

SECCION III.—En qué época debe existir la capacidad de disponer y de recibir.

373. El código no se ocupa especialmente de esta cuestión; luego hay que resolverla conforme á los principios generales que la ley establece. Se distingue, en primer lugar, entre las donaciones y los testamentos; la distinción resulta de la naturaleza de las cosas, y la ley la consagra (art. 906). Siendo la donación un contrato, la capacidad de las partes contrayentes debe existir cuando el contrato se perfecciona. Mientras que el testamento es una manifestación de voluntad unilateral; el donador y el donatario hablan en el contrato; el testador habla sólo en el testamento; no es necesario que el legatario lo sea, pero debe serlo en el momento del fallecimiento. Existe, sin embargo, un principio que es común á las donaciones y á los testamentos, y que representa importante papel en nuestra cuestión: la donación es un contrato solemne, y el testamento es una escritura solemne. Lo que caracteriza los contratos solemnes, es que el consentimiento debe manifestarse en las formas prescriptas por la ley, porque de lo contrario no existe, y, por consiguiente, el contrato mismo es inexistente; ahora bien, la capacidad de las partes tiene un enlace íntimo con el consentimiento, en el sentido de que el donador debe ser capaz de disponer y el donatario capaz de recibir; de aquí la consecuencia de que la capacidad de las partes debe existir en el momento en que manifiesten su voluntad de donar ó de recibir. El testamento es también una escritura solemne; no basta con la voluntad de disponer, es preciso que dicha voluntad se

manifieste en las formas requeridas por la ley. En el testamento hay de especial que el testador dispone para una época en que él ya no existirá (art. 895), lo que implica la persistencia de la voluntad del testador á su muerte, y, por consiguiente, su capacidad, porque su voluntad de disponer no produce efecto sino en tanto que él sea capaz. Este principio no es aplicable más que al testador. En cuanto al legatario, él no manifiesta voluntad en el momento del testamento; sólo al fallecimiento del testador es cuando es llamado á recibir y á expresar la voluntad de aceptar la liberalidad.

Hay otra distinción que tiene importancia en esta materia. No todas las condiciones de capacidad son de la misma naturaleza. La ley misma las distingue. Parece singular en primer lugar que el capítulo II, que trata de la capacidad de disponer ó de recibir á título gratuito, comienza por decir que es preciso estar sano del espíritu para hacer una donación entre vivos ó un testamento; que en seguida asienta el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción, y que después de esto enumera las personas incapaces de disponer y de recibir. ¿No habría sido más lógico comenzar por el principio del artículo 902 y colocar el 901 al frente de los artículos concernientes á la incapacidad? Nosotros contestamos que la incapacidad establecida por el artículo 901 no es una verdadera incapacidad, sino un simple obstáculo de hecho que impide manifestar momentáneamente una voluntad, sea la que fuere; muestra que la incapacidad implica un obstáculo de derecho que tiene por efecto que una persona, capaz en general, se vuelve incapaz; luego las verdaderas incapacidades son las incapacidades de derecho. Así, pues, el menor es incapaz de derecho, aun cuando de hecho tuviese la incapacidad de querer. La incapacidad del artículo 901 es una incapacidad de hecho; no puede de-

cirse que el hombre que tiene calenturas sea incapaz, sino que se halla en la imposibilidad de expresar su voluntad mientras duren las calenturas y el delirio; permanece capaz de derecho á pesar de esa incapacidad de hecho.

Las incapacidades de derecho, según el código Napoleón, eran absolutas ó relativas. Había dos incapacidades absolutas: la del muerto civilmente y la del extranjero; la interdicción legal, consecuencia de ciertas condenas criminales, podía también colocarse en esta clase de incapacidades. Estas incapacidades han dejado de existir; la muerte civil y la interdicción legal están abolidas, así como la incapacidad que pesaba sobre el extranjero. Las demás incapacidades no son más que temporales ó relativas. La del menor cesa parcialmente á los diez y seis años, y por completo en su mayor edad. La de la mujer casada cesa con el matrimonio de donde ella resulta. La no existencia misma no es más que una incapacidad temporal, supuesto que la cuestión sólo se presenta para los hijos que son concebidos posteriormente á la donación ó al testamento, así como para las personas morales cuya existencia se reconoce después de haberse hecho en su favor alguna liberalidad. El hijo natural no es incapaz sino más allá de cierto límite; los pupilos y los enfermos son incapaces respecto de los tutores y de los médicos; respecto de cualesquiera otras personas, permanecen capaces.

