

TITULO III.

DE LAS DONACIONES ENTRE VIVOS Y DE LOS TESTAMENTOS.

(CONTINUACION).

CAPITULO V.—DE LOS TESTAMENTOS.

(Continuación.)

SECCION II.—De los legados.— (Continuación.)

§ III. TRANSMISION DE LA PROPIEDAD Y DE LA POSESION
DE LOS BIENES LEGADOS.

ARTIGULO 1. *Transmisión de la propiedad.*

1. El artículo 711 previene que la propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por sucesión, por donación entre vivos ó testamentaria. Así es que la ley pone á los legados en la misma línea que las donaciones y la sucesión *ab intestato* por lo que hace á la adquisición y á la transmisión de la propiedad. El artículo 1,014 reproduce el mismo principio: “*Todo legado puro y simple, confiere al legatario, desde el día en que muere el testador, un derecho á la cosa legada, derecho transmisible á sus herederos ó causahabientes.*” *Todo legado*, dice la ley; luego el legado universal, el legado á título universal y el legado á título particular. Ciertamente, el art. 1,014 se halla bajo el rubro

de los *legados particulares*. Es un defecto de clasificación que se explica por las labores preparatorias. (1) Pero el lugar que ocupa el artículo 1,014 no impide que en la mente del legislador halla estado que esa disposición se aplique á toda donación testamentaria. En efecto, los términos del artículo son generales: *Todo legado*, dice el artículo, mientras que el segundo párrafo, que quiere hablar de los legados particulares, dice: Sin embargo, el *legatario particular*, etc. "Es, pues, incontestable que el principio formulado por el artículo 1,014 se aplica á todos los legados sin distinción. Y no había que distinguir. El legado tiene por objeto transmitir la propiedad, lo mismo que la donación entre vivos, y ese es también su efecto, conforme al artículo 711. Falta determinar en qué momento se verifica, y de qué manera, esa transmisión. El momento, es el del fallecimiento. La ley dice el *día* del fallecimiento; pero esto no es exacto, por ser imposible que el legatario se convierta en propietario-viviendo todavía el testador, sino que desde el momento en que muere éste, transfiere al legatario la cosa legada. Esto supone que el legado es puro y simple, como lo dice el artículo 1,014. Cuando es condicional, queda en suspenso mientras no se realiza la condición. ¿Quiere decir esto que no se transmite la propiedad sino al realizarse la condición? No, porque la condición ya realizada se retrotrae al día en que se abrió el legado por la muerte del testador. Así es que, en ese momento, se verifica siempre la transmisión de la propiedad. ¿Por qué, pues, distingue la ley entre legado puro y simple y legado condicional? El artículo 1,014 responde á esta pregunta. Cuando el legado es puro y simple, existe el derecho á la cosa legada desde el instante del fallecimiento, de suerte que si llegase á morir el legatario antes de haber aceptado el legado, antes de haber pedido y conseguido

1 Coin-Delisle, pág. 465, núm. 3 del artículo 1,014.

que se le entregara, transmitiría su derecho á sus herederos ó causahabientes; mientras que si el legado es condicional, no se transmite el derecho á la cosa legada cuando llega á morir el legatario antes de realizarse la condición, puesto que todavía no había adquirido ningún derecho (artículo 1,040).

2. El principio porque se rige la transmisión de la propiedad de la cosa legada se aplica á los legados universales y á título universal. Hay gran diferencia entre ambos legados por lo que hace á la transmisión de la posesión, en la cual nunca es puesto el legatario á título universal, sino que siempre debe pedir la entrega de su legado, tanto como el legatario á título particular (arts. 1,011 y 1,014); mientras que el legatario universal sí es puesto en posesión cuando concurre con herederos no reservatarios. Pero, tenga ó no la posesión, adquiere la propiedad, lo mismo que el legatario á título universal y el legatario particular, desde el momento en que muere el testador, por efecto de la ley, sin que sea necesario que manifieste su voluntad ni que se observe ninguna formalidad, y aun cuando ignorara que existía ó se había abierto ya el testamento. Bajo este concepto, hay identidad entre la sucesión y la donación testamentaria; poco importa en título del legatario. (1)

La jurisprudencia ha reconocido estos principios, aunque no siempre lo ha hecho con el rigor y la precisión necesarios. Hay que hacer una distinción elemental entre la transmisión de la propiedad y la de la posesión. Los legatarios que no hubieren alcanzado ésta, deben pedir el pago de sus legados; el legatario universal que está en posesión no tiene obligación de pedir la entrega. Pero todos los legatarios, aunque no tengan la posesión, adquieren la propiedad desde el momento en que muere el testador, y este

1 Véase el tomo 9º de mis *Principios*, págs. 283 y siguientes, números 210-212.

derecho es transmisible á sus herederos. ¿Cuál es la naturaleza de tal derecho? Hémosle llamado derecho de propiedad; pero la sala de casación no le da ese nombre, sino que le llama derecho transmisible á los herederos y causa habientes. (1) En una de sus resoluciones, dice la sala que el legatario á título particular y el legatario universal no tienen la propiedad sino á partir de la entrega, que hasta ese momento adquieren un *derecho real* transmisible á sus herederos. (2) No vacilamos para decir que esa distinción entre el derecho de propiedad que no se adquiriría sino en virtud de la entrega, y un pretendido derecho real que se adquiriría desde la apertura de la herencia es un error. El pago ó entrega no tiene por objeto más que la transmisión de la posesión; pero nada tiene que ver con la adquisición de la propiedad; y esto es sencillísimo. Algo también muy sencillo hay, y es que el derecho que pertenece á todo legatario desde el instante en que muere el testador es un derecho de propiedad. ¿Cual sería ese derecho *real* imaginado por la sala de casación?

La ley no conoce otros derechos reales que la propiedad y sus desmembramientos. Si el legatario no adquiere la propiedad á la muerte del testador, ¿cuál es el desmembramiento de propiedad que adquiere? La cuestión carece de sentido, y tampoco le tiene la disposición que hace la sala de casación. Una sala hay que resulta de los textos, y la de propiedad y posesión; la transmisión de la primera se verifica siempre, en virtud de la ley, desde el momento en que se abre la herencia y en favor de todo sucesor; mientras que la transmisión de la posesión no se verifica de pleno derecho sino desde que se pone en ella al legatario, y los que no la tienen deben pedir la entrega. Lo que hace caer en error á la sala, son los términos del artículo 1,014:

1 Casación, 15 de Mayo de 1839 (Dalloz, núm. 3,616).

2 Casación, 2 de Diciembre de 1839 (Dalloz, palabra *Registro*, número 5,993).

el legislador no dice que el legado de la propiedad de la cosa legada, sino que el legatario tiene *un derecho* á la cosa legada. Pero ese derecho no es más que uno de propiedad y basta citar el artículo 711 para demostrarlo. Es, pues, necesario decir con el tribunal de Bruselas que la propiedad de la cosa legada pasa de pleno derecho del testador al legatario, como pasa de pleno derecho de la cabeza del difunto á la del heredero ó sucesor *ab intestato*. (1)

3. Estos principios se aplican, sin duda alguna, al legado de la nuda propiedad. Háse creído que este legado era condicional, y la manera de formularle puede favorecer este error. Un cónyuge lega el usufructo de sus bienes á su cónyuge, y añade que los bienes pertenecerán á su sobrino después de la muerte del usufructuario. Estas palabras *después de la muerte* parece que indican un término, y como el de la muerte es incierto, se ha inferido que equivalía una condición; de allí la consecuencia de que caducaría el legado si el legatario de la propiedad llegase á morir antes que el usufructuario. El tribunal de Bruselas rechazó esta falsa interpretación. Lejos de ser condicional, el legado no es ni siquiera á término; es el legado de la nuda propiedad; y éste se abre al mismo tiempo que el legado del usufructo, á la muerte del testador; sólo el goce del legatario de la nuda propiedad es el que se difiere, por la excelente razón de que no es legatario de ella, en virtud de haberse desmembrado su derecho de propiedad en beneficio del usufructuario. (2)

4. Del principio de que el legatario adquiere la propiedad de la cosa legada desde que muere el testador, se sigue que puede transmitir su derecho; el artículo 1,014 dice que ese derecho no es transmitible á sus herederos y *causahabientes*. Por tanto, el legatario puede vender su de-

1 Bruselas, 25 de Agosto de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 209).

2 Bruselas, 27 de Julio de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 161).

recho. La sala de casación dice que el legatario puede disponer del antiguo real ó eventual comprendido en su legado, (1) lo que prueba que la sala está errada al no reconocer el derecho de propiedad (núm. 2); ¿cómo le podría enagenar si no fuera propietario? Poco importa que se haga ó no el pago cuando se haga la venta; aquel no mira más que á la posesión y á la percepción de frutos; y aun cuando no la haya pedido el legatario, no por eso deja de transmitirse su derecho, conforme al artículo 1,014 y por consiguiente deja de venderle. (2)

Del mismo principio se sigue que los acreedores del legatario pueden poseer la cosa legada, aunque no haya habido entrega de ella.

En efecto, la cosa legada está en el dominio del legatario, y así constituye una garantía para sus acreedores, y puede ser poseída por ellos como pueden serlo sus otros bienes. Lo contrario se resolvió en materia de secuestro; antes de la entrega ó pago, dice el primer fallo, el legatario no está investido de su legado, no es propietario y por consiguiente, sus acreedores no pueden asegurar el crédito. Pero esa resolución fué casada como violatoria de los principios relativos á los efectos legales de los legados. (3)

El legatario es, pues, propietario, y puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad, excepto los que dependen de la posesión. Sucedió que los legatarios oponían la falta de entrega como un motivo para que no se recibiera á los acreedores que perseguían contra aquellos la expropiación de la cosa legada. Esta excepción siempre ha sido desechada. La entrega no concierne más que á la posesión; la propiedad es del legatario, y por consiguiente puede ser asegurada para él; si debe pedir la entrega, es

1 Casación, 15 de Mayo de 1839 (Dalloz, núm. 3,616).

2 Bruselas, 18 de Marzo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 282).

3 Fallo precitado de 15 de Mayo de 1839,

para resguardar los derechos del heredero deudor del legado; sólo el heredero puede, pues, aprovecharse de la falta de entrega; el legatario no puede oponer la excepción del derecho en un tercero. (1)

ARTICULO 2. *Transmisión de la posesión.*

Núm. 1. De la ocupación.

1. Principio.

5. "Cuando al fallecer el testador hay herederos á quienes se reserva por la ley una parte de sus bienes, esos herederos entran de pleno derecho, por su muerte, en la ocupación de todos los bienes de la herencia; y el legatario universal está obligado á pedirles la entrega de los bienes comprendidos en el testamento" (art. 1,004). "Cuando al morir el testador no haya herederos á quienes se reserve por la ley una parte de sus bienes, el legatario universal entrará de pleno derecho en la posesión por la muerte del testador, sin estar obligado á pedir la entrega." (art. 1,006).

¿Por qué la ley da la ocupación á los reservatarios de preferencia á los legatarios universales? ¿Y por qué la da á los legatarios universales de preferencia á los herederos no reservatarios? En otro lugar hemos respondido ya á estas preguntas. (2) Los autores del código civil hicieron una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario, y mantuvieron la ocupación que las costumbres concedían á los herederos de la sangre cuando éstos tienen alguna reserva, así como hicieron una concesión á los países de derecho escrito, concediendo la ocupación al legatario universal cuando el difunto excluyó completamente á sus

1 Bruselas 25 de Agosto de 1814 y 21 de Octubre de 1823 (*Pasicrisia*, 1814, págs. 209 y 1,823, pág. 516).

2 Véase el tomo 9º de mis *Principios*, pág. 310, núm. 229.

herederos legítimos no reservatarios: el heredero de hombre ocupa entonces el lugar del heredero de Dios. El código vuelve al derecho consuetudinario cuando no hay legatarios á título universal ni á título particular; y aun cuando tomaran ellos toda la herencia, la ocupación seguiría perteneciendo á los herederos naturales. Nos remitimos á lo dicho ya sobre ocupación en el título de las *Sucesiones*.

6. La ley no prevée el caso en que el legatario universal concurre con reservatarios y con no reservatarios juntamente. Supónese que el difunto deja como herederos á la madre y á los hermanos y hermanas, instituyendo un legatario universal. Solamente la madre entra en la ocupación, los hermanos y hermanas no, puesto que hay legatario universal; de aquí, concluye Toullier, que el legatario universal entrará en la ocupación en atención á los hermanos y hermanas. Lo cual parece bastante lógico; pues no teniendo los hermanos y hermanas la ocupación cuando hay legatario universal, ¿por qué la habían de tener si hay un ascendiente? ¿Puede la madre conferir á los hermanos y hermanas un derecho que no pertenece más que á los reservatarios? Sin embargo, creemos que Toullier y los que opinan como él se engañan. (1) La ley es terminante; desde el momento en que hay herederos reservatarios, les corresponde la ocupación, y dice la ley: la ocupación de *todos los bienes*; luego no puede pertenecer á los legatarios por la parte que les toca. No decimos que los hermanos y hermanas entran en la ocupación; porque, excluidos de la herencia por estar instituido un legatario universal y no siendo reservatarios, no pueden tener la ocupación, y solamente la madre la tendrá de todos los bienes, aunque no reciba más que el cuarto de ellos. El

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 284, núm. 294. Coin-Delisle, pág. 454, núm. 2 del artículo 1,004. Marcadé, t. 4º, pág. 71, núm. 4 del artículo 1,004.

espíritu de la ley está en armonía con esta resolución. En principio, la ocupación corresponde á los herederos que lo son por la sangre, los únicos verdaderos herederos, aquellos á quienes Dios llama á la herencia; el código sostuvo este principio en favor de los reservatarios, que entran á ocupar toda la herencia aunque sólo les corresponda una parte de ella, lo cual es muy jurídico; en la teoría de la ocupación, ésta debe corresponder al que mayor interés tenga en conservar todo el patrimonio; y está claro que al reservatario es á quien más interesa tal conservación, puesto que puede llegar á perderse el derecho del legatario, en tanto que sería indiscutible la reserva escrita en la ley. (1)

7. Hay otra cuestión igualmente discutida y más dudosa. Instituye el difunto un legatario universal, y muere dejando, como herederos más próximos, á otros ascendientes que no son el padre y la madre, y á los hermanos. Se pregunta si tendrán la ocupación los ascendientes. Creemos que del texto y del espíritu de la ley resulta la afirmativa. ¿Qué dice el artículo 1,004? “Cuando al fallecer el testador *hay* herederos á quienes se reserva por la ley una parte de sus bienes, esos herederos entran en la ocupación.” Basta, pues, que haya herederos reservatarios, para que entren en posesión. Objétase que la ley entiende por *herederos* los capaces de suceder que entran á la herencia; y en nuestro caso, los ascendientes quedan excluidos por los hermanos; no son capaces de suceder ni tienen derecho á la reserva sino en el caso de que renuncien los hermanos; sólo, pues, en caso de esa renuncia será cuando entrarán los ascendientes en la ocupación. Respondemos que con esta distinción se confunden dos distintos órdenes de ideas: la cuestión de saber quién es llamado á la sucesión y la de saber quién tiene la ocupación. La ley concede ésta á los herederos naturales cuando son excluidos por lega-

1 Demolombe, t. 21, pág. 516, núm. 565.

tarios á título universal ó á título particular. La da también al padre cuando concurre con un legatario universal, aun cuando éste sea llamado á toda la sucesión, mientras que el padre sólo recibe el cuarto; los derechos y el honor de la sangre sobresalen en principio. Por tanto, aun suponiendo que el ascendiente no tenga ninguna reserva por consecuencia de concurrir los hermanos, debe tener la ocupación. En realidad, la concurrencia de los hermanos no impide al ascendiente que tenga derecho á la reserva. Los hermanos son excluidos por el legatario universal; luego éste concurre en realidad con los ascendientes, y se está en el caso del artículo 1,004: el ascendiente es preferido al legatario. (1)

II. Aplicación del principio.

8. ¿Puede el testador cambiar el orden que marca la ley al deferir la ocupación? Cuando hay reservatarios, no puede el difunto disponer de la ocupación, y en esto están todos de acuerdo. Hay autores que enseñan que el testador puede disponer de la ocupación cuando no hay reservatarios. (2) En la apariencia, el testador es quien da la ocupación: ¿no es esto lo que dice el proverbio, “el muerto da la ocupación al vivo?” No tenemos para qué examinar el origen histórico del tal proverbio, origen que se remonta á una época en que no había ley. Hoy los herederos que entran en la ocupación entran por virtud de la ley, que es la que la defiere. La cuestión está, pues, en saber si se permite, en esta materia, derogar la ley. A nuestro parecer, la negativa es cierta, pero es preciso ver cuál es la

1 Coin-Delisle, pág. 454, núms. 4 y 5 del artículo 1,004. Compárese el tomo 12 de mis *Principios*, pág. 44, núm. 25. En sentido contrario, la mayor parte de los autores (véase á Duranton, t. 9°, página 202, núm. 193. Troplong, t. 2°, pág. 139, núm. 1,814).

