

tente; que da al hijo derecho á los alimentos; por consiguiente, puede uno prevaleerse del reconocimiento contra él para hacer reducir las liberalidades excesivas que se le han hecho.

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, comience 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, síguese 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 enagena; 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. 7^o, (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 contestamos 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 a 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 Tribunal fué el que propuso la redacción actual y ¿por qué motivo? "Se trata, dijo el Tribunal, de establecer una excepción a una regla general." (1) ¿Cuál es la regla general a que hace alusión el Tribunal? Se pretende que es de principio que la capacidad del donatario no debe existir

1 Observaciones del Tribunal, núm. 6 (Loché, 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 (Loaré, 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-