Vamos á ver qué influencia ejercen esas distinciones sobre la capacidad que se requiere para disponer ó para recibir á título gratuito.

§I. DE LA DONACIÓN.

374. Pothier asienta el principio con su habitual claridad. "Como las donaciones entre vivos se perfeccionan en el momento del contrato, signese que en este momento es cuando se necesita la capacidad para donar en la persona

del donador, y la capacidad de recibir en la del donatario." (1) Hay que añadir que la donación es un contrato solemne. Es mucha la diferencia entre los contratos solemnes y los que no son solemnes. En éstos, el consentimiento no está sometido á ninguna forma; el contrato se perfecciona en el momento en que las voluntades de las partes concurren; luego en este momento es cuando debe existir la capacidad de consentir. En los contratos solemnes, el consentimiento debe expresarse en ciertas formas que son substanciales todas; luego se necesita que cuando se cumplan, el donador y el donatario sean capaces, uno de disponer y otro de recibir. Queda por determinar cuáles son esas formas, y, por consiguiente, en qué época la capacidad debe existir. Hay que distinguir si el donatario está presente cuando se celebre la escritura de donación, ó si no está presente.

374 *bis*. Cuando el donador ó el donatario están presentes, la donación se perfecciona inmediatamente por el concurso de voluntades de las partes, la oferta del donador y la aceptación expresa del donatario; en este momento es cuando uno y otro deben ser capaces. Esto no tiene la menor duda en cuanto á la capacidad de derecho, que es la verdadera capacidad. En cuanto á la capacidad de hecho, que consiste en ser sano de espíritu, el donador debe tenerla, supuesto que dispone y enajena; el donatario puede, en rigor, no estar sano de espíritu; se puede dar á una persona incapacitada representada por su tutor: esto no es más que la aplicación del derecho común concerniente á los incapaces.

Si el donador ó el donatario fuesen incapaces en el momento de la donación, ésta sería nula, aun cuando las partes se tornasen después capaces. Sí, dice Pothier, yo he

1 Pothier "Tratado de las donaciones entre vivos," núm. 41.

P. de D. TOMO XI.—72.

donado á una persona á quien las leyes prohibían donar por entonces, aunque el impedimento haya cesado, y que, después que el impedimento ha cesado, yo haya ratificado la donación, ésta no será válida, porque lo que es nulo no puede confirmarse por una ratificación. (1) ¿En qué sentido Pothier dijo que la donación *nula* no puede confirmarse? El artículo 1339 establece el mismo principio. "El donador no puede reparar por ningún acto confirmativo los vicios de una donación entre vivos; nula en la forma, es preciso que se rehaga en la forma legal." Esta es una consecuencia de la voluntad del contrato de donación. Claro es que los contratos que no son solemnes pueden confirmarse cuando son nulos; la confirmación borra el vicio que los mancha, y los hace perfectamente válidos, como si nunca hubieran estado viciados. Pero cuando un contrato solemne es nulo en la forma, es más que nulo, es inexistente y la nada no podría confirmarse. Tal es la donación cuando el donatario es incapaz de recibir; en vano consentiría, porque no puede consentir; en vano confirmaría, porque no puede confirmar un acto que no existe á los ojos de la ley. Nosotros hemos aplicado este principio á las personas morales; ellas no pueden recibir en tanto que están reconocidas porque el reconocimiento sólo les da la existencia ficticia que les permite recibir liberalidades. Ninguna confirmación puede hacer válida la nada (núm. 192).

Los autores observan que la condición no ejerce ninguna influencia sobre la época en la cual la capacidad de las partes debe existir, en nuestra hipótesis. Esto es evidente respecto de todo contrato; porque aunque la condición suspende los efectos legales del contrato, se perfecciona, no obstante, en que las partes contratan condicionalmente, en el sentido de que el contrato existe, no desde el día en que

1 Pothier, "Tratado de las donaciones entre vivos," núm. 43.

se cumple la condición, sino desde el día en que pasa el concurso de consentimiento; ahora bien, las partes consenten en el momento en que contratan, y no en el momento en que se realiza la condición. (1)