2 Compárese á Rigaud, *De la ocupación hereditaria* (*Revista de las revistas de derecho*, t. 6°, pág. 139).

verdadera razón que hay para resolver. Troplong responde: "que no depende del testador conseguir una devolución que ha establecido la ley en vista de una preminencia debida á ciertas personas privilegiadas por la sangre." (1) He ahí una de aquellas ideas que tanto gustan á Troplong; cuando la ley da la posesión al legatario universal de preferencia á los herederos legítimos, ¿lo hace en razón de una preferencia debida á la sangre? Ya hemos dicho en otro lugar qué principio sigue la ley en la denuncia de la ocupación, y ese principio basta para resolver el caso. (2) Para asegurar la conservación de la herencia en provecho de todos los interesados, es para lo que la ley concede preferentemente la ocupación á aquel cuyo derecho es cierto, y que eventualmente es llamado á toda la herencia; hácelo, pues, por un interés general, y á los particulares no les es lícito derogar las leyes de orden público. El testador no puede disponer de la ocupación sino indirectamente, cuando instituye un legatario universal y muere sin dejar reservatario; entonces el legatario es quien tiene la ocupación, pero tampoco en ese caso se puede decir que el testador es quien se la confiere, sino la ley.

9. Se ha resuelto que el legatario condicional tiene la ocupación mientras no se realiza la condición (3). Creemos que una resolución así es contraria al tenor y al espíritu de la ley. Para que el legatario tenga la ocupación, es menester que haya legatario; mas la condición suspende el legado. Esto responde al argumento formulado por el tribunal de Turin. La ley, dice el tribunal, no distingue entre el legado puro y simple y el condicional. No, sino que tal distinción resulta de los principios relativos á la con-

1 Troplong, t. 2º, pág. 131, núm. 1,793).

2 Véase el tomo 9º de mis *Principios*, pág. 310, núm. 229.

3 Turin, 13 de Abril de 1807 (Dalloz, núm. 3,617). En sentido contrario, Troplong, t. 2º, pág. 140, núm. 1,815. Demolombe, t. 21, pág. 514, núm. 561. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 159 y nota 4, pfo. 719.

dición. El legatario condicional sólo un derecho eventual tiene, derecho que puede perderse de un momento á otro con su muerte; entre tanto está suspensa la condición, sólo puede ejercer los actos de conservación de su derecho; mas la ocupación es cosa muy distinta, y tiene por objeto garantizar los derechos de todos los interesados; lo cual supone que el derecho de aquél á quien la ley encarga que vigile por los intereses de todos es cierto. Sólo porque no lo es el del legatario condicional, la ley no podía confiarle la ocupación.

10. ¿Tiene la ocupación el legatario universal instituido por un menor? Ya examinaremos en otra parte esta cuestión (t. X, pág. 256, núm. 194).

11. El testador instituye á su hijo natural legatario universal y muere dejando herederos legítimos: ¿quién tendrá la ocupación? Se discute este punto. A nuestro juicio, corresponde la ocupación al hijo natural. La resolución depende de que se sepa si el hijo natural puede ser legatario universal. Esto lo niegan, diciendo que los hijos naturales no pueden recibir nada más que lo que se les hubiere concedido en el título de las *Sucesiones* (art. 908); mas, conforme al artículo 757, nunca tiene el hijo natural una parte de la sucesión, y así el legado, aparentemente universal, que le hace su padre, es en realidad un legado á título universal. (1) Esto es olvidar que, conforme al artículo 908 combinado con el 758, el hijo natural puede recibir la totalidad de los bienes cuando su padre no deja parientes de grado legal; por lo tanto, el hijo natural, legatario universal, tiene un derecho eventual á la universalidad de los bienes, y desde ese momento es realmente legatario universal, y por tanto tiene la ocupación como tal. (2)

1 Durantón, t. 9º, pág. 205, núm. 195. Poujól, t. 2º, pág. 167, número 10.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 159, nota 3, pfo. 719.

III. Consecuencias de la ocupación.

12. Cuando el legatario universal tiene la ocupación, se asimila al heredero legítimo, así en cuanto á los derechos como en cuanto á las obligaciones. Es menester, pues, aplicar al legatario que tiene la ocupación lo que hemos dicho en el título de las *Sucesiones*, en cuanto á los efectos de la ocupación (t. IX, núms. 223-228). No hay excepción sino para la obligación que impone la ley á los herederos legítimos de restituir las liberalidades que se les otorgaron; los legatarios entre sí no están obligados á la restitución, la cual se funda en la voluntad presunta del difunto, y no puede discutirse acerca de la voluntad presunta cuando la manifestó el difunto. Por otra parte, nada tiene de común con la ocupación el deber de restituir.

13. El tribunal de Colmar aplicó este principio á la acción de rescisión de una venta por causa de lesión. Suponiendo que el difunto tenga derecho de pedir la rescisión, ese derecho forma parte de su patrimonio; transmite la acción con sus otros bienes á sus herederos; y pues que el legatario que tiene la ocupación está en lugar del heredero, tiene por lo mismo el ejercicio de todas sus acciones. (1)

Si los legatarios tienen todas las acciones que proceden del difunto, tienen también las de nulidad de las disposiciones hechas por éste mismo. Tal sería la de nulidad de los legados hechos á incapaces, como por ejemplo, á las corporaciones religiosas, de allí que los herederos legítimos no tienen derecho de impugnar esas disposiciones; y si no lo tienen, es por carecer de interés. (2) Esto supone que el legado universal es formal. En otra parte hemos dicho que el fraude se ha apoderado de la ley para burlarla; el testador instituye un legatario universal cuya única

1 Colmar, 7 de Agosto de 1834 (Dalloz, núm. 4,242).

2 Donegada, 17 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 289).

misión es hacer llegar los bienes del difunto á los incapaces é impedir que los herederos obren quitándole todo interés. Excusado es decir que los legados universales hechos en fraude de la ley son unos. (1)

IV. De los legatarios universales instituidos por un testamento ológrafo ó cerrado.

14. Cuando el legatario universal tiene de pleno derecho la ocupación, ¿puede, como el heredero *ab intestato*, entrar en posesión de los bienes hereditarios? Es preciso distinguir si fué instituido por testamento auténtico ó por testamento ológrafo ó cerrado. Si el legatario fué instituido por testamento auténtico, puede tomar posesión de los bienes sin necesidad de cubrir ninguna formalidad. Hay un título ejecutivo, que le pone en ejecución: el derecho común. He aquí por qué la ley no habla de ese caso; no prescribe medida alguna para la conservación ni para la ejecución del testamento; el derecho común basta. Era inútil velar especialmente en la conservación del testamento público, el cual se extiende en minuta, y por lo mismo se conserva con las demás minutas que quedan en la notaría. No había para qué someter al testamento á formalidades especiales para su ejecución, puesto que es un instrumento auténtico revestido de la forma ejecutiva. (2)

El artículo 1,319 restringe la fuerza ejecutiva de los instrumentos auténticos. En caso de pedirse la falsedad de la principal, queda suspensa la ejecución del documento redarguido de falsedad, por la querella, si pues hubiese una promoción de falsedad contra el autor de ella seguida del correspondiente auto cabeza de proceso, no podría ponerse en posesión al legatario, por ser todas las probabilidades de que fuera falsificado el testamento. En caso de

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 259, núm. 173.

2 Duranton, t. 9°, pág. 205, núm. 196.

alegarse la falsedad en el transcurso del juicio civil, contra el instrumento auténtico, pueden los tribunales, conforme á las circunstancias del caso, suspender provisionalmente la ejecución del documento. Esta disposición del artículo 1,319 se aplica también al testamento público. La alegación de falsedad incidental no basta para suspender la ejecución del instrumento; pues de ese modo se habría proporcionado á los herederos un medio facilísimo de oponerse á la ejecución de un documento válido. A los tribunales toca resolver conforme á las circunstancias de cada caso. Si hubiere graves presunciones de falsedad y hubiere lugar á temer que el poner en posesión al legatario durante la instrucción del proceso de falsedad causará perjuicio á los herederos, los tribunales resolverán que se depositen judicialmente los bienes, de acuerdo con el artículo 1,961 que permite á la justicia ordenar el secuestro de aquellos cuya propiedad ó posesión se disputan dos personas. Es verdad que el legatario tiene en su apoyo un instrumento auténtico; pero la fe de vida á ese instrumento se debilita considerablemente por la alegación de falsedad y por las circunstancias del caso. (1)

Cuando no haya alegación de falsedad, el testamento, que seguirá siendo válido en cuanto á la forma, conservará su fuerza ejecutiva, aun cuando sea impugnado en la sustancia por trastorno mental ó por captación; sin embargo, el legatario puede ser puesto en posesión, por deberse proveer á su título. (2)

15. Es muy distinta la posición del legatario cuando fué instituido por un testamento ológrafo ó cerrado. En efecto, el instrumento que exhibe es un documento priva-

1 Bruselas, 16 de Mayo de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 418 y Dalloz, núm. 2,826).

2 Lieja, 11 de Julio de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 207 y Dalloz, núm. 2,826).

do que no merece ninguna fe, que ninguna fuerza ejecutiva tiene. ¿Podía la ley permitir que se pusiera en posesión al legatario, en virtud de un testamento cuya verdad nada hay que garantice, delante de los herederos legítimos que de pleno derecho tienen la ocupación? Concíbese que los herederos naturales sean puestos en posesión, por tener un título en su parentesco que auténticamente consta por las actas del estado civil, y su derecho está escrito en la ley. Concíbese también que un testamento auténtico permita al legatario tomar posesión de los bienes: tiene un título al cual concede la ley fe plena y que está revestido de un mandamiento de ejecución, en nombre del rey. Pero el legatario instituido por testamento ológrafo ó cerrado no tiene título, pues el instrumento que presenta ninguna fe merece por sí mismo, ni tiene fuerza ejecutiva; por lo cual debe intervenir la autoridad judicial. De allí las medidas que prescribe la ley, así en beneficio del legatario como de los herederos.

1. Presentación y depósito del testamento.

16. El artículo 1,007 dice: "Todo testamento ológrafo será presentado antes de ejecutarse, al presidente del tribunal de primera instancia del distrito donde se abra la sucesión." No dice la ley quién ha de hacer esa presentación; pero es natural que la haga el que se halla en posesión del testamento, el legatario ó el amigo á quien el difunto haya confiado el escrito que contiene su última voluntad, ó el notario á quien le haya sido confiado para su depósito. Ordinariamente, el testador mismo, conserva su testamento ológrafo; la ley vela porque los herederos, interesados en sustraerle, no le destruyan; el juez de paz que, al fijar los sellos, encuentra un testamento, debe presentarlo al presidente del tribunal (Cód. de proc., arts. 916 y 918).

El testamento debe ser presentado al presidente del tribunal en el distrito donde se abra la sucesión, por ser ese tribunal ante el cual se llevan todas las demandas relativas á la ejecución de las disposiciones testamentarias. Sin embargo, se resolvió ya que tal disposición no es de rigor, y que la presentación puede hacerse por el depositario del testamento al presidente del tribunal del distrito de su domicilio; (1) más adelante veremos que ninguna de las formalidades que prescribe la ley para la conservación y ejecución del testamento está sancionada con pena de nulidad. Sea cual fuere el presidente á quien se presentare el testamento y que hubiere decretado su depósito, el presidente del lugar donde se habra la sucesión puede decretar la toma de posesión; (2) la irregularidad de la presentación no impide que el testamento haya sido visto por un magistrado, descrito por él y depositado en poder de un notario.

17. Conforme al artículo 1,007, deberá ser abierto el testamento si está cerrado. El presidente manda levantar una acta de la presentación y de la apertura del testamento. Si interviene aquel funcionario, no es como juez que ejerza jurisdicción; las funciones que le encomienda la ley pertenecen á lo que impropiamente se llama jurisdicción voluntaria; á decir verdad, no hay jurisdicción que ejercer puesto que no hay litigio, que si le hubiese, no sería el presidente quien le habla de resolver, sino el tribunal. La jurisdicción llamada voluntaria no siempre tiene igual carácter; hay actos de jurisdicción voluntaria que van precedidos de conocimiento de causa, y que por lo mismo el magistrado puede negarse á ejercer, si hay lugar; mientras que otros se despachan sin ese conocimiento desempeñan-

1 Tolosa, 22 de Marzo de 1839 (Daloz, núm. 3,814).

2 Denegada, 22 de Febrero de 1847 (Daloz, 1847, 1, 141). Compárese con lo resuelto en Nancy á 18 de Junio de 1869 (Daloz, 1870, 2, 114).

do en ellos el magistrado un ministerio pasivo al cual no puede negarse por encomendárselo la ley. A esta segunda categoría pertenecen la presentación del testamento, su apertura y la descripción de su estado. Aun cuando el testamento que se presente sea nulo en cuanto á la forma, no por eso está menos obligado el presidente á levantar el acta y á decretar el depósito, pues no le corresponde á él fallar sobre la nulidad del testamento. (1)

Sin embargo, no es puramente pasivo el ministerio del presidente. Si no juzga, cuando menos inspecciona. Si pues se le presentara un escrito que no fuera testamento, ciertamente no estaría obligado á levantar acta ni á ordenar el depósito de aquel escrito. Así mismo si éste fuese testamento, pero no hubiese muerto aún el testador, no habría lugar de proceder á las formalidades prescriptas por la ley, porque no hay testamento de un hombre vivo. Puede, pues, el presidente exigir que el que presenta el testamento exhiba también el acta de defunción del testador. (2)

18. Las mismas formalidades se observan para el testamento cerrado. La ley prescribe una medida especial para ese caso: “La apertura del testamento no podrá hacerse sino en presencia de *aquellos de los notarios* y de los testigos signatarios del acta de sobrescrito que se hallen en el lugar, ó fuesen llamados.” El texto supone que el acta de sobrescrito puede extenderse por dos notarios: lo cual es un error, porque nunca se levanta esa acta más que por un notario en presencia de seis testigos. (3) Conforme al artículo 1,007, no se debe llamar para la apertura del testamento cerrado más que al notario y á los testigos que se hallen en el lugar, es decir, que habiten en la ciudad donde reside el tribunal. Se ha creído que la expresión en el

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sec. 2ª, pfo. 4º, artículo 5º núm. 4 (t. 34, pág. 147).

