Besançon, 2 de Mayo de 1860 y denegada, 16 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1860, 2, 195, y 1862, 1, 28).

2 Agen, 28 de Noviembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 40).

3 Burdeos, 22 de Mayo de 1861 (Daloz, 1861, 2, 197).

uno de los elementos del consentimiento; ahora bien, en los contratos solemnes, todos los elementos del consentimiento deben constar auténticamente; luego también la notificación de la aceptación. Realmente ese es el sentido de la palabra *notificación*, que es sinónimo de significación, y ésta, en el lenguaje del código civil, implica la necesidad de una escritura auténtica (art. 1,689) (1). Si el donador asistiese al acto auténtico por el cual el donatario acepta la donación, la notificación vendría á ser inútil, puesto que estaría auténticamente comprobado que el donador tiene conocimiento de la aceptación. Así se ha fallado; y en esto no hay la menor duda (2).

Otro acto auténtico cualquiera, por el cual se estableciese que el donador conoce la aceptación sería suficiente. Pero es preciso un acto auténtico; no podemos admitir que sea suficiente un documento privado, y mucho menos aun el simple conocimiento del donador probado por la ejecución que él ha hecho de la donación. No obstante, se ha fallado que la notificación puede resultar de toda prueba que establece de una manera cierta que el donador ha conocido la aceptación; en el caso de que se trata, el donador había servido durante varios años la renta vitalicia que era objeto de la donación. (3) Apenas se concibe esto en la opinión que considera la notificación como condición que no es esencial para la existencia de la donación; es, no obstante, necesaria para que la donación exista respecto del donador, lo que basta para que deba comprobarse por acto auténtico.

1 Durantou, t. 8º, pág. 460, núm. 422.

2 Burdeos, 14 de Noviembre de 1867 (Dalloz, 1868, 2, 197).

3 París, 31 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 2, 189). Compárese Demante, t. 4º, pág. 173, núm. 71 bis 12. Reina gran divergencia de opiniones acerca de este punto en la doctrina (véase Demolombe, tomo 20, pág. 151, núm. 153 y Dalloz, núm. 1,448 y 1,449).