375. La donación puede hacerse, como todo contrato, por la oferta del donador, seguida de la aceptación posterior del donatario. No hay más que la diferencia, resultante de la solemnidad de la donación, y es que ésta exige una oferta solemne y una aceptación solemne; por lo demás, se aplican los principios generales que rigen los contratos. Pero estos mismos principios son debatidos. Un punto primero está fuera de duda. El donador debe ser capaz en el momento en que se celebra la escritura, supuesto que en ésta hace la oferta de despojarse actual é irrevocablemente de la cosa donada. Debe también ser capaz en el momento en que el donatario acepta; hasta entonces la donación no es más que una oferta que no compromete al donador, el contrato no se perfecciona sino en el momento de la aceptación; y, para que haya concurso de voluntades, preciso es que los que las manifiestan sean capaces. Luego si el donador, capaz en el momento en que la escritura se celebra, fuera incapaz al aceptar el donatario, no habría donación, porque no habría concurso de consentimiento, sin el cual no podría haber contrato. Esto es cierto de la incapacidad de derecho y de la incapacidad de hecho, porque el donador debe tener ambas capacidades. Yo lego una donación en provecho de mi médico; él acepta posteriormente durante el curso de la enfermedad de que yo muero; ¿es válida la donación? No, porque yo soy incapaz en el momento de la aceptación, y en este momento es cuando se constituye la donación. En vano se diría que el motivo que ha hecho que se establezca esta incapacidad no existe en el caso de que se trata;

1 Demante, en la *Thémis*, t. 7º, (edición de Bruselas, pág. 403).

no puede haber presunción de captación, porque yo he celebrado la escritura de donación antes de mi última enfermedad. De hecho, esto puede ser verdad; de derecho, hay que resolver que mi consentimiento debe darse cuando acepta el médico donatario; ahora bien, yo soy incapaz de darlo; legalmente, se presume el efecto de la captación; luego hay incapacidad, y, por lo tanto, nulidad. (1)

Pasaría lo mismo si hubiera incapacidad de hecho. El donador, sano de espíritu en el momento de la escritura, queda incapacitado al aceptar el donatario; la donación sería nula, por mejor decir inexistente porque no puede constituirse, habiéndose hecho imposible el concurso de voluntades. En vano se diría que al donador se le considera perseverante en su voluntad después de su interdicción, supuesto que no ha retirado su oferta; nosotros contestamos que la donación, al exigir el concurso de voluntades, no puede constituirse si una de las partes no se halla en estado de querer.

Por esto el artículo 932 dice que la aceptación debe hacerse en vida del donador; después de la muerte del donador, el concurso de voluntades se hace imposible, y por consiguiente, el contrato; porque, dice Pothier, nada puede uno hacer después de muerto. (2)

376. En cuanto al donatario, se subentiende que debe ser capaz en el momento en que acepta, supuesto que entonces es cuando se formaliza el contrato. ¿Debe también ser capaz cuando se ha celebrado el acto? No se trata de la capacidad de derecho, supuesto que el donatario, aunque no sea sano de espíritu, puede recibir por medio de su representante legal. Nosotros creemos que el donatario debe ser capaz al efectuarse el acto. Es cierto que él no tie-

1 Compárese Coin-Delisle, pág. 193, núm. 10 del art. 932.

2 Pothier, "Tratado de las donaciones entre vivos," núms. 55 y 54. Coin-Delisle, pág. 190, núms. 7 y 8 del art. 932. Demante, en la *Thémis* (t. 7º, pág. 404).

ne voluntad de manifestar en esa época, y de aquí se concluye que su incapacidad es indiferente. Nosotros contes-
tamos que siendo la donación un contrato, la capacidad de las partes debe existir cuando el consentimiento se formula; ahora bien, cuando el donatario no está presente, el consentimiento se formula en dos épocas, la de la escritura y la de la aceptación; en el sentido de que en estas dos épocas el donador debe ser capaz, luego el donatario debe serlo también. Esto se funda también en la razón. El donador, al celebrar la escritura, hace una oferta; y ¿se concede que haga una oferta á una persona incapaz de aceptarla? Y si la oferta no es válida, la aceptación no puede serlo, no hay concurso de voluntades, luego no hay contrato. Hay no obstante, un motivo para dudar. El artículo 907 dice que, para ser capaz de recibir entre vivos, basta ser concebido en el momento de la donación. ¿Cuál es el sentido de esta disposición? Puede decirse, y tal es nuestro parecer, que el artículo 907 es una aplicación del principio que acabamos de asentar. De esto resulta, en efecto, que es preciso existir al verificarse el acto; ¿por qué había de exigirse esta condición si no estuviera prescripta la capacidad del donatario sino en el momento de la aceptación? Si la ley quiere que el donatario exista cuando se ha celebrado la escritura, debe inferirse que él es capaz en dicha época. A esto se objeta que en el proyecto del código civil el artículo 907 presentaba ese sentido; establecía que, para ser capaz de recibir por donación entre vivos, "*es preciso estar concebido en el momento de la donación.*" El Tribunalado fué el que propuso la redacción actual y ¿por qué motivo? "Se trata, dijo el Tribunalado, de establecer una excepción á una regla general." (1) ¿Cuál es la regla general á que hace alusión el Tribunalado? Se pretende que es de principio que la capacidad del donatario no debe existir