2 Coin-Delisle, pág. 458, núm. 7 del artículo 1,007.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 128, nota 3.

lugar debía entenderse de todo el distrito judicial; pero no es tal ciertamente el sentido literal de dicha expresión, y á la letra de la ley debe atenderse si no se quiere incurrir en la más absoluta arbitrariedad (1) ¿Por qué prescribe la ley formalidades especiales para la apertura del testamento místico? Porque la descripción del estado que guarda ese testamento es de mayor importancia que en el ológrafo. Este último no es válido sino cuando se escribió por completo, se fechó y se firmó por el testador; mientras que el testamento cerrado puede ser escrito por otro, y no es necesario que vaya firmado por el testador. De ahí el peligro de que sea sustituido por otro el testamento que se presentó al notario. La ley multiplica las precauciones para prevenir ese fraude, que destruiría en su esencia el testamento cerrado. He aquí por qué quiere que el testamento se presente ante gran número de testigos y que esos testigos reconozcan, muerto el testador, sus firmas y el estado del testamento. (2)

19. El artículo 1,007 quiere que después de levantar acta el presidente ordene el depósito del testamento en poder del notario á que comisione. Es una garantía para el legatario, así como para los herederos. Estos pueden inspeccionar el testamento y ver si deben reconocer la escritura, ó impugnarla, sea por vicio de forma, sea por incapacidad. Puede suceder que el difunto haya depositado su testamento en una notaría, cosa que por lo común acontece con los cerrados. Entonces se presentará el testamento al presidente por el depositario, sin que esto exima al presidente de mandar que se deposite. Solo que la conveniencia exige, como lo resolvió el tribunal de Montpellier, que el presidente confíe el depósito al notario á

1 Bruselas, 16 de Febrero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 40).

2 Coin-Delisle, pág. 458, núm. 8 del artículo 1,007.

quien el testador mismo escogió, á menos que haya graves motivos para no hacerlo así.

20. Las formalidades prescriptas por el artículo 1,007, ¿deben observarse pena de nulidad? La negativa es cierta; el código no declara esa nulidad, ni había para qué declararla, pues bien puede ser que el legatario deje de observarlas por ignorancia ó inadvertencia. Así, abre el testamento antes de presentarle al presidente: esto sería una irregularidad, pero que no quita á los herederos su derecho de pedir la nulidad, si procede. Más grave sería la irregularidad, tratándose de un testamento cerrado; sin embargo, no había de resultar ninguna nulidad, á salvo que los herederos se acojan á esa circunstancia si impugnan el testamento. Con mayor razón, no tendrían derecho de quejarse si ellos mismos hubiesen asistido á la apertura irregular del testamento. En este punto están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1)

Se ha resuelto, aplicándose este principio que el legatario particular podía pedir la entrega de su legado, aun cuando no se hubieran observado las formalidades prescriptas por el artículo 1,007. En el caso, no era dudosa la solución. Un fallo del tribunal de primera instancia había ordenado el depósito del testamento en una notaría, y se había levantado la correspondiente acta, expresándose su estado. Estaba, pues, conseguido el objeto de la ley. (2) Es verdad que las formalidades no se cumplen por equivalencia, pero esta máxima supone que tales formalidades se prescriben para la sustancia del testamento, mientras que las del artículo 1,007 sólo tienen por objeto resguar-

1 Véanse los fallos en Dalloz, núm. 2,777. Es necesario añadir un fallo del tribunal de Bruselas de 16 de Febrero de 1848 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 40). Compárese á Coin-Delisle, pág. 459, núm. 9 del artículo 1,007. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 128 y nota 4. Demolombe, t. 21, pág. 465, núm. 503.

2 Bruselas, 3 de Marzo de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 57 y Dalloz, núm. 490).

dar los intereses de los legatarios y de los herederos. Si no se perjudican esos intereses, sería extremado formalismo prevalerse de la inobservancia de la ley, cuando nadie está interesado en que se observe.

2. De la toma de posesión.

21. Cuando hay herederos reservatarios, el legatario universal debe pedirles la entrega de los bienes comprendidos en el testamento (art. 1,004). Cuando no hay herederos reservatarios, no está obligado el legatario universal á pedir la entrega; pero si el testamento es ológrafo ó cerrado, debe ser puesto en posesión por un decreto del presidente del tribunal de primera instancia del distrito en donde se abre la sucesión (arts. 1,006 y 1,008). Resulta de tales disposiciones que el decreto de posesión no es una petición de entrega: actos que difieren mucho entre sí, aunque produzcan el mismo efecto, que es el de poner al legatario universal en posesión de los bienes legados. La petición de entrega, cuando no es consentida voluntariamente, es una acción judicial que se intenta contra los herederos reservatarios y que se juzga como todas las acciones. En tanto que la demanda para la posesión se dirige al presidente del tribunal por vía de instancia. El presidente es quien libra la orden, pero sin conocimiento de causa, por que no es sentencia la que pronuncia. Tan cierto es esto que ni siquiera se le remite el testamento, el cual sigue depositado en la notaría; el legatario se limita á agregar el acto de depósito á su demanda. La de entrega del legado va seguida de un fallo, y pertenece á la jurisdicción contenciosa; mas la orden que manda se ponga al legatario en posesión no es sentencia sino un acto de jurisdicción voluntaria (1).

22. Se pregunta si el tribunal de primera instancia po-

1 Coin-Delisle, núms. 10 y 11 del artículo 1,008. Troplong, t. 2^o, pág. 143, núms. 1,822-1,825. Demolombe, t. 21, pág. 467, núm. 504.

dría poner en posesión al legatario. La negativa está consagrada por la jurisprudencia, y no ofrece dudas. Si el legatario universal, aunque con la ocupación, es decir, aunque investido por la ley de la posesión de hecho y de derecho, debe, sin embargo, pedir esa posesión al presidente, es porque no consta su derecho á la posesión, más que por un escrito privado sin fuerza ejecutiva ni autoridad ejecutiva; el presidente interviene para darle un carácter exterior y para asegurar su ejecución; hace funciones de notario. Es, pues, como lo acabamos de decir, un acto de jurisdicción voluntaria; mas esta misión que le confía la ley, no le autoriza para delegarla al tribunal. Ni podría, aunque los herederos se opusiesen á la posesión, á él le toca declararlo y sólo á él. (1)

23. La aplicación del principio suscita otra dificultad. Si la sucesión se abre en el extranjero y si el legatario obtiene del presidente un decreto de posesión, ¿podrá ponerla en ejecución respecto de los bienes situados en Francia? ¿ó será menester que se haga ejecutiva por un tribunal francés? La sala de casación resolvió la cuestión en este último sentido. Se objetaba que los actos de jurisdicción voluntaria se rigen por la máxima *homo regit actum*. Esto es cierto en lo que concierne á las formalidades prescriptas para la validez de los escritos ó actos pasados en el extranjero. Así el testamento cerrado hecho en el extranjero será válido si fué hecho con las formalidades exigidas por la ley del país donde se extendió. Pero es distinta la cuestión de si la orden del presidente, que decreta la posesión en favor del legatario en virtud de ese testamento, es ejecutiva en Francia. Aquí se trata de un acto del poder público, de un acto de soberanía; y un soberano extranjero no puede ordenar nada en Francia. El decreto de posesión equivale

1 Lyon, 22 de Diciembre de 1848, y Rennes, 16 de Enero de 1849, (Dalloz, 1849, 2, 47 y 234); Denegada, Marzo 9 de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 59).

al mandamiento que se halla en los documentos auténticos y que es una emanación del poder soberano. Así como ese mandamiento ningún efecto produce fuera de las fronteras del país donde se ejerce la soberanía del cual emana, así también el decreto del presidente no puede tener efecto más que dentro de los límites de la soberanía en nombre de la cual procede. (1)

24. ¿Qué papel desempeña el presidente? ¿Es puramente pasivo, quiere decir que siempre debe poner en posesión al legatario, á menos que haya contradicción ó oposición por parte de los herederos legítimos? Se ha creído que la ley no confiere ningún derecho al presidente, á quien sólo impone el deber de decretar la posesión; (2) pero esta opinión debe desecharse indudablemente, como contraria que es al tenor literal de la ley. El artículo 1,008 dice que el legatario debe pedir que se ponga en posesión, y no que el presidente debe decretar esa posesión sólo por que se la pida el legatario. Tanto más significativa es esta relación, cuanto que sustituyó al primer proyecto concebido así: "La posesión *será* decretada por el presidente del tribunal." Se habría podido impedir de allí que la orden era simple formalidad que está obligado el presidente á observar desde que se le requiere; pero la redacción actual fué propuesta por el tribunado, y nada tiene de imperativa. Si se consulta el espíritu de la ley, no queda duda. ¿Qué es lo que pide el legatario? Que, como tal legatario universal, se le ponga en posesión, á falta de herederos reservados. Esto implica que realmente es legatario universal, y que no concurre con herederos en reserva.

1 Denegada, Marzo 9 de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 59, é Id, el informe del consejero de Oms).

2 Poujel, t. 2º, pág. 179, artículo 1,008, núm. 1. En sentido contrario, Dalloz, núm. 3,652, y todos los autores (Anbry y Rau, t. VI, pág. 129 y nota 5; Demolombe, t. XXI, pág. 469, núm. 505).

Es preciso ante todo que el requerente pruebe que es legatario universal. Esto supone la existencia de un testamento ológrafo ó cerrado, como lo dice el artículo 1,008. ¿Basta que el pretendido legatario produzca cualquier escrito, por informe que sea; ó el presidente tiene derecho y aun deber de examinar si el testamento es regular en la forma? Decimos que el presidente tiene que ver si el testamento que se le presenta es tal, y por consiguiente si es regular en cuanto á su forma. En efecto, ¿por qué interviene ese funcionario? ¿Será como simple máquina que tiene que firmar? Ciertamente que no. Hay dos derechos en conflicto, el de los herederos legítimos y el del legatario universal. Los herederos tienen la ocupación en virtud de la ley, y no pueden ser privados de ella sino por medio de un testamento que los excluya. Es menester que ese testamento sea regular en su forma, porque ésta es de esencia en él. Se presenta al presidente como testamento ológrafo un escrito sin fecha, ó como cerrado otro que ni está cerrado ni sellado: tales no son más que pedazos de papel, pero no testamentos. Obligar al presidente á dar la posesión al que le presentara cualquier papel escrito, sería dejar el derecho de los herederos naturales á merced del primer aventurero advenedizo. En vano se dice que el decreto relativo á la posesión ningún derecho confiere al legatario y que los herederos pueden inmediatamente pedir la nulidad del testamento y que se dicten medidas de conservación. Respondemos nosotros que bien pueden no hallarse en el lugar los herederos, en el cual caso, provisto de su decreto el legatario, entrará en posesión, dilapidará los bienes antes de que los herederos puedan ejercitar sus derechos, y les causará un perjuicio irreparable. Con el fin de proporcionar una garantía á las familias, hace la ley que intervenga el presidente, y para que la garantía sea efectiva, es menester que ese funcionario tenga

facultades para hacer la correspondiente apreciación (1) En realidad, la ley no limita dichas facultades, y así puede decirse que legalmente son ilimitadas. No es grande el peligro del tal poder discrecional, porque el presidente no pronuncia ningún fallo, ni compromete ningún derecho, sino que de los dos que están en conflicto, mantiene provisionalmente el más cierto de ellos. Se resolvió en casación, en este caso, que el decreto de posesión está subordinado á la presentación de un testamento que tenga existencia legal. (2)

25. Pero el legatario tiene igualmente su derecho, y el presidente la misión de asegurarle tanto como el de los herederos. Si algún peligro hay para ellos de que algún aventurero aprenda y discipe la herencia, también le hay para el legatario de que se le separe por la oposición de aquéllos, descontentos por haber quedado excluidos, y que buscarán la manera de poner trabas al derecho de los legatarios. ¿Bastará que desconozcan la escritura del testamento ológrafo? Si esto bastara, no habría legatario que obtuviera la posesión en virtud de un testamento hecho en aquella forma; los herederos no tendrían que declarar que no conocían la letra del autor para impedir la toma de posesión, y esto sería dejar el derecho de los legatarios á merced del descontento y de la malevolencia de los herederos. (3) ¿Es decir esto, que si el testamento es regular en cuanto á su forma, no debe para nada tomar en cuenta el presidente la oposición de los herederos, aun cuando impugnaran formalmente la escritura? El presidente será quien lo aprecie. Si un anónimo le remite un testamento por correo, si todas las circunstancias militan

1 Agen, 26 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297).

2 Denegada, 27 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 250).

3 Agen, 26 de Agosto de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 297) Denegada de la sala de lo civil, 13 de Noviembre de 1816 (Dalloz, núm. 2,736, 3^o) Tolosa, 16 de Noviembre de 1839 (Dalloz, número 2,747).

contra la sinceridad de tal escrito, ¿prevalecerá el derecho dudoso del legatario sobre el derecho cierto de los herederos? No, el presidente denegará la posesión; y en esto van de acuerdo los autores y la jurisprudencia. (1)

Indudablemente, la apreciación que hace el presidente es arbitraria; y también se advierte en las resoluciones de los tribunales de alzada una predilección, ya en favor de los legatarios, ya en el de los herederos. Así es como el tribunal de Nîmes invoca, en favor de los primeros, una presunción legal fundada en la ocupación que la ley les concede; (2) pero es aquel un tribunal de un país de derecho escrito, donde siempre se respeta la voluntad del testador lo mismo que la de la ley. Esa voluntad forma indudablemente ley, pero con la condición de que sea cierta; mas desde el momento en que desconocen los herederos la escritura, el testamento carece absolutamente de valor. Si pues se quisiera proceder por la vía de las presunciones, habría necesidad de declararse en favor de los herederos contra el legatario. A decir verdad, no hay tal presunción. La ley confiere al presidente la facultad de dictar su decreto, y por esto mismo la facultad, también, de denegarle. De hecho, es menester referirse á su prudencia.

26 ¿Puede el presidente denegar la posesión cuando los herederos impugnan el testamento por causa de trastorno mental ó de captación? Sucedió ya que por ese capítulo se hizo la denegación. (3) Como la ley no define la facultad del presidente, es difícil asegurar que se excede al denegar la posesión al legatario que notoriamente abusó de la debilidad del testador. Sin embargo, creemos que el espíritu de la ley es que el legatario debe ser puesto en posesión

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 129 y siguientes, y nota 7, pfo. 710, Dalloz, número 2,770. Denegada, 27 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 250).