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 6 (Loaré, t. 5º, pág. 290).

al tirarse la escritura, y que esta regla es la que deroga el artículo 907. Esto nos parece muy divinatorio. ¿Cuál es el artículo del código que establece esa pretendida regla de que el donatario no debe ser capaz en el momento en que se celebra la escritura? La regla no se halla en el texto, y ni una palabra se dice de los trabajos preparatorios. Se ve, al contrario, por el informe de Jaubert, que la excepción recae únicamente sobre la concepción; según el rigor del derecho, habría que haber nacido al hacerse la escritura; en virtud de la excepción, basta con estar concebido. Tal es el sentido natural del artículo 907; para darle otro, se necesitaría una declaración formal de la voluntad del legislador. (1) Hay una sentencia de la corte de casación en ese sentido. (2)

377. Discútese en la escuela la cuestión de saber si la capacidad del donador, y por lo tanto, la del donatario, deben existir durante la época intermediaria que transcurre entre la escritura celebrada ante notario y la aceptación del donatario. Demante dice que no y Demolombe que sí. Nosotros no vacilamos en adoptar esta última opinión. Esto no es más que la consecuencia evidente de los principios que acabamos de asentar. La oferta del donador es uno de los elementos esenciales del concurso de voluntades que constituye el contrato de donación; es preciso que la oferta subsista en el momento en que pase la aceptación. Ahora bien, la oferta se desvanece si el que la ha hecho se vuelve incapaz de perseverar en su voluntad, lo mismo que si el donatario se vuelve incapaz de recibir la oferta. Esto decide la cuestión. (3)

378. Según los términos del art. 932, la donación no

1 Jaubert, Informe, núm. 14 (Loisré, t. 5º, pág. 346).

2 Denegada, 8 ventoso, año 13 (Dalloz, «Disposiciones», número 486). Aubry y Rau, t. 5º, pág. 452, nota 2 del pfo. 650.

3 Demolombe, t. 18, pág. 714, núm. 701. Demante, t. 4º, pág. 170, núm. 71 bis 7º.

tiene efecto respecto del donador, sino desde el día en que se le haya notificado la escritura que consagra la aceptación. ¿Es preciso que las partes sean capaces al hacerse la notificación? La cuestión es muy debatida; y como la solución depende del punto de saber lo que es la notificación y cuáles son sus efectos, la aplazamos para el capítulo de las *Donaciones*.

§II.—DEL TESTAMENTO.

379. El testador debe ser capaz en el momento en que testa; entonces es cuando manifiesta su voluntad, luego debe tener el derecho de querer, y debe estar sano de espíritu, porque la insania le impediría querer. Aun cuando el testador, incapaz al otorgar el testamento, se volviera capaz de derecho y de hecho en el momento del fallecimiento, el testamento sería nulo. Es inútil, para decidirlo así, recurrir á la regla catoniana y citar textos romanos, porque son suficientes las simples nociones de derecho y el sentido común. ¿Qué cosa es el testamento? Un acto, dice el artículo 895, por el cual el testador dispone de todo ó de parte de sus bienes. Para disponer de sus bienes por testamento, es preciso tener el derecho de disponer á título gratuito y hallarse en estado de manifestar su voluntad. Luego si el testador es incapaz de derecho y de hecho cuando redacta su testamento, hace un acto nulo. En vano se diría que el testador no dispone actualmente, que dispone para una época en que ya no existirá, y que, por lo mismo, basta que sea capaz al fallecer; la respuesta es fácil y perentoria. El testamento no produce efecto á la muerte, porque el testador ha perseverado en su voluntad; luego el testamento no es otra cosa que la voluntad expresada al otorgarse la escritura, y continuada hasta la muerte; ahora bien, para que la voluntad continúe, preciso es que ella exista; luego es preciso que haya sido válida en su prin-

cipio; luego nula, en su principio, seguirá siendo nula. Si-guese de aquí que si un menor, de edad inferior á diez y seis años, testa, y si muere en la mayor edad, el testamen-to será nulo. Será además nulo si, al otorgarse la escritura, el testador no estaba sano de espíritu, por más que, al fa-llecer, sea capaz de voluntad. (1)

380. El testador debe ser capaz de derecho, pero no de hecho, en el momento de su muerte. Que deba serlo de de-recho, lo dice el artículo 25 del código Napoleón. "Por la muerte civil, el sentenciado pierde la propiedad de todos los bienes que él posea; su sucesión queda abierta en provecho de sus herederos, á los cuales se devuelven sus bienes de la misma manera que si hubiera muerto natu-ralmente y sin testamento. El no puede disponer de sus bienes sea por donación entre vivos, sea por testamento." Privado del goce de sus derechos civiles, el muerto civil-mente tiene sobre sí una incapacidad absoluta; luego no puede testar. Pero la incapacidad de hecho que sobre- vendría después de la confección del testamento no im-pediría que el testamento fuese válido; de suerte que si el testador estuviese incapacitado, el testamento produci-ría, no obstante, sus efectos. Esto se ha aceptado siempre, pero ¿cual es la razón? Pothier dice que la capacidad de hecho no se requiere sino para la válida confección del testamento, mientras que el estado civil se requiere, no sólo para poder hacer un testamento, sino para tener el de-recho de transmitir sus bienes por testamento; y como hasta su muerte es cuando se cumple ese derecho, síguese que debe disfrutar de ese derecho á la hora de la muer-te. (2) Creemos que la argumentación no es del todo deci-siva. El testamento no tiene valor á la muerte del testador

1 Coin-Delisle, pág. 88, núm. 3 del art. 962; Demolombe, t. 18 pág. 720, núms. 710 y 711 y las autoridades que él cita.

2 Pothier, "Tratado de las donaciones testamentarias," núm. 128.

sino como voluntad continuada del difunto; y ¿puede decirse que él continúa queriendo, cuando se halla en estado de querer? Domat contesta, y es la única contestación que puede darse á la objeción, “que las enfermedades que sobrevienen al testador después de su testamento, y que lo ponen incapaz de hacer otro nuevo, fijan su voluntad en el estado en que se hallaba en el último momento del uso que de ella pudo hacer.” (1) En otros términos, el testamento permanece válido si no se revoca; ahora bien, el testador incapacitado no es ya capaz de revocarlo; luego el testamento es irrevocable y definitivo, como lo sería por su muerte. Y si se objeta que por la misma razón la incapacidad de derecho que sobreviene no debería perjudicar, se contesta que la transmisión de los bienes no se hace sino á la muerte, lo que implica que el testador debe ser capaz en esta época. En definitiva, á nosotros nos parece que si se mantiene el testamento á pesar de la incapacidad de hecho del testador á su muerte, es por favorecer los testamentos; en rigor de principios, debería decirse que la transmisión de los bienes no operándose sino á la muerte del testador, éste debería ser en tal momento, capaz de derecho y de hecho.

381. Se admite también generalmente que la incapacidad intermediaria entre el testamento y la muerte no perjudica. ¿No es este un nuevo favor? Este favor data del derecho pretoriano; y este derecho, en esta materia como en otras tantas, era una reacción de la piedad contra el derecho estricto. A nuestro juicio, resulta de la naturaleza del testamento que la capacidad del testador debe existir, tanto de hecho como de derecho hasta su muerte. El dispone para un tiempo en que ya no existirá; luego el testamento produce sus efectos por la voluntad continua

1 Domat, “Leyes civiles,” parte 2ª, lib. 3º, tít. 1º, sec. 2ª, núm. 16.
P. de D. TOMO XI.—73.

da desde el momento en que se celebró la escritura hasta la muerte del testador; ahora bien, la continuación de voluntad exige el derecho y la capacidad de querer; luego desde el momento en que sobreviene una incapacidad, la voluntad se detiene en su curso, es decir, que cesa de existir; en realidad, los pretores daban efecto al testamento por una verdadera ficción. ¿Esta ficción existe aún en nuestro derecho moderno? Según el rigor de los principios, debe resolverse que la ficción ya no existe; ¿puede haber una ficción sin ley? ¿puede haber una excepción á los principios sin texto? Ahora bien, texto no lo hay. ¿Se dirá que en el silencio del código hay que recurrir al antiguo derecho? Es un error citar el antiguo derecho como obligatorio, porque ya no existe con tal título. Cuando hay un vacío en el código, hay que colmarlo por la aplicación de los principios generales, y no aplicando una legislación que está abrogada.