2 Nîmes, 17 de Febrero de 1824 (Dalloz, número 2,773).

3 Poitiers, 5 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 143).

desde que el testamento es regular y se reconoció la letra con que fué escrito. El presidente nada resuelve con conocimiento de causa, no oye á las partes, ni hace más que pronunciar en vista de una petición, y es muy expuesto denegar la posesión por pretender los herederos que el testador no estaba en el uso expedito de sus facultades ó que se le sorprendió con artificios fraudulentos. Debe dejar al juez del conocimiento la resolución de estas cuestiones, tan difíciles de por sí. El tribunal de Gand falló, en ese caso, que cuando no hay ningún vicio de forma externa, es legalmente cierta la voluntad del testador y debe proveerse al título. (1)

27. El presidente puede y debe denegar la posesión cuando el legado no es universal. Esta facultad, ó por mejor decir, este deber no podría disputársele, y es la prueba de que en realidad el presidente disfruta de un poder discrecional. Sólo el legatario universal tiene la ocupación, y sólo él puede obtener la posesión en virtud de un decreto del presidente; los legatarios á título universal y á título particular deben pedir la entrega. Siguese de aquí que el presidente debe asegurarse de si el legado es universal, y esta cuestión es con frecuencia muy difícil de resolver, como lo hemos visto con numerosas pruebas. (2) El presidente debe necesariamente prejuzgar la dificultad otorgando ó denegando la posesión, que no tiene facultad para conceder á un legatario á título universal ó á título particular; no tiene derecho de negarla á un legatario universal, y en consecuencia está obligado á apreciar la naturaleza del legado. Pero su apreciación no es definitiva, no es una resolución que todos los derechos quedan á salvo.

1 Gand, 11 de Agosto de 1860 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 253). Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 3 de Enero de 1823 (*Pasicrisia*, 1823, pág. 326) Demolombe, t. 21, pág. 472, núm. 508.

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, págs. 655 y siguientes, números 505-517.

La sala de casación consagró este principio en un caso en que era muy dudosa la calidad del legado. Al parecer, no había más que legados particulares, pues la testadora había dispuesto separadamente de cada uno de los inmuebles de la herencia. El presidente mandó poner en posesión á los legatarios que sobrevivían; y en apelación se resolvió que la testadora había tenido ánimo de hacer legados universales, y por consiguiente la sala confirmó el decreto del presidente. Interpuesta la casación, se pronunció un fallo denegatorio según el informe del consejero de Oms. Aquel fallo dice que obligado el presidente á conceder ó denegar la posesión que se le había pedido, debía buscar, en las disposiciones del título que se le presentaba, las razones que le hubiesen parecido propias para justificar su resolución. Pero esta resolución, agrega la sala, es esencialmente provisional y en nada perjudica los derechos de las partes; cuando el presidente hubiere agotado sus facultades, pueden las partes proceder sin atender á las circunstancias. (1)

28. Hay aún cuestiones de hecho que necesariamente están sometidas á la apreciación del presidente. Puede ser regular en cuanto á la forma el testamento, válido en cuanto á la sustancia, el legado puede ser universal, y eso no obstante, el presidente puede denegar la posesión si no está acreditada la identidad del legatario, y aun estándolo, cuando el difunto dejó herederos reservatarios. En estos dos puntos, no hay la menor duda. La ley no habla de identidad; es necesario, naturalmente, que quien se presenta como legatario pruebe, si no es persona conocida para el presidente, que es la misma á quien instituyó el legatario universal. En cuanto á la ausencia del reservatario, es una

1 Denegada, 26 de Noviembre de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 429). Nancy, 16 de Febrero de 1870, y 18 de Junio de 1869 (Dalloz, 1870, 2, 113 y 114). Orleans, 31 de Agosto de 1831 (Dalloz, núm. 3,591, pág. 1,024).

condición legal; si hay reservatarios, el legatario no tiene la ocupación, ni puede por lo mismo pedir la posesión, sino que debe pedir la entrega. Poco importa que los reservatarios reclamen ó no; basta que los haya, para que el presidente deba abstenerse de decretar la posesión. (1)

29. ¿Cuáles son las consecuencias de la toma de posesión del legatario? Según la opinión seguida por la jurisprudencia francesa, el decreto relativo á la posesión tiene una consecuencia importantísima, y es la de que el legatario no está obligado á probar la verdad de su título, pues tal prueba queda á cargo de los herederos legítimos, á quienes toca probar que la escritura no es del testador. Ya hemos impugnado semejante doctrina. (2) Según lo que acabamos de decir, es cierto que nada hay de común entre la toma de posesión y la fuerza probatoria del testamento ológrafo, si no es la de que el presidente puede negar aquella posesión cuando los herederos desconocen la letra del testamento. Pero sea que otorgue ó deniegue la posesión, su decreto no es un fallo y ninguna influencia tiene en la sustancia del derecho.

Es necesaria la intervención del presidente cuando es ológrafo el testamento; pero no, cuando es público. Por consiguiente el decreto de la posesión tiene como fin y efecto dar á un documento privado el carácter público y la fuerza ejecutiva que le hacen falta. Al presidente le corresponde ver si el testamento exhibido por el legatario ofrece las garantías suficientes de verdad, y denegará la posesión si cree que el testamento es irregular ó nulo. ¿Cuál será el efecto que produzca la denegación de posesión? El tribunal de Poitiers resolvió que á consecuencia de tal denegación, volvía la posesión á los herederos legítimos y les

1 Búrges, 1º de Mayo de 1820 (Dalloz, número 3,671)

2 Véase el tomo XIII de mis *Principios*, pág. 299 y siguientes, núms. 233-237.

pertenecía provisionalmente, (1) á salvo los derechos del legatario. Hay una ocupación legal, que es la de los herederos, la cual es cierta, y una ocupación testamentaria, la del legatario, que es dudosa; la ley debe prevalecer sobre el testamento, cuando no se sabe que le hay. Por el contrario, si se pone en posesión al legatario, se hace á un lado la ocupación legal de los herederos; aunque el legatario solamente lo sea por testamento ológrafo ó cerrado, se asimila al que lo es por testamento auténtico, y tienen título ejecutivo que le permite asegurar los bienes y ejercer todos los derechos correspondientes á un heredero que tenga la ocupación. Puede obrar contra todos los detentadores de bienes hereditarios, aun contra los herederos legítimos que hayan sido puestos en posesión. Siendo propietario y poseedor, tiene todos los derechos anexos á la propiedad; puede, como dicen, usar y abusar. De allí el interés que tienen los herederos en reclamar contra la orden del presidente. También el legatario tendria interés por su parte, si le negara el presidente la posesión.

30. ¿Tienen las partes interesadas algún recurso, y cuál contra el decreto del presidente? No hay cuestión sobre la que más se discuta que ésta. Unos niegan que haya ningún recurso; otros admiten la oposición y la apelación; quienes no admiten más que la apelación, y quienes, en fin, distinguen diciendo que procede la oposición mientras no haya habido debate contradictorio al del presidente, y que procede la apelación cuando, en vista de la oposición de los herederos, se promueve algún debate contradictorio. ¿No probaría este conflicto de opiniones que hay un vacío en el código? ¿Y si alguno hay, no será menester concluir que no hay recurso claro, puesto que la ley no admite ninguna? Esta es nuestra opinión, mas no entendemos dejar resuelta una dificultad que no es de nuestro dominio sino

1 Poitiers, 5 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 2, 144).

que pertenece al procedimiento; se trata de determinar el carácter de jurisdicción voluntaria que concede la ley al presidente: ¿admite la oposición sin ley que la conceda? ¿admite la apelación cuando no ha habido fallo, ni causa, ni partes colitigantes. (1)

Dada la opinión que tenemos formada acerca de la fuerza probatoria de los testamentos ológrafos y cerrados, hay pocos inconvenientes para negar á los interesados todo recurso del presidente, puesto que el tal decreto deja intactos los derechos de las mismas partes, las cuales pueden inmediatamente dirigirse al fondo del asunto, y hasta pedir que se dicten medidas de consideración. ¿No sería complicar el debate autorizar un recurso contra un decreto puramente provisional? Por esta razón, quizá, no concede la ley ninguna. Más adelante veremos cuáles son las medidas de conservación que pueden pedir los interesados, aun el caso de haberse decretado ya la posesión.

31. ¿Qué sucede cuando el legatario universal no pide la posesión? Que de derecho queda con la ocupación, conforme al artículo 1,006, si no hay reservatarios; pero no puede ser puesto en posesión, por no tener título ejecutivo; y en tal virtud no tendrá los derechos anexos á la posesión de hecho (núm. 29). Esto sucedería aunque se le pusiera en posesión de hecho. Tal posición es muy singular. El legatario universal tiene la ocupación y posee, á pesar de lo cual, no tiene los derechos que derivan de la posesión; si procediera contra los detentados de bienes hereditarios, éstos podrían rechazar su acción por medio de la correspondiente oposición. La razón es, que, aun cuan-

1 Véase la doctrina y la jurisprudencia en Aubry y Rau. t. VI, pág. 129 y nota 5; Dalloz, núms. 3,664-3,670, y la nota de la *Colección periódica*, 1870, 2, 113; sobre la jurisprudencia belga, la nota de la *Pasirisia*, 1856, 2, 207; es necesario añadir lo resuelto en Gand, á 22 de Julio de 1865 (*Id.*, 1865, 2, 278)

do tiene la ocupación, no tiene derecho de que se le ponga en posesión, y así su posesión de hecho es ilegal; siguiéndose de aquí que no puede aprovecharse de ella. Habría una excepción si fuese puesto en posesión con el consentimiento de sus herederos. Este consentimiento equivale á una orden del presidente, implica la renuncia de parte de los herederos á aprovecharse de la nulidad del testamento, si hubiera una causa de nulidad. (1) Las formalidades de los artículos 1,007 y 1,008 no obligan á las partes interesadas, en cuanto á que si se entienden, nada les impide que procedan á ejecutar el testamento. (2)

Si el legatario es puesto en posesión sin haber obtenido una orden del presidente y sin consentimiento de los herederos, su posesión es ilegal. ¿Resultará de ella que incurra en la caducidad de su derecho? Es tan evidente la negativa que apenas si se puede proponer la cuestión; la formalidad de la posesión no es requisito para la validez del testamento, y sólo concierne á su ejecución. (3) Es distinta la cuestión de si el legatario que ilegalmente fué puesto en posesión adquiere los frutos que percibe. Merlin, después de dudar, se declaró al fin por la afirmativa que, á nuestro juicio, no es dudosa. No el artículo 1,008 es el que resuelve la cuestión de los frutos, sino el 1,006 combinado con el 1,005 y con los principios relativos á la adquisición de frutos. La regla es que éstos pertenecen al propietario (art. 547); conforme al artículo 1,005, se deroga esa regla cuando concurre el legatario universal con un reservatario, en el sentido de que no adquiere los frutos de los bienes legados sino con la condición de pedir dentro de un

1 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 600, números 451 y siguientes.

2 Poitiers, 21 de Agosto de 1835 (Daloz, núm. 2,561, 1º). Bruselas, 10 de Diciembre de 1845 (*Pasicrisia*, 1850, 2, 295).

3 Merlin, *Repertorio*, palabra *Testamento*, sección 2ª, pfo. 4º, art. 5, número 3 (t. 34, pág. 146).

año que se le paguen. Cuando no concurre el legatario con reservatarios, tiene de pleno derecho la ocupación, y no está obligado á pedir ninguna entrega, por no haber disposición que le quite el derecho de goce anexo á la propiedad; por consiguiente, adquiere los frutos como propietario. La toma de posesión no tiene por objeto darle el goce, y la falta de esa posesión no puede privarle de él. Adquirirá los frutos si se sostiene su legado, pero los devolverá si se anula, á salvo la aplicación de los principios relativos á la petición de la herencia. (1)

3. *De las medidas de conservación.*

32. Cuando el difunto deja un legatario universal y herederos legítimos, hay conflicto entre el heredero testamentario y los naturales. La ley deja un vacío en este conflicto, al conceder la ocupación al legatario, lo cual parece excluir á los herederos que lo son por la sangre. Pero la exclusión sólo es aparente, porque los herederos, aunque, desheredados pueden pedir la nulidad del testamento; por lo cual siempre tienen un derecho eventual sobre la herencia, y así están interesados en la conservación de los bienes. La ocupación que la ley concede al legatario no les quita ni su derecho ni su interés. Aun cuando el legatario tenga un testamento auténtico, pueden los herederos impugnarle, sea por vicios de forma, sea por trastorno mental ó por captación. Si el testamento es ológrafo ó cerrado tiene el mismo derecho, y pueden hasta contentarse con desconocer la escritura ó la firma. El decreto del presidente no impide que obren los herederos; es un acto de jurisdicción voluntaria al cual son extraños los herederos, que por consiguiente no los priva de ningún derecho. Pero el decreto

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Testamento*, pfo. 19 (t. 15 pág. 460) Acerca de la petición de herencia y del derecho á los frutos del heredero manifiesto, véase el tomo 9º de mis *Principios*, págs. 687 y siguientes, núms. 541-553.

puede comprometer el ejercicio de sus derechos invistiendo de la posesión al legatario insolvente que podrá distraer, dilapidar ó disipar los bienes hereditarios. Por tanto, están muy interesados en provocar medidas de conservación, medidas que son de derecho común desde que hay derechos que conservar. (1)

El legatario instituido por testamento ológrafo ó cerrado debe pedir la posesión al presidente del tribunal. Si no la obtiene, se sostendrá por esto mismo á los herederos naturales en su ocupación, y aprenderán los bienes y dispondrán de ellos. La negativa del presidente no despoja de su derecho al legatario, quien puede hacerle valer en todo caso; pero la posesión de los herederos comprometerá sus intereses si son insolventes, y aun cuando no lo fueran, podrían destruir unos documentos cuya conservación interesa al legatario. Este, pues, tiene también derecho para resguardar, y por consiguiente interés en provocar que se dicten medidas de conservación. (2)

33. Dichas medidas son un derecho común, pero con la condición de que haya un interés que garantizar lo cual supone que hay un derecho comprometido. Cuando el legatario es quien pide las medidas de conservación, su interés y su derecho serían indiscutibles; el testamento que le instituye es el fundamento de su acción. Pero si es un heredero el que pide las tales medidas, debe suponerse que el legatario fué puesto en posesión.

Para que los herederos estén interesados en pedir medidas de conservación, es menester que pidan la nulidad del testamento, porque sólo con ella adquirirán un derecho; mas si se mantiene la validez del testamento, quedan excluidos, y por consiguiente sin derecho ni interés. Esto no es dudoso tratándose del testamento auténtico, por hacer

1 Bruselas, 15 de Enero de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 19).

2 Gaud, 20 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 78).

plena fe en cuanto á la exclusión de los herederos; mientras subsista, está probado que carece de derecho é interés, y así no pueden solicitar las medidas de conservación sino con la condición de promover la nulidad del testamento ó su falsedad. (1) Los principios son los mismos, tratándose del testamento ológrafo ó cerrado. En efecto, el decreto del presidente da al legatario la posesión de hecho y la ley le da la propiedad y la posesión de derecho; por lo mismo quedan excluidos los herederos y, como tales, sin derecho ni interés; pues no tienen derecho sino es desconociendo el testamento ó atacándole en cuanto al fondo. Concluimos diciendo que, en cualquier hipótesis, los herederos no pueden solicitar que se dicten medidas de conservación sino cuando pidan la nulidad del testamento. (2)

Los textos dejan alguna duda y la jurisprudencia es vacilante, pero los principios son indiscutibles. Quien dice medida conservadora, dice que hay un derecho de conservar; y los herederos excluidos por el testamento no tienen derecho sino cuando viene abajo el testamento, para lo cual deben impugnarle. Mientras no promuevan la nulidad, subsiste su exclusión, y ésta les quita todo derecho y todo interés. Los textos están en armonía con estos principios. Conforme al artículo 909 del código de procedimientos, pueden pedir el embargo todos los que pretendan tener derecho á la sucesión, y los que le tengan para pedir el embargo podrán pedir el desembargo, así como puede pedirse el inventario, para los que tienen derecho para pedir el desembargo (arts. 930 y 941 del código de procedimientos). ¿Dirán los herederos que en su calidad de parientes del difunto, llamados á sucederle, pueden pedir el

1 Compárese con lo resuelto en Bruselas, á 27 de Octubre de 1825 (*Pasierisia*, 1825, pág. 507).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 130 y nota 9, pfo. 710. Dalloz, número 2,769. Demolombe, t. 21, pág. 476, núm. 512 y los autores que citan.

embargo y que se forme inventario? No dicen tal las leyes; es menester *pretender un derecho* en la sucesión para reclamar medidas de conservación; y los herederos excluidos por un testamento no tienen derecho que pretender sino impugnando el testamento; por tanto deben comenzar por pedir la nulidad. Cuando no hay legatario universal, basta sin duda con la calidad de heredero, puesto que, en ese caso, tienen los herederos un derecho fundado en su parentesco y en la ley. Pero cuando hay legatario, cae ese derecho, á menos que se declare la nulidad del testamento.

Las más de las sentencias judiciales, que hay muy numerosas en este particular, suponen que el legatario impugna el testamento ó discute su validez. Ordinariamente, el legatario á quien da la posesión se opone á la demanda de los herederos, invocando su título y el decreto del presidente; las sentencias desechan tal oposición, haciendo constar que estando en discusión la validez del testamento, el legatario cuyo derecho se discute no puede oponerse á que los herederos hagan valer los derechos que han recibido de la ley. Las sentencias establecen en seguida el interés que los herederos tienen de provocar medidas de conservación, interés que es evidente. (1)

Hay resoluciones más precisas. El iribunal de Amiens dice que los herederos no pueden reclamar medidas de conservación sino cuando se ataca formalmente el testamento. (2) Simples reservas que hacen los herederos no bastan, dice el tribunal de Bruselas; es menester que impugnen el testamento. (3) Un tribunal de primera instancia había resuelto, en términos absolutos, que los herederos por la sangre pueden, aunque haya un testamento au-

1 Lieja, 22 de Julio de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 262).

2 Amiens, 7 de Mayo de 1806 (Dalloz. núm. 3,625).

3 Bruselas, 12 de Noviembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 284, y Dalloz, núm. 3,664), y 11 de Diciembre de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 322).

téntico que instituya un legatario universal, y sin impugnar el testamento, solicitar las medidas conservadoras. Recurrido el fallo por el legatario, en apelación impugnaron en forma los herederos la validez del testamento, fundándose en que uno de los testigos no era regnicola; el testamento era pues impugnado, y por consiguiente eran de derecho las medidas de conservación. (1)

34. La aplicación de estos principios da lugar á dificultades todos los días, reclamando constantemente los herederos medidas llamadas de conservación, siendo así que ningún derecho formal tienen que asegurar, y los legatarios resisten á pretensiones aún legítimas. Cuando los herederos intentan la acción de nulidad, es evidente su interés, y por lo mismo deben decretarse las medidas de conservación. (2)

Se ha resuelto que basta una demanda en conciliación, no de una manera absoluta, sino en general, dice con razón el tribunal de Gand. La demanda en conciliación es el preliminar indispensable de una acción judicial; por lo mismo, generalmente este acto es formal y constituye un ataque al testamento bastante para justificar las medidas de conservación; pero si no fuera formal la citación, si los herederos no dieran ningún resultado á esa demanda preliminar podría el juez no decretar las medidas reclamadas, los herederos no tendrían de qué quejarse; ¿acaso no hacen valer sus derechos si los tienen? (3) Basta asimismo que los herederos declaren ante el tribunal ó sala de apelación que desconocen la escritura del testamento ológrafo ó sostengan que el testamento es resultado de la captación, que fué hecho en favor de un incapaz por interpósita persona. (4) Si esta declaración se hiciere ante el juez de los

1 Bruselas, 4 de Agosto de 1846 (*Pasicrisia*, 1847, 2, 25).

2 Lieja, 7 de Junio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 1, 136).

3 Gand, 6 de Enero de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 5).

4 Bruselas, 18 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 312).

años á quien los herederos piden medidas de conservación, el juez será quien aprecie si tal declaración es formal para resolver en consecuencia. (1) Mientras todavía no se intenta la acción, puede dudarse si lo será; y toca á los herederos vencer la resistencia del legatario, intentando la acción de nulidad.

35. ¿Qué se entiende por medidas de conservación y qué pueden hacer los herederos para resguardar sus intereses? Los herederos no tienen ninguna acción directa sobre los bienes de la herencia. Hay un legatario universal, á quien el presidente ha mandado se dé la posesión; él es quien dispone de los bienes hereditarios; mientras subsiste el testamento, queda excluido el heredero legítimo, y así ningún derecho tiene sobre los bienes hereditarios, y lo único que le permite la ley es que pida medidas de conservación, pero esas medidas las decreta el juez; el heredero nada puede hacer de propia autoridad. Se resolvió ya que el heredero no puede reclamar que un banco inscriba en su nombre títulos que hubieren pertenecido al finado, aunque el legatario universal lo haya sido una sociedad no reconocida en Bélgica; desde que el legatario obtuvo la posesión, debe proveerse al título. (2) Aun en el caso de que el legatario ejecutara actos que pudieran causar grave perjuicio al heredero, como por ejemplo, desmontando un terreno no podría oponerse el heredero por algún hecho extrajudicial significado al legatario, quien tiene derecho de hacer lo que hace, y aquél debe promover la nulidad del testamento y reclamar que se dicten medidas de conservación. (3) Esto se hace por vía de relación; de suerte que el presidente mismo que decretó la posesión del legatario puede autorizar las medidas conservatorias reclama-

1 Bruselas, 26 de Diciembre de 1827 (*Pasicrisia*, 1827, pág. 352).

2 Bruselas, 16 de Junio de 1858 (*"Pasicrisia,"* 1860, 2, 27).

3 Riom, 23 de Mayo de 1842 (*"Pasicrisia,"* 1845, 4, 503 y siguientes).

das por el heredero. En ese caso obra como juez, y ejerce un acto de jurisdicción contenciosa, y por consiguiente, el fallo que pronuncie estará sujeto á apelación. Esto no ofrece duda. (1) No insistimos en este punto, por no ser de nuestro objeto. Si tratamos de medidas de conservación, es porque ellas afectan al conflicto que suscita el testamento entre el heredero y el legatario.

36. La medida más usual que tiende á resguardar los derechos de los herederos es la que la ley misma indica: el embargo y el inventario. Puede hallarse entre los papeles del difunto un testamento que revoque el que el legatario presentó al presidente, y entonces importa impedir el extravío de papeles, lo mismo que de objetos, muebles y valores que con tanta facilidad pueden distraerse de su objeto, ocasionando á los herederos un perjuicio difícil de reparar, si se anulara el testamento, porque sería menester probar en qué consistían y cuál era el precio de los muebles, cosa casi imposible sin el embargo y el inventario. (2)

Los herederos deben también ser citados para el desembargo que precede al inventario; el artículo 930 les da derecho para pedir ese desembargo, y si éste se verifica á pedimento del legatario, quiere la ley que se notifique á los herederos presuntos que asistan á la diligencia; y cuando los herederos son los que piden el desembargo, debe ser citado el legatario universal. Esta disposición del artículo 931 del código de procedimientos prueba que la ley entiende proteger á todos los intereses que están comprometidos en el conflicto entre el heredero testamentario y el sucesor *ab intestato*. (3)

Lo que acabamos de decir acerca del desembargo se aplica también al inventario, que es su consecuencia. Debe ha-

1 Demolombe, t. 21, pág. 477, núm. 514 y los autores que cita.

2 Bruselas, 10 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 97).

3 Bruselas, 5 de Julio de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 249).

cerse en presencia de los herederos presuntos y de los legatarios universales, en el sentido de que aquel que procede al inventario debe citar á todos los que tienen derecho de concurrir (código de procedimientos, art. 942). Se ha pretendido que esta disposición no es aplicable al caso en que hay un legatario instituido por un testamento auténtico, ó puesto en posesión en virtud de un testamento ológrafo ó cerrado. El tribunal de Bruselas responde con mucho acierto que cuando la ley no distingue, tampoco el juez debe distinguir; y ni lugar á esta distinción habría. En efecto, aun cuando el testamento sea auténtico, puede ser atacado de nulidad, ó revocado por un testamento posterior, y así era menester permitir á los herederos que pidieran medidas de conservación. (1) Es necesario, sin embargo, poner la condición de que tengan un interés nacido y actual, es decir, que discutan sobre la validez del testamento que los excluye de la sucesión.

37. Una vez hecho el inventario, se pregunta á quién serán remitidos los papeles. Estos pertenecen al propietario y poseedor de la herencia; por consiguiente al legatario que tiene la posesión de hecho y de derecho, así como la propiedad, en virtud de un testamento auténtico ó de uno privado, pero seguido de la toma de posesión. (2) Si el presidente deniega la posesión al legatario, los herederos legítimos se aprovecharán de la ocupación que les concede la ley, y por consiguiente conservarán los papeles del difunto y todo lo que le haya pertenecido. Empero, con sólo que haya conflicto, ya los legatarios y los herederos no tienen un derecho cierto, absoluto; la contradicción que se les hace autoriza al juez para ordenar el depósito de títulos y papeles en poder del notario á quien él designe. El artículo 943, número 9, del código de procedimientos, co-

1 Bruselas, 13 de Julio de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 180).

2 Bruselas, 29 de Marzo de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 121).

loca esta medida conservatoria entre las que se pueden tomar después de la formación del inventario, y por lo mismo á petición de cualquier interesado, del legatario universal ó de los herederos *ab intestato*. (1)

38. El sucesor universal, que tiene la ocupación en virtud de la ley ó de la voluntad del testador, ejerce todos los derechos de un propietario y de un poseedor, y como tal, tiene la administración de los bienes. Aquí vuelve á presentarse la distinción que acabamos de hacer: la ocupación no da ningún derecho absoluto cuando se discute el título de donde resulta. La regla es, ciertamente, que se debe proveer al título, y así la administración debe corresponder al legatario, si de hecho ó de derecho está en posesión de la herencia. (2) Pero la administración del sucesor que tiene la ocupación podría comprometer los derechos de quienes atacan su título, y este ataque debilita el derecho de los sucesores que tienen la posesión. En el conflicto de intereses igualmente legítimos todos, el juez puede y debe modificar los derechos que tiene el poseedor en virtud de la ocupación. Así, se ha resuelto que debían incluirse en el inventario las cantidades que se encontraran en tiempo de su formación. (3) También podrían los tribunales decretar el secuestro de los bienes hereditarios, conforme al artículo 1,961, que permite á la justicia hacerlo cuando se litiga acerca de la propiedad ó de la posesión entre dos ó más. (4) Se ha pretendido que el juez está obligado á decretar el secuestro cuando así lo piden los herederos legítimos; pero el tribunal de Gand rechazó esas pretensiones excesivas, declarando que el juez debe negarse á decretar

1 Gand, 20 de Enero de 1845 (*Pasicrisia*, 1846, 2, 352, y 1847, 2, 78). Bruselas, 27 de Abril de 1853 (*Id.*, 1854, 2, 219).

2 París, 22 de Marzo de 1836 (Dalloz, núm. 3,654, 4°).

3 Caen, 16 de Noviembre de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 334).

4 Agen, 31 de Agosto de 1849 (Dalloz, 1851, 2, 547). Compárese con lo resuelto en París á 18 de Noviembre de 1871 (Dalloz, 1872, 2, 69).

el secuestro mientras los herederos legítimos no combatan el testamento; y que, aun combatiéndole, del jnez depende la clase de medidas conservadoras que se deban adoptar; pero con permitirle la ley que ordene el secuestro, no le impone una obligación.

Núm. 2. De los legados que no tienen la ocupación.

1. De la demanda de entrega.

1. Principio.

39. El legatario universal no tiene la ocupación cuando hay herederos reservatarios, los cuales tienen la ocupación de preferencia; el legatario debe pedir la entrega de los bienes comprendidos en su legado (art. 1,004). Hemos dicho en el título de las *Sucesiones*, por qué la ley da la ocupación á los reservatarios, á pesar de parecer excluidos por la institución de un legatario universal. (1) Esto supone que hay descendientes ó ascendientes. La jurisprudencia y los autores admiten, ciertamente, que el hijo natural tiene reserva; pero le niegan la ocupación. El artículo 724 es terminante; no concede la ocupación más que á los herederos legítimos, y el 756 establece que los hijos naturales no son herederos. Por otra parte, el artículo 1,004 no priva al legatario universal de la ocupación sino cuando concurre con herederos para los cuales está reservada por la ley una parte de los bienes. (2) Síguese de ahí que en caso de que concurren el legatario universal y un hijo natural, aquél será quien tenga la ocupación; por tanto, el sucesor reservatario deberá pedir su parte al sucesor no reservatario. Esto es poco lógico: es, á nuestro juicio, una nueva prueba de que el hijo natural no disfruta de reserva.

1 Véase el tomo 9º de mis *Principios*, pág. 310, núm. 229.

2 Duranton, t. 9º, pág. 204, núm. 194. Grenoble, 26 de Septiembre de 1857 (Dalloz, 1858, 2, 160).

Si tuviese una, habría debido darle de preferencia la ocupación al legatario, ó por lo menos habría asegurado su derecho con cualesquiera garantías.

40. Los legatarios á título universal no tienen la ocupación, sin embargo de absorber toda la herencia sus legados (art. 1,011). Hemos dado ya la razón de esto en el título de las *Sucesiones*. En ese caso, los herederos legítimos, aunque excluidos de la herencia, tienen la posesión, y á ellos deben pedir la entrega de sus legados los legatarios á título universal, cuando no hay reservatarios ni legatarios universales (art. 1,011). ¿Qué debe decirse de cuando no hay herederos? Nadie tiene la ocupación, por no deber tenerla nunca los sucesores irregulares llamados á falta de los herederos. Ya veremos más adelante á quién deben los legatarios pedir la entrega cuando concurren con sucesores irregulares.

41. El artículo 1,014, despues de decir que todo legado confiere al legatario derecho á la cosa legada desde el día en que muere el testador, añade que no podrá el legatario particular ser puesto en posesión de la cosa legada sino á contar del día en que pida la entrega. Hay pues que decir de los legatarios particulares lo que acabamos de decir de los legatarios á título universal: que aun cuando absorbieran la herencia, no tienen la ocupación.

De aquí se sigue que tampoco la tienen jamás los legatarios de un usufructo. Conforme á nuestra opinión, esto no tiene duda en cuanto al carácter de los legados de usufructo, puesto que siempre los legatarios de usufructo lo son particulares, á pesar de que su legado recaiga sobre todas las bienes del difunto; aun conformé á la opinión que considera el legado de usufructo de todos los bienes como legado á título universal, tampoco tienen la ocupación, por no tenerla los legatarios á título universal. Si pues el difunto legó el usufructo de todos sus bienes á Pe-

dro y la nuda propiedad á Pablo, el usufructuario deberá pedir la entrega al propietario que será quien tenga la ocupación.