Núm. 2. Del legatario.

382. ¿El legatario debe ser capaz al otorgarse el testamento? En derecho romano, se admitía la afirmativa por aplicación de la regla catoniana; también se seguía la siguiente regla en los países de derecho escrito. “La regla catoniana, dice Furgole, quiere que el legado que no fuese bueno, si el testador llegara á fallecer inmediatamente después de haber testado, no pueda ser válido *tractu temporis*. Ahora bien, el legado hecho á una persona incapaz al hacerse el testamento, sería nulo si el testador falleciere entonces; luego permanece siempre nulo á causa de la incapacidad del legatario, y, por consiguiente, se requiere la capacidad en la época del testamento. (1) ¿Debe admitirse el mismo principio en nuestro derecho moderno? Todos

1 Furgole, “De los testamentos,” cap. 6º, núm. 35, t. 1º, página 306).

los autores se pronuncian por la negativa, y con razón: la regla catoniana no se seguía en los países de derecho consuetudinario; Pothier la trata de sutileza, Domat y Ricard la combaten; (1) luego habría sido necesaria una disposición expresa para hacer de la regla romana una regla de derecho común. En el silencio del código no se podría admitirla sino cuando resultara de los principios; ahora bien, los verdaderos principios conducen á una regla diametralmente contraria. ¿Por qué se exige la capacidad del legatario? Porque para recibir se necesita ser capaz. Y ¿cuándo recibe el legatario? ¿Con el testamento? No; el artículo 896 dice, al contrario, que el testador dispone para un tiempo en que ya no existirá; al otorgarse el testamento, la disposición no produce, pues, ningún efecto en provecho del legatario; ¿por qué se había de exigir que sea capaz de recibir, cuando nada recibe? El recibe á la muerte del testador, luego basta que sea capaz á la muerte de éste. El artículo 906 confirma esta opinión, pues dice: "Para ser capaz de recibir por testamento, basta estar concebido en la época del fallecimiento del testador." En verdad que la no existencia es la más poderosa de las incapacidades; sin embargo, por los términos del artículo 906, un no ser puede ser instituido legatario. Con mayor razón, las demás incapacidades no pueden perjudicar al legatario que es capaz al fallecimiento del testador. (2)

La corte de casación ha decidido, no obstante, lo contrario, fundándose en la regla catoniana. Ella asienta como principio "que la capacidad, sea para donar, sea para re-

1 Pothier, "Introducción al título 16 de la costumbre de Orleans," núm. 41. Domat, "De las leyes civiles," parte 2ª, libro 1º, título 1º, sec. 2ª, núm. 31, nota (pág. 344). Ricard, "De las Donaciones," tomo 1º, pág. 309, núm. 829. 830 (1ª parte, cap. 3ª, sec. 18).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Legatario*, pfo. 3º, núm. 1 (t. 16, pág. 44). Toullier, t. 3º, 1, pág. 57, núm. 90. Grenier, t. 1º, pág. 630, núm. 140. Troplong, t. 1º, pág. 154 de la edición belga, núms. 485 y 486. Aubry y Rau, t. 5º, pág. 154, nota 9 del pfo. 650.

cibir, debe existir tanto en el momento de la confección del testamento como en el de la apertura de la sucesión." (1) Ni una sola palabra para motivar esta resurrección de la regla romana: dírlase que todavía estamos en país de derecho escrito. La sentencia de la corte es, en efecto, una de esas reminiscencias como á veces se hallan en sus decisiones, sin duda cuando los magistrados de los países de derecho escrito, se hallan en mayoría en una sala. En vano buscamos un motivo que pueda justificar el pretendido principio formulado por la corte. Todo lo que pudiera decirse, es que el legatario debe ser capaz en el momento del testamento, por la misma razón que el donatario debe ser capaz en el acto de la donación. El argumento sería pésimo; no hay ninguna analogía, bajo este concepto, entre el testamento y la donación. Esta es un contrato, mientras que el testamento es un acto unilateral. El donador hace una oferta al donatario; el testador hace un simple proyecto, la oferta que de él resulta no se dirige al legatario sino á la muerte del testador, luego sólo á su muerte es cuando él debe ser capaz de recibir dicha oferta.