42. Los legatarios que no la tengan deben pedir la entrega. ¿Por qué? Aunque no tengan la ocupación, son propietarios y, en teoría, se podía creer que pueden ejercer todos los derechos anexos á la propiedad, reivindicar y ponerse de ese modo ellos mismos en posesión. ¿A qué conduce, pues, esa acción especial que se llama de entrega? Pothier responde así á nuestra pregunta: "La propiedad de la cosa legada pasa verdaderamente al legatario, sin ningún hecho ni tradición, desde el día en que muere el testador; pero no adquiere la posesión sino desde el día de la tradición y entrega que se le hacen hasta esa tradición, el heredero es el justo poseedor de las cosas legadas, como de todas las demás de la herencia, y el legatario está obligado á pedirle la entrega, no pudiendo ponerse por sí mismo en posesión; que si lo hiciera, sería una vía de hecho por razón de la cual podría el heredero proceder judicialmente contra él." (1) La necesidad de la entrega es pues consecuencia de la ocupación; es una institución de las costumbres. He aquí por qué el legatario no ocurre directamente al tribunal para que se le ponga en posesión, sino que tiene que dirigirse al heredero. Esto prueba que el objeto de la acción no es únicamente obtener la tradición de la cosa legada, pues para sólo la tradición, había de ser inútil la intervención del heredero. Si el legatario debe pedir la entrega al heredero, es porque éste se halla investido de toda la herencia por voluntad del difunto, que al morir la dejó en su poder; por mejor decir, la ocupación diaria, es una consecuencia de la máxima, escrita igualmente en nuestras costumbres, de que sólo Dios hace á los herederos; por

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 239. Aubry y Rau, t. 6º, págs. 153 y siguientes y nota 1.

tanto, es necesario el consentimiento del heredero para des-
apoderarle de una parte de la sucesión. El es llamado para
examinar si hay que consentir en la entrega, ó si debe im-
pugnar la validez del legado.

En el sistema que ordinariamente se sigue, no se ven fa-
vorablemente los legados, y el testador no puede disponer
más que de cierta parte de su patrimonio, pues el resto se
reserva para los parientes como herencia de Dios. De allí
la necesidad de su consentimiento para que los legatarios
reciban los bienes que el difunto les designó. No se trata,
pues, solamente de una tradición, como en la venta, aun-
que esa tradición lleve también, en nuestro derecho, el
nombre de entrega. Esta, en la venta, es un hecho pura-
mente material; mientras que la hecha por el heredero al
legatario es un reconocimiento del legado. Con motivo de
tal entrega, se verifica el cuasi-contrato que, en la doctri-
na ordinaria, se hace por la aceptación del legado; puede
decirse que hay más que cuasi-contrato, hay concurrencia
de voluntades. Insistimos en este principio, porque nos va
á servir para resolver las cuestiones que se suscitan res-
pecto de la entrega.

43. Hemos dicho que la petición de entrega debe diri-
girse siempre al heredero, y no puede llevarse directa-
mente ante el tribunal. La cuestión ocurrió en el de Gand;
y era un caso en que el difunto había instituido un lega-
tario universal, y por medio de un codicilo había hecho le-
gados particulares á sus herederos naturales. Estos pidie-
ron la nulidad del testamento y concluyeron con que las
cosas legadas que debían volver á ellos en cualquier even-
tualidad, ora á título de legatarios, ora á título de here-
deros, les fuesen restituidas interinamente para poseerlas
ellos á título de herencia, en deducción de su parte alí-
cuota en la sucesión *ab intestato*. ¿Por qué no se dirigían
al legatario universal, como lo quiere la ley (arts. 1,014 y

1,011)? Es porque al pedir la entrega al legatario universal reconocían sus derechos, mientras que el objeto de su acción era el de impugnarlos. He ahí por qué obraron en justicia, pero el tribunal no podía recibir su demanda, porque no tiene misión de hacer la entrega; sino que el legatario universal era quien debía consentirla; él no se negaba á ello, mas los herederos no podían pedírsela; desde entonces no había medio legal para ellos de obtener la posesión de las cosas que se les habían legado. (1)

2. *Excepción.*

44. Si el legatario es copropietario de la cosa legada, y por consiguiente coposeedor, ¿debe no obstante eso pedir la entrega? La misma cuestión ocurre, en términos más generales, cuando el legatario tiene la posesión de la cosa legada, por ejemplo, como comprador locatario ó arrendatario. Esto no es más que simple detención, pero el código asimila esta detención á la posesión (art. 2,228). En las dos hipótesis, el legatario posee la cosa legada en el momento de abrirse la sucesión; de donde se ha concluido que es inútil pedir la posesión y que por consiguiente no está obligado á pedir la entrega. “Cuando el legatario está ya en la ocupación, dice Troplong, desaparece el motivo de la ley; es necesario evitar, con una legislación tan sencilla como la nuestra, los trámites, dilaciones y formalidades superfluas.” (2) Ya hemos respondido á esta objeción. Si la petición de entrega no tuviese otro objeto que el hecho material de la tradición, se podría decir que es inútil cuando la tradición lo es. Pero la entrega implica también el consentimiento del heredero; mas para que pueda dar ó negar ese consentimiento, es preciso que se le pida; si-

1 Gand, 7 de Abril de 1862 (*Pasicrisia*, 1863, 2, 5).

2 Troplong, t. 2º, pág. 131, núm. 1,792 y los autores citados por Dalloz, núms. 3,816 y 3,817.

guiéndose de ahí que siempre debe pedir la entrega; porque en el espíritu de la tradición ordinaria, no se concibe el legado sin entrega. Las disposiciones del código están en armonía con la tradición. El artículo 1,004 dice: "El legatario universal que concurre con herederos reservatarios *está obligado á pedirles* la entrega de los bienes comprendidos en el testamento." El artículo 1,011 impone igual obligación, en los mismos términos, al legatario á título universal; y el artículo 1,004 contiene una disposición análoga para los legatarios á título particular; es menester que la entrega se les consienta voluntariamente, pues de otra suerte no pueden ser puestos en posesión de la cosa legada sino á contar del día de la demanda judicial instaurada contra los herederos. Esa demanda hace veces de consentimiento, pero de todos modos se necesita un consentimiento, sea voluntario ú obligado.

Esto, dice, es un rodeo inútil de acciones, y se invoca, á ese respecto, la opinión de Pothier y el antiguo derecho. La verdad es que ya en el antiguo derecho, se discutía la cuestión; con el tiempo se olvida el sentido de la tradición, y cuando se pierden de vista los orígenes de la ocupación, es difícil concebir la necesidad de la entrega. Sin embargo, no es exacto decir que Pothier enseña que es inútil pedir la entrega cuando el legatario está en posesión de la cosa legada. Pothier no dice tal, y conforme á su doctrina, ni podría decirlo. ¿Es que la posesión, ó por mejor decir, la retención del legatario impide que el heredero sea puesto en ella? ¿y puede ser desposeído sin su consentimiento, sin saber si quiera que el legatario posee la cosa legada? Lo que Pothier encuentra inútil, es que el legatario ponga la cosa en manos del heredero y que en seguida éste haga de nuevo la entrega al legatario: puede, pues, retenerla éste último. Eso es todo lo que Pothier di-

ce; no enseña que el legatario esté dispensado de entablar una acción para la entrega. (1) El legatario retiene la cosa, ¿pero con qué título? Lo detenía como arrendatario: ¿puede estribar en sólo su voluntad cambiar su detención de arrendatario en una posesión de legatario? ¿Qué llegaría á ser conforme á esta opinión, el consentimiento del heredero que imperiosamente exige el artículo 1,014? ¿Puede el intérprete dispensar al legatario de una obligación que se le impone en términos absolutos? No, el juez no puede crear excepciones, porque esto importaría hacer la ley. No puede distinguir donde ella no distingue, que si lo hiciera, también haría la ley. Agreguemos que ni siquiera hay para qué distinguir si se quiere ser fiel á la tradición constante. ¿Qué importa que el legatario detenga la cosa como causahabiente del testador? La detiene, á decir verdad, en nombre del heredero; porque para detenerla en nombre propio y á título de legatario, es menester que su título sea perturbado, y para esta perturbación se necesita el consentimiento del heredero, puesto que éste no puede ser desposeionado sin su consentimiento. (2)

La jurisprudencia, lo mismo que la doctrina, están divididas. No se halla un argumento nuevo. El tribunal de Nîmes invoca la autoridad de Furgole y de Meynard, (3) oponiéndosele la de Ricard y la de Pothier. El tribunal de Limoges objeta la razón y la equidad fundándose en la inutilidad de la petición de entrega. (4) Otros tribunales responden, y su respuesta es concluyente, que la ley es clara é imperativa y que el texto y el espíritu del código excluye toda distinción.

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 240. Duvergier, comentando á Toullier, t. 3º, 1, pág. 306, nota 1.

2 Aubry y Rau, t. 6º, págs. 154 y siguientes, y notas 2, 4 y 5. Demolombe, t. 21, pág. 571, núm. 618, y pág. 573, núm. 619.

3 Nîmes, 17 de Enero de 1838 (Dalloz, número 3,817, 1º).

4 Limoges, 21 de Febrero de 1839 (Dalloz, núm. 3,817, 1º) y 5 de Junio de 1846 (Dalloz, 1848, 2, 89).

45. El legado se hace para mejorar á uno de los herederos; ¿debe pedir la entrega? Hay un motivo para dudar. El heredero tiene la ocupación, la cual abraza la totalidad de los bienes; posee, pues, la cosa legada; ¿á qué conduce entonces pedir su entrega? Se ve que la cuestión se confunde con la que acabamos de examinar, y creemos que su solución debe ser la misma. La ley es general, no hace excepción en favor del heredero que tiene la ocupación, ni habría para qué hacerla. ¿Qué importa que un heredero legatario por mejora entre á ocupar la cosa? Admitamos aún, lo que podría ser discutible, que tiene la ocupación por el todo, no la poseería, en virtud de la ocupación, sino como heredero; mas la ley le impone la obligación de pedir la entrega, y en consecuencia no basta la posesión, porque ésta no implica por sí sólo el consentimiento de sus coherederos que tienen la ocupación como él; por tanto, está obligado á pedir la entrega. (1)

46. Admítase generalmente que el deudor á quien el acreedor lega el descargo de su deuda, no debe pedir la entrega del crédito. Esta es una excepción, ¿y cómo conciliar la excepción con la regla general establecida por la ley? Legando el descargo al deudor, dicen, el acreedor extingue la deuda; mas si no hay ya crédito, ¿de qué pediría el deudor la entrega? ¿Se dirá que, no habiendo tenido la entrega, debe seguir pagando los intereses? Se responde que esto es imposible: ¿puede haber intereses sin deuda capital? ¿Y la deuda no queda extinguida á la muerte del testador en virtud del legado de exoneración? (2) Esta úl-

1 Aubry y Rau, t. 62, pág. 154, nota 3. Demolombe, t. 21, página 573, núm. 619. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 472, número 30 del artículo 1,014. Compárense los autores citados por Dalloz, núm. 3,822).

2 Véanse los autores citados por Dalloz, núm. 3,815. Es necesario añadir un fallo de Bruselas de 23 de Noviembre de 1842, y una sentencia de denegada de 23 de Julio de 1858 del tribunal de casación de Belgica (*Parerisia*, 1843, 2, 50, 1858, 1, 241). Compárese á Demolombe, t. 21, pág. 574, núm. 620.

tima proposición es la misma cuya exactitud discutimos. El legado de absolución es una remisión de la deuda; y toda remisión exige el concurso del consentimiento del deudor, quien no puede quedar descargado á pesar suyo. Hecha entre vivos, á título gratuito, la remisión es una donación, y por consiguiente un verdadero contrato; pero hecha en testamento, exige también el consentimiento del legatario, puesto que no hay legado sin aceptación. Por tanto, no queda extinguida la deuda por la muerte del testador, y así el legatario debe pedir la entrega de su legado. Esto se funda también en la razón; es menester el consentimiento del heredero para todo legado, puesto que puede discutirlos todos; ¿por qué no se había de necesitar su consentimiento para el legado de exoneración? Tiene la ocupación, dígase lo que se dijere, del crédito legado; no puede ser desposeído de él sino por medio de la petición de entrega.

47. Igualmente se enseña que el ejecutor testamentario á quien el testador hizo un legado y dió la ocupación de su mobiliario no está obligado á pedir la entrega; tiene la posesión de la cosa legada, dicen, y así no debe pedirla. (1) Creemos que es menester aplicar la regla general, por la razón de que el código no la deroga en favor del ejecutor testamentario. La ocupación que se le dió como tal ejecutor nada tiene de común con la entrega que está obligado á pedir como legatario. No es él el llamado á consentir la entrega, sino el heredero que está en la ocupación, pues la que la ley permite al testador que le confiera no quita la de los herederos; y subsistiendo la ocupación, la consecuencia es indiscutible: el heredero que tiene aquella no puede ser desposeído sino en virtud de la entrega que consiente voluntariamente, ó á consecuencia de una acción judicial.

1 Toullier, t. 3°, 1, pág. 306, núm. 542 y todos los autores.

48. También se ha pretendido que el testador puede dispensar á los legatarios de la petición de entrega, por lo menos cuando no deja herederos en reserva. A nuestro juicio, el testador no puede conceder tal dispensa en ningún supuesto. La necesidad de pedir la entrega es consecuencia de la ocupación; mas es de principio que no tiene derecho el testador para disponer de la ocupación, ni, por consiguiente, para nulificar sus efectos (núm. 8). Esto es decisivo. Tal es también la tradición. "Aun cuando, dice Pothier, hubiese ordenado en su testamento el testador que los legatarios tuvieran de pleno derecho la ocupación de las cosas que les lega y que pudiesen tomar posesión por sí mismos de ellas, no por eso estarían menos obligados á pedir la entrega; porque el testador no puede, por su voluntad, transferir á los legatarios la posesión de las cosas que la ley transfiere á su heredero, y tampoco puede permitir una vía de hecho, permitiendo á los legatarios ponerse, de propia autoridad, en posesión de las cosas cuya ocupación tiene el heredero (1)."

Se objeta que el testador puede indirectamente eximir á los legatarios de que pidan la entrega, instituyéndolos legatarios universales, á falta de herederos reservatarios. Indudablemente sí lo puede; pero no lo ha hecho, y desde ese momento, interviene la ley para conferir la ocupación á los herederos legítimos. No es el caso de decir que directamente se puede hacer lo que es lícito hacer indirectamente. La ocupación de los parientes legítimos es la regla, y regla era ya que no tenía excepción en los países que se regían por la costumbre. Si el código la derogó, fué por transacción, para satisfacer á las reclamaciones de los países de derecho escrito. Es una concesión que él hace al po-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 239. Compárese á Dalloz, núms. 3,831 y siguientes, que discute las opiniones contrarias.

der del testador; mas para que tenga lugar la excepción, es necesario que haya un heredero testamentario, que es la condición con la cual permite que se derogue la ocupación de los herederos; fuera de esa excepción, se vuelve á la regla. Dar mayor extensión á la excepción, es hacer la ley.