383. Se subentiende que el legatario debe ser capaz al fallecer el testador, supuesto que su derecho se abre en dicha época. Cuando hablamos de capacidad para recibir, queremos siempre dar á entender la verdadera capacidad, la del derecho; pero importa que el legatario sea incapaz, porque su incapacidad la suple su representante legal. Por aplicación del principio, Pothier decide que el legado hecho á una comunidad que se halla revestida de cartas-patentes al tiempo de la muerte del testador es válida, aunque no las haya conseguido después de la confección del testamento. (2) Esto implica que si la comunidad no estu-

1 Denegada, 27 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1848, t. 225.)

2 Pothier, "Introducción al título 16 de la costumbre de Orleans, núm. 41.

viese reconocida al abrirse el testamento, el legado sería caduco, como hecho á un no ser. La jurisprudencia se halla en este sentido. (1)

384. ¿Qué debe decidirse cuando el legado es condicional? Los autores admiten generalmente la doctrina del derecho romano, que no exigía la capacidad sino al cumplirse la condición. Debería uno confiar del derecho romano al tratarse de testamentos; dicho hecho procuraba hacer válidos los actos de última voluntad, porque casi era una deshonra morir *ab intestato*. El espíritu de nuestro derecho moderno no es ya el mismo; si respetamos la voluntad del testador; respetemos más aun la voluntad de la ley. Cuando se hace á un lado la tradición romana la cuestión es sencillísima. El testador dispone para el momento de su muerte, en dicho momento la cosa legada pasa de sus manos á las del legatario; luego es preciso que sea capaz en dicha época. Aquí nos marcan el paso, y nos dicen que la conclusión suspende la existencia del derecho, que no existe realmente sino cuando se cumple la condición (artículo 1,040). Sin duda que sí, pero esto no impide que la propiedad sea transferida á la muerte del testador; porque éste es quien transmite la propiedad, y no puede transmitirla sino en el momento en que fallece. La retroactividad de la condición levanta la contradicción aparente de estas condiciones. Si llega á fallar la condición, nunca ha habido legado; si se realiza, el legado habrá existido desde la apertura de la sucesión; luego el legatario debe ser capaz en dicho momento. (2)

Desde que se abolieron las incapacidades absolutas, la cuestión casi no puede presentarse sino para las personas morales que no están reconocidas á la muerte del testador;

1 Véanse los autores citados por Dalloz, "Disposiciones," número 334, y por Aubry y Rau, t. 5º pág. 455, nota 10 del pfo. 650.

2 Demante, t. 4º, pág. 83, núm. 38 bis. Demolombe, t. 18, página 768, núm. 718.

¿pueden ellas recibir antes de estar reconocidas? Ya hemos decidido la cuestión negativamente (número 192).

Núm. 3. Aplicaciones.

385. En otro tiempo los principios concernientes á la época en la cual la capacidad debe existir, se aplicaban sobre todo á las incapacidades absolutas. De esto resulta alguna vacilación en la doctrina cuando se trata de aplicar los principios á las incapacidades relativas y cuando se trata de motivar las decisiones. A nuestro juicio, los principios se quedan los mismos, así como los motivos para decidir.

Hay una hipótesis en la cual la decisión no es dudosa. El padre de un hijo natural le lega todos sus bienes; en seguida lo legitima por subsecuente matrimonio. Incapaz al otorgarse el testamento, el legatario es capaz en el instante del fallecimiento. ¿Podrá él recoger el legado? Todos convienen en que se ejecutará el legado dentro del límite de lo disponible si hay otros hijos. Se funda esta decisión en el carácter de la incapacidad establecida por el artículo 908. Es, se dice, una regla de indisponibilidad más bien que de incapacidad; (1) luego el derecho de las partes interesadas debe arreglarse al fallecimiento del testador. Nosotros hemos enseñado la opinión contraria (número 360). Realmente es una incapacidad de recibir lo que consagra el artículo 908. Síguese de aquí, que basta que el legatario sea incapaz al abrirse la herencia. Esto se funda también en la razón; porque sólo hasta esa época se puede determinar la porción de bienes de que tiene el padre derecho á disponer en provecho del hijo natural.

386. La regla se aplica, además, sin dificultad al menor en los casos previstos por los artículos 903 y 904. Ya

1 Demolombe, t. 18, pág. 732, núm. 722. Aubry y Rau, t. 5°, páginas 456, nota 11 del pto. 650.

hemos dicho que el legado hecho por el menor de menos de diez y seis años permanece nulo, aun cuando el testador falleciere en la mayor edad. Por idénticas razones el legado que él hiciere después de la edad de diez y seis años, se vería reducido á la mitad de aquello que al mayor le es permitido disponer, aunque el menor fallezca después de su mayor edad. Se trata aquí de una incapacidad de derecho que pesa sobre el testador; y éste debe ser capaz en el momento en que testa. Se ha objetado que los artículos 903 y 904 arreglan una cuestión de disponibilidad y no de capacidad; nosotros hemos contestado de antemano á la objeción (núm. 145).