Hay un fallo del tribunal de Bruselas en ese sentido. (1) Se cita, en el contrario, uno del tribunal de Augers. A decir verdad, la resolución está mal motivada, ó los motivos mal formulados. El testador había distribuido todos sus bienes entre legatarios instituidos á título particular y á título universal; y había declarado en varios lugares del testamento, y de la manera más terminante, que todos sus parientes, fuera de aquellos á quienes él había hecho alguna donación, quedaban desheredados y excluidos de lo que pudieran pretender. De allí el fallo de primera instancia, confirmado en apelación, concluyó que la mente del testador había sido aplicar á los parientes elegidos por él todo lo que resultara sobrando de su herencia; ó en otros términos la *herencia toda entera*, deducido el importe de los legados particulares. (2) ¿No equivale esto á decir que aquellos parientes eran legatarios universales? Y con este título, ya se deja entender que no deberían pedir la entrega.

II. ¿A quién se ha de pedir la entrega?

49. Siendo la necesidad de la entrega consecuencia de la ocupación, síguese que el legatario debe pedir la entrega al que tiene la ocupación de la herencia. Conforme al artículo 1,004, el legatario universal está obligado á pedir la entrega á los herederos reservatarios que tengan la ocu-

1 Bruselas, 2 de Diciembre de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 217, y Dalloz, núm. 3,715).

2 Augers, 3 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 155).

pación, en virtud de la ley, de todos los bienes de la herencia. El artículo 1,011 aplica el mismo principio á los legatarios á título universal, que deben pedir la entrega á los herederos á quienes reserva la ley una cantidad de los bienes; á falta de ellos, á los legatarios universales que tienen la ocupación cuando no hay herederos reservatarios (art. 1,006); y á falta de legatarios universales, á los herederos llamados en el orden establecido en el título de las *Sucesiones*, los cuales, dice el artículo 724, entran de pleno derecho en la ocupación de los bienes, derechos y acciones del difunto. El artículo 1,014 aplica el mismo principio á los legados particulares.

50. La aplicación del principio da lugar á algunas dificultades. Hay un heredero reservatario y un legatario universal: ¿á quién pedirán la entrega de sus legados los legatarios á título universal y á título particular? No es dudosa la respuesta si ya se intentó la demanda antes de la partición que debe hacerse entre el heredero reservatario y el legatario universal; el primero es el que tiene la ocupación, y por consiguiente á él deben dirigirse los legatarios para conseguir la entrega de sus legados; sin embargo, conviene que el legatario universal concorra á la entrega voluntaria ú obligada, por ser él quien en esta hipótesis debe pagar todos los legados (art. 1,009); él es, pues, quien está interesado en contestarles, si procede. Cuando ya tuvo lugar la partición, los legatarios no pueden ejercitar su acción contra el heredero reservatario, porque no tiene la ocupación de los bienes que se les legaron; y en ese caso no son aplicables los artículos 1,011 y 1,014. El legatario universal es quien tiene la posesión de los bienes legados; y sólo el que posee los bienes puede consentir su entrega, así como, según acabamos de verlo, el que tiene interés en discutir la validez de los legados. ¿Será necesario concluir con Zachariæ que la acción de los legatarios contra el le-

gatario universal no es una acción de entrega propiamente dicha? Es verdad que no hay sucesor con la ocupación en el sentido especial de la palabra, puesto que quien la tenía se despojó de todo lo que no constituye su reserva; pero, por el contrario, transmitió la posesión de hecho y de derecho al legatario universal, quien por lo mismo hace veces de heredero; es, además, el verdadero deudor del legado y no vemos por qué otra acción que la de la entrega podrían los legatarios á título universal y á título particular obtener la posesión de las cosas que se les legaron. (1)

51. Hay un sucesor universal con la ocupación, sea heredero legítimo, sea legatario, y la cosa legada forma parte de otros objetos de la misma naturaleza legados á un legatario á título universal: ¿á quién debe pedirse la entrega? La solución es la misma que acabamos de dar. Mientras el legatario á título universal no hubiere obtenido la entrega de las cosas comprendidas en su legado, la ocupación pertenece al heredero ó al legatario universal; estamos, pues, en el texto y en el espíritu de los artículos 1,014 y 1,011. Es cierto que, en el caso, los sucesores que tienen la ocupación no son los deudores del legado; por lo cual convendría hacer concurrir á la entrega al legatario universal que es el verdadero deudor, para que pudiera impugnar la validez del legado, si procedía. Cuando el legatario á título universal obtuvo la entrega de su legado, deja de existir la ocupación legal; habiéndose transmitido la posesión al legatario á título universal, á él deben dirigirse los particulares para obtener la entrega de sus legados. (2)

1 Coin-Delisle, pág. 463, núm. 4 del artículo 1,009; Dalloz, página 1,075, núm. 3,886. Demolombe, t. 21, pág. 537, núm. 591. Compárese con Aubry y Rau, t. 5º, pág. 162, pfo. 721, y pág. 160, párrafo 720.

2 Bruselas, 5 de Julio de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 417). Compárese á Dalloz, núm. 3,858.

52. Hay herederos legítimos que á falta de legatarios universales tienen la ocupación; pero que renuncian, por haberse agotado la herencia en los legados. ¿A quién pedirán la entrega de los suyos los legatarios? Respondemos que deberán nombrar un curador, sin que deban dirigirse sucesivamente á cada uno de los herederos hasta el duodécimo grado. (1)

Esta opinión se aparta del rigor del derecho. Los legatarios están obligados á pedir la entrega á los herederos que tengan la ocupación; mas todos los herederos legítimos lo son en el orden determinado por la ley, de suerte que la renuncia del heredero más próximo hace que pase la ocupación al más lejano. No debe tratarse de nombrar curador todo el tiempo que hay herederos conocidos que tienen la ocupación de la herencia; pues sólo cuando ésta se halla vacante, en el sentido legal de la palabra (art. 811), será cuando los legatarios podrán hacer que se nombre un curador contra el cual formalizarán su demanda. Hay aquí una excepción al principio que hemos formulado, conforme á los artículos 1,004, 1,011 y 1,014 (núm. 39); la entrega no puede ya pedirse á un sucesor que tenga la ocupación, puesto que no le hay; por otra parte, la ley no permite á los legatarios ocurrir directamente al tribunal para obtener la entrega, sino que siempre deben proceder contra algún representante de la herencia; y, conforme al artículo 811, el curador en caso de herencia vacante contesta las demandas intentadas contra ella; siendo la ley general, y aplicándose á las demandas entabladas por los legatarios, así como las entabladas por los acreedores.

53. No basta que los herederos conocidos renuncien para que la herencia sea vacante, es menester, además, que no se presente ningún sucesor que la reclame. Si hay

1 Durantón, t. 2º, pág. 221, núm. 209.

sucesores irregulares, ¿los legatarios deberán pedirles la entrega? Todos admiten la afirmativa, en cuanto á que si los sucesores irregulares, llamados á falta de herederos, son puestos en posesión, los legatarios deben dirigirse á ellos para obtener la entrega de sus legados. No hay ley que lo diga así terminantemente. Se cita el artículo 1,011, según el cual los legatarios están obligados á pedir la entrega á los *herederos* llamados en el orden establecido en el título de las *Sucesiones*; se dice que la palabra *herederos* se toma aquí en el sentido más lato, como sinónimo de *sucesores*; se añade que la posesión decretada por el tribunal hace para ellos veces de ocupación, y teniéndola á ellos deben dirigirse los legatarios. (1) Desde el punto de vista de los textos y de los principios, esta interpretación es inadmisibile. Cuáles son los *herederos* de que habla el artículo 1,011? Son los que tienen la ocupación, porque ésta y la entrega están estrechamente ligadas, siendo la segunda, consecuencia de la primera. Ahora bien, en el sistema del código, los sucesores irregulares no tienen la ocupación, y por no tenerla es por lo que deben pedir la posesión al tribunal. Habría sido menester, pues, un texto para obligar á los legatarios á dirigirse á los sucesores irregulares. Si admitimos esta doctrina, lo hacemos obligados por la fuerza de los principios. Los legatarios no pueden ponerse por sí mismos en posesión, lo cual seria una vía de hecho, dice Pothier; no pueden pedir la entrega al tribunal, sino que quien posee es el que entrega, y el único que tiene carácter para hacerla, por ser el único interesado en contrarrestar el derecho de los que se presentan como legatarios. Con este doble título, tienen derecho é interés en hacer la entrega los sucesores irregulares en cuyo fa-

1 Duranton, t. 9º, pág. 222, núm. 209 y todos los autores. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 160, notas 1 y 2; Dalloz, núm. 3,719. Demolombe, t. 21, pág. 539, núm. 593.

vor se decreta la posesión. Los curadores tienen ese mismo derecho, como lo acabamos de ver (núm. 52); con mayor razón debe reconocérsele á los sucesores irregulares, que son propietarios y poseedores de la herencia. Si no se presentan para recibirla, entonces quedará vacante, y procederá el nombramiento de un curador, contra quien dirigirán su acción los legatarios.

54. Si el testador nombró un ejecutor y le dió la ocupación de su mobiliario, ¿deberán los legatarios pedir la entrega al ejecutor testamentario ó al heredero? Hay dos ocupaciones en este caso y, al parecer, en conflicto ambas. En realidad, la ocupación del ejecutor testamentario no impide que la tengan los herederos; por lo mismo hay que aplicar el principio; los legatarios están obligados á dirigirse al que tiene la verdadera ocupación. Esto es de evidencia para los legados de inmuebles, puesto que el ejecutor testamentario no tiene la ocupación de ellos. Es igualmente cierto en cuanto á los legados de muebles; es verdad que el ejecutor puede pagarlos cuando tiene la ocupación del mobiliario, pero no debe hacerlo sino cuando el heredero consintió en la entrega del legado, por ser el deudor y quien tiene interés en impugnar la validez de los legados. El ejecutor testamentario, como lo dice su mismo nombre, no está encargado más que de ejecutar; pero antes de ejecutar el legado, importa que éste sea reconocido, y por consiguiente, que el verdadero deudor consienta en su entrega. (1)

55. Se pregunta si la acción de entrega es solidaria ó indivisible. Esta es una de las cuestiones que jamás debieron haberse llevado ante los tribunales, puesto que la misma ley las resuelve. Efectivamente, según el artículo 1,017, los herederos del testador, ú otros deudores de un legado, están personalmente obligados á pagarle, cada uno á *pro-*

1 Grenier, t. 3^o, pág. 29, núm. 338.

rata de la parte y porción que aprovecharán de la herencia; si cada uno de los deudores del legado no está obligado á pagarle más que en proporción á su *parte hereditaria* está por demás decir que el legatario no puede proceder contra cada uno de los deudores por la parte á que está obligado. Dividiéndose la acción, no puede obrarse ni solidaria ni indivisiblemente. Esta resolución que terminantemente acepta el artículo 1,017, también está en armonía con los principios porque se rigen la solidaridad y la indivisibilidad. No hay deudas solidarias sino por convenio de los interesados ó en virtud de la ley, y en nuestro caso, no había ni ley ni convenio. En cuanto á la indivisibilidad, resulta de la naturaleza de la obligación, si el legado tuviese por objeto una cosa indivisible, sería él indivisible: lo cual apenas si se concibe en nuestro derecho. Supóngase que se lega una servidumbre, no resultará de ello una obligación indivisible, atendiendo á que la servidumbre, lo mismo que la propiedad, se transmite en virtud de la ley, desde que se abre la herencia; pero estando establecida la servidumbre por efecto de un legado, no se puede discutir ya una obligación que tenga por objeto establecer la servidumbre. Quedan los hechos indivisibles; si lo fuese un legado hecho á cargo de varios herederos, es cierto que el legatario tendría una acción por el todo, contra cada uno de los deudores. Esto no es más que aplicar los principios relativos á la indivisibilidad que expondremos en el título de las *Obligaciones*. Muy lejos de ello está resolver, como lo hizo el tribunal de Tolosa, que la acción de entrega siempre es indivisible. (1) Se ha visto un tribunal que condenó á los deudores del legado á pagarle solidariamente, lo cual daría también el carácter de solidaridad á la acción de entrega. Está por demás decir que el fallo respectivo fué casado. (2)

1 Tolosa, 13 de Abril de 1839 (Daloz, palabra *Ejecución*, número 545, 3^o).

2 Casación, 7 de Noviembre de 1810 (Daloz, núm. 3,860).

III. ¿Cuándo y cómo puede pedirse la entrega?

56. El legatario no puede pedir la entrega de su legado sino cuando éste es abierto, porque la entrega implica su aceptación y su ejecución, mas no se puede aceptar un legado antes que exista, ni ejecutarle mientras el legatario no tenga derecho á él. Siguese de aquí que si el legado es condicional, el legatario no puede pedir su entrega sino hasta que se realice la condición. Contra esto se ha objetado que la petición de entrega es un acto de conservación y que el acreedor condicional puede ejercer todos los actos conservadores de su derecho antes de cumplirse la condición (art. 1,180). La descansa en una idea muy falsa de la petición de entrega. Es mucho más que un acto de conservación. Como acabamos de verlo, el legatario que pide la entrega pide que se le entregue la cosa legada de la cual ya es propietario; su acción tiende, pues, no á conservar el derecho, sino á ejercitarle; y ya se ve que para poderse ejercitar un derecho, es menester que exista (1).

Del mismo principio se sigue que los establecimientos de utilidad pública no pueden pedir la entrega de los legados que se les hubieren hecho mientras no hayan sido autorizados para aceptarlos. En otro lugar examinamos ya esta cuestión (t. 11 p. 462, núm. 298).

57. La ley dice que los legatarios deben *demandar* la entrega, lo que importa una acción judicial; pero añade que la entrega puede ser consentida voluntariamente (art. 1,005 y 1,014). Esto es muy jurídico. La entrega no es más que una manifestación del consentimiento; el heredero que tiene la ocupación consiente en desprenderse de la cosa legada remitiéndola al legatario. Si consiente voluntariamente, ya es inútil toda demanda judicial. La ley no su-

1 Compárese con la denegada de 13 de Noviembre de 1849 (Daloz, 1849, 1, 298), y Marzo 24 de 1852 (Daloz, 1852, 1, 113).

jeta la entrega voluntaria á ninguna condición especial de forma; y así se aplican los principios generales relativos al consentimiento. Este puede expresarse con palabras ó con hechos; quiere decir, la entrega puede ser expresa ó tácita.

La entrega expresa no es un hecho solemne; el escrito en que se consigna es únicamente cuestión de prueba, la cual puede hacerse conforme á los principios generales de derecho. Se resolvió que puede resultar de la correspondencia de los interesados, y esto es indudable. (1)

La entrega tácita da lugar á cierta duda, no en cuanto al principio, sino en cuanto á la aplicación. Conviene precisar en qué consiste la entrega voluntaria, para que se puedan apreciar los derechos de donde se quiere deducir esta entrega. Esto es más que simple tradición, ó la voluntad de hacer entrega de una cosa legada. La entrega implica la aprobación del legado, puesto que es ejecución del mismo. Así el heredero que entrega el legado, le aprueba; quiere decir, renuncia el derecho que podría tener para pedir su nulidad. En este sentido, la entrega es confirmación del legado; mas el simple consentimiento de entregar la cosa legada al legatario no importa confirmación del legado; ya hemos expuesto las condiciones exigidas para que la ejecución del testamento equivalga á la confirmación (2) Con estas restricciones y reservas es menester admitir la entrega tácita. (3)

58. ¿Cuándo es tácita la entrega? Se ha resuelto que la ejecución voluntaria del legado equivale á la entrega. (4) Es la expresión de que se sirve la ley para definir la confirmación tácita (art. 1,338). Un mismo acto equivaldrá,

1 Denegada, 22 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 151).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, páginas 607 y siguientes, números 459-476.