Hay una dificultad real cuando el menor dispone en provecho de un extraño no tutor, y después el legatario se vuelve el tutor del menor. ¿Será válido el legado? Conforme á los principios que acabamos de asentar, debe resolverse que el legado es nulo. En efecto, el artículo 907 establece una incapacidad de disponer; los términos de la ley son formales, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. Ahora bien, la capacidad de disponer debe existir en el momento del testamento y en el del fallecimiento. Luego, en el caso de que se trata, el testamento no puede valer, porque el donador, capaz cuando ha testado, es incapaz cuando fallece. Esto se funda también en la razón: como lo dice muy bien Ricard, el testador, en el caso de que se trata, estaba, á la verdad, en plena libertad cuando testó, pero es preciso que conserve su libertad en la época de su fallecimiento, porque debe morir en plena libertad de poder revocar su testamento. Tal era también la opinión de Pothier. (1)

Hay, sin embargo, una grave objeción. La incapacidad

1 Bayle-Mouillard sobre Grenier, t. 1º, pág. 634, nota d. Demolombe, t. 18, pág. 137, núm. 726, y los autores que él cita. En sentido contrario, Demante, t. 4º, pág. 841, núm. 39 bis 1º.

del enfermo tiene el mismo carácter que la del menor; no obstante se decide y nosotros hemos enseñado, que la disposición hecha por el enfermo en provecho de su médico es válida, cuando es anterior á su última enfermedad (número 342). Conforme á los principios, la disposición debería ser nula, porque el testador, aunque capaz al otorgarse el testamento, era incapaz al fallecer. ¿Cómo aplicar esta contradicción? Ella resulta del texto del artículo 909, y sólo se explica por la tradición. En el antiguo derecho, la incapacidad del enfermo no la pronunciaba la ley, como la del menor; era más bien de hecho que de derecho. La jurisprudencia la había consagrado, al presumir la captación del legatario. Luego podía decirse que el testador, capaz al otorgarse el testamento, estaba en seguida cargado con una incapacidad de hecho, la cual no perjudica. Pero en nuestros días, la incapacidad del enfermo ha venido á ser una incapacidad de derecho; habiendo cambiado la incapacidad de naturaleza, el legislador habría debido cambiar de principio; él ha mantenido la consecuencia que deriva de la antigua doctrina, á la vez que la modifica: está es una inconsecuencia que el intérprete debe aceptar, porque está consagrada por la ley. (1)

387. Los mismos principios se aplican cuando el menor, llegado á la mayor edad, testa en provecho de su tutor antes de la compulsión de la cuenta y cuando fallece estando está compulsada. Se trata de una incapacidad de disponer, y, es preciso que el testador sea capaz á la hora del testamento y á la del fallecimiento; la incapacidad en una de estas épocas, vicia el testamento. Se objeta que el artículo 907 establece una incapacidad de recibir. Nosotros, de antemano hemos dado respuesta á la objeción (núm. 360). La corte de casación se ha colocado en este terreno en la sentencia que ha resucitado la regla catoniana, con gran

1 Compárese Demolombe, t. 18, pág. 739, núm. 727.

sorpresa de los intérpretes. Es claro, que la incapacidad de disponer implica una incapacidad de recibir; supuesto que hay una doble incapacidad, debemos atenernos á la mente del legislador. Ahora bien, en el caso de que se trata, esto casi lo es dudoso: la ley presume que la voluntad del menor no es libre, á causa de la influencia que el legatario ha ejercido en su ánimo; ésta es ciertamente una incapacidad de donar. Cuando hay captación, se dice que el legado es nulo, porque el testador no estaba sano de espíritu, y no se dice que el legatario es incapaz. Pues bien, la incapacidad del artículo 907 no es otra cosa que la incapacidad del artículo 901; sólo que la incapacidad de hecho ha venido á ser una presunción legal, es decir una incapacidad de derecho. Por esto la corte de casación no necesitaba invocar la regla catoniana, en lo concerniente al legatario; ella tenía que decidir la dificultad ateniéndose á la incapacidad del testador; y en este terreno era inútil recurrir á la regla catoniana, supuesto que la definición del testamento es suficiente para juzgar la cuestión. (1)