3 Compárese á Demolombe, t. 21, pág. 578, núm. 629.

4 Denegada, 16 de Noviembre de 1836 (Dalloz, núm. 2,561, 1°).

pues, á la entrega y á la confirmación, con tal, empero, que existan las condiciones que se requieren para la confirmación; si, á pesar de la ejecución, no hay confirmación, el heredero podrá siempre demandar la nulidad del legado, y por consecuencia destruir los efectos de la entrega. Debe considerarse como ejecución del legado el pago que el heredero, deudor del mismo, hiciera de los intereses de un legado de usufructo. Así lo declaró el tribunal de Burdeos, y de su fallo se ha deducido la consecuencia de que el heredero debía continuar el pago de los intereses sin que pudiese oponer al legatario que no había pedido la entrega de su legado. (1) Esto es asaz absoluto, pues siempre puede el heredero intentar la nulidad del legado, á menos que la ejecución no equivalga á la confirmación.

¿Habría entrega tácita si el legatario entrara en posesión de la cosa legada á ciencia y paciencia de los herederos, ó si éstos le dejaran la posesión que tuvo desde que falleció el testador? La jurisprudencia está dividida, y creemos que no ha sido resuelta absolutamente la cuestión. Hay entrega tácita cuando el heredero ejecuta algo que no puede interpretarse en otro sentido sino en el de que el heredero consiente en entregar al legatario la cosa legada aprobando el legado. Al juez le toca apreciar el acto, y se concibe que la apreciación que haga difiera de un caso á otro, puesto que puede variar el carácter de ese mismo acto. Lo único que se puede decir, en términos generales, es que por sí sólo no es consentimiento el silencio de los herederos. El axioma de que el que calla parece consentir no es verdadero sino cuando ese mismo que calla estaba obligado á expresar su voluntad. Ahora bien, nada obliga á los herederos á expresar su voluntad mientras no se les pida; y no es, en verdad, pedirles algo el ponerse ellos en posesión, por pura vía de hecho, de alguna cosa cuya ocu-

1 Burdeos, 29 de Mayo de 1839 (Daloz, núm. 3,880)

pación tienen los herederos, pues lo único que resulta de aquel hecho es que los herederos tienen una acción para destruirle. Serían menester, pues, otros hechos y otras circunstancias para que la inacción de los herederos se pudiera colegir que consentían en la entrega. En el caso que sigue, se resolvió, y con razón á nuestro parecer, que había habido entrega tácita.

Un legatario de usufructo hace que se proceda á un inventario en contradicción con los herederos del testador, que han reconocido en él la calidad de usufructuario de todos los bienes de la sucesión, atribuyéndose á sí mismos la calidad de nudos propietarios; después el legatario entra en posesión de los bienes en presencia de los herederos y sin oposición de su parte. Hay más que el silencio de los herederos y su inacción, hay un hecho, que es el de tomar la calidad de un propietario, lo cual implica el reconocimiento del derecho del usufructuario, y ese reconocimiento es precisamente el carácter esencial de la entrega. (1)

Mas no osaríamos enseñar, como lo hizo en su resolución el citado tribunal, que basta con que se pongan en posesión los legatarios sin oposición de los herederos, y que éstos continúen por más ó menos tiempo en el goce, para que haya entrega tácita; (2) un hecho no se cambia en derecho sino cuando se extingue por la prescripción la acción que nace de ese mismo hecho. (3) Por igual razón, no admitiríamos con la sala de casación, que la dictada posesión de los inmuebles por el usufructuario legatario sea una prueba de entrega voluntaria; (4) porque si desde los principios la posesión del legatario no fuera la consecuencia de

1 Limoges, 13 de Noviembre de 1840 (Dalloz, núm. 3.881, 2°).

2 Limoges, 12 de Diciembre de 1837 (Dalloz, núm. 3.881, 1°).

3 Compárese con lo resuelto en Búrges á 1° de Marzo de 1821 (Dalloz, núm. 3,729). Lieja, 28 de Diciembre de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 373).

4 Denegada de la sala de lo civil, 18 de Noviembre de 1840 (Dalloz, núm. 808).

la entrega consentida, no sería más que acto de violencia, y no vemos cómo un hecho puede llegar á ser, sólo con que se prolongue, la prueba de un derecho.

59. A falta de entrega voluntaria, debe demandarla el legatario, y en derecho la demanda implica una acción judicial (arts. 1,153, 1,154 y 1,479). No bastaría simple advertencia que hiciera al heredero; (1) porque si bien la advertencia expresa la voluntad del legatario de obtener la entrega, si el heredero no le hace ésta, es necesario compelerle á ello, y en consecuencia hay necesidad de un juicio. Tal es la aplicación de nuestro principio: entregar es consentir. A falta de consentimiento voluntario, es menester uno obligado, consecuencia del contrato judicial.

Debe intentarse la acción ante el tribunal de la demarcación donde se abrió la herencia: aplicación de la regla general establecida por el código de procedimientos; en materia de sucesión, debe asignarse el defensor ante el tribunal del lugar donde se abre la sucesión, cuando se trata de una demanda relativa á la ejecución de las disposiciones por causa de muerte (art. 59). Se ha resuelto que el tribunal del lugar donde se abre la sucesión, es el único competente, aún en el caso de que la demanda de entrega se hubiera entablado como incidental á un decreto. (2)

60. El tribunal no debe necesariamente decretar la entrega; no es él quien, á decir verdad, la concede, sino que se le demanda contra el heredero que tiene la ocupación. Este puede oponer sus excepciones. Tal sería la alegación de falsedad con que objetara el testamento; en el cual caso, el tribunal resuelve, según las circunstancias, si se debe suspender provisionalmente la ejecución del testamento (art. 1,319). Lo mismo sucedería si el heredero intentara

1 Dijon, 14 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 58).

2 Tolosa, 22 de Marzo de 1839 (Dalloz, núm. 3,814). Compárese á Dalloz, núm. 3,865).

la acción de nulidad; si esa acción se ejercita en forma, podrá el juez decretar el secuestro de los bienes litigiosos. En vano se invocaría la máxima según la cual se debe proveer al título; si éste es válido, pero se discute y ataca; toca á los tribunales ver si procede proveer al título. (1)

También podría el juez denegar la entrega si el legado se hubiese hecho con ciertas cargas á las cuales se haya negado á someterse el legatario. Esto fué lo que hizo en el siguiente caso el tribunal de Bruselas. El testador, al legar la cantidad de 6,000 francos á un establecimiento de beneficencia, añade que dicha suma deberá ser asegurada con hipoteca; el legatario quiere emplear esa misma cantidad en inmuebles, y se resolvió que tal cosa no era admisible, como no debía serlo, puesto que el legado era el título del establecimiento, el cual se colocaba fuera de su propio título, y quedaba consiguientemente sin derecho. (2)

61. Según el artículo 1,016, los gastos de la demanda de entrega son de cargo de la sucesión. ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Se dice que es la aplicación del principio que deja los gastos del pago á cargo del deudor y que la herencia es deudora. (3) Esto no es exacto. Desde luego la entrega no es simple pago, pura tradición, como en la venta; el pago supone una deuda confesada, mientras que la validez del legado puede ser discutida por el heredero; y precisamente para que éste pueda discutir, es para lo que se le llama á hacer la entrega. ¿Y será cierto que la sucesión es deudora del legado? Lo es, ora sea el heredero legítimo, ora el legatario universal ó á título universal, ora también el legatario á título particular; por consiguiente, ese deudor sería quien debiera soportar los gastos, si se aplicara el principio del pago. La entrega es un concurso

1 Lieja, 19 de Febrero de 1810 (Dalloz, núm. 3,868). Bruselas, 13 de Marzo de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, pág. 85).

2 Bruselas, 6 de Diciembre de 1851 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 35).

3 Coin-Delisle, pág. 473, núm. 1 del artículo 1,016.

de voluntades mediante el cual se acepta y prueba el legado: luego se hace en provecho común; y he aquí por qué la herencia debe sufragar los gastos.

El artículo 1,016 añade: "Sin que, no obstante, pueda resultar reducción de la reserva legal." Cuando el reservatario interviene, hay un legatario que toma la universalidad de los bienes, deducida la reserva; en este caso, sólo el legatario sufragará los legados (art. 1,009); es justo, pues, que los gastos graviten sobre los bienes que vuelven al legatario; porque si él se aprovecha de la caducidad de los legados, debe también cubrir los gastos.

La regla establecida por el artículo 1,016 no es tan absoluta como lo parece. Si el defensor en la acción de entrega tiene pretensiones mal fundadas, si opone excepciones que prolonguen inútilmente el pleito, los gastos deben ser á cargo suyo en virtud del derecho común: el que los ocasiona es el que los debe lastar. En este sentido se ha formado la jurisprudencia, (1) la cual no establece excepción alguna respecto de los reservatarios; ¿por qué habrían de tener ellos el privilegio de ocasionar gastos inútiles que refluirían en perjuicio de los legatarios? (2)

Finalmente, el artículo 1,016 dice que los derechos de registro serán de cuenta del legatario; esos derechos son los gastos de translación de dominio, ó sea de adquisición, que el derecho común deja á cargo del adquirente. El artículo 1,016 añade que cada legado puede registrarse por separado, sin que el registro aproveche más que al legatario y á sus causahabientes. Esta disposición deroga el derecho anterior, conforme al cual el legatario que quisiera aprovecharse de su legado debería hacer que se registrara todo el testamento, reservándose á pedir á cada uno de los

1 Véanse los fallos citados por Dalloz, núm. 3,871 y siguientes.

2 Metz, 14 de Febrero de 1820 (Dalloz, núm. 3,871, 5º). Denegada; 4 de Noviembre de 1857 (Dalloz, 1858, 1, 76).

legatarios su parte en los gastos. Esta era una medida fiscal que la justicia reprueba, porque bien podía resultar de ahí la imposibilidad, para un legatario pobre, de obtener la entrega judicial de su legado.

La ley permite al testador que derogue las disposiciones relativas á los gastos, se entiende en lo que mira á la aplicación del artículo 1,016. Ni podría derogar las reglas de orden público que quieren que la parte condenada soporte los gastos que se ocasionaron por culpa suya; pues si lo hiciera conferiría el derecho de litigar á diestro y siniestro.

IV. Efectos de la entrega.

62. La entrega tiene por objeto poner al legatario en posesión de la cosa legada, desposeyendo al heredero que tiene la ocupación. Mientras el legatario no obtiene la entrega, no puede ponerse en posesión de la cosa legada. Pothier dice que esto sería una expropiación de la cual había de ser responsable el legatario (núm. 42). La entrega tiene también por objeto dar al legatario el goce de los bienes; trataremos aparte de los frutos, por dar lugar esta materia á dificultades de consideración. Por último, el legatario que no ha obtenido la entrega no puede proceder contra los detentadores de las cosas legadas. Sobre esto ocurre alguna duda. Aunque el legatario no tenga la posesión, es propietario; ¿no será menester concluir de aquí que tiene las acciones reales que derivan de la propiedad? Toullier enseña que tiene la acción reivindicatoria que pertenece á todo propietario contra aquellos á quienes encuentra en posesión de una cosa que le pertenece, y que el tercero poseedor contra quien se dirijiera esa acción no podría oponer al legatario la falta de entrega por parte del heredero: esto sería, dice Toullier, excepciones con el derecho de un tercero. (1) Esta cuestión se discutía ya en el antiguo de-

1 Toullier, t. 3^o, 1, pág. 317, núm. 572.

recho. Los jurisconsultos de los países de derecho escrito decían, como Toullier, que siendo propietario el legatario puede reivindicar; Furgole califica la opinión contraria de error, y esta opinión se seguía en los países de derecho consuetudinario. Según el nuestro francés, dice Pothier, cuando la cosa legada se encuentra en posesión de un tercero detentador, el legatario, para poderla reivindicar contra ese tercero, debe, previamente, hacer que se le ponga en posesión de su legado por el heredero ú otro sucesor grabado con la presentación del legado mismo. (1)

Este punto es de consideración, y es menester insistir en él, porque nos da una idea exacta de lo que es la entrega, lo cual se requiere para que el legatario ejercite sus derechos de propiedad. Es propietario, y como tal, debería tener las acciones relativas á la propiedad; sin embargo, el derecho francés se las niega. Es porque aun no se reconoce su derecho de propiedad, pues sólo mediante la entrega se hará constar que es propietario; hasta entonces su propiedad no es más que un derecho abstracto, que puede vender ciertamente y que transmite á sus herederos, pero cuyo ejercicio no tiene. Esto parece contradictorio, y comprendemos que los jurisconsultos habituados al rigor romano rechacen esta doctrina como un error. Sin duda para conciliar estas contradicciones la sala de casación dice que el legatario no se hace propietario por la entrega, que hasta entonces sólo tiene un derecho real á la cosa legada (núm. 2). A nuestro juicio eso es ir demasiado lejos; no se puede negar que el legatario sea propietario, la ley y la tradición lo dicen; pero la tradición dice también que el legatario no tiene el ejercicio de la propiedad, y en una materia que se deriva de las costumbres, es decisiva la tradición consuetudinaria.

¹ Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 287. Furgole, capítulo 10, núm. 56 (*Obras*, t. 3º, pág. 402).

Para conciliar el derecho romano con el consuetudinario, Merlin propone que se permita al legatario que proceda contra el tercero poseedor dando intervención en el pleito al heredero, á fin de que haga la entrega al legatario luego que salga vencido el poseedor. (1) Nos parece que inútilmente se busca el medio de conciliar principios que son opuestos. El derecho romano ignoraba la entrega, mientras que ella es fundamental en derecho francés. Más vale atenerse á la tradición francesa y resolver que el legatario no puede obrar mientras no haya obtenido la entrega. (2)

63. Decimos que el legatario es propietario antes de la entrega, pero que su derecho de propiedad es un derecho abstracto, en el sentido de que no tiene su ejercicio. Esto no es decir que tal derecho quede sin efecto; y que no se nos acuse de contradicción. La doctrina que exponemos no es nada lógica, lo confesamos, pero es la doctrina de la tradición consuetudinaria. La sala de casación ha declarado que el derecho que resulta de un legado no es simple crédito sino un derecho de propiedad y de aquí dedujo la notable consecuencia de que el derecho á la cosa legada no es susceptible de extinguirse por confusión. Dos esposos hacen legados en favor recíproco; el esposo legatario muere antes sin haber obtenido la entrega; los hijos son á la vez herederos del padre y de la madre; si el legado no les diese más que un crédito, reunirían en su persona las calidades de deudor y acreedor, y por consiguiente habría confusión y extinción del derecho. Pero son propietarios y conservan el suyo de propiedad, por que ésta no se extingue por confusión. Poco importa que el legatario no hubiera pedido la entrega, porque no se trataba de ejercer el de-

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 5º, núm. 10 (t. 16, página 461).

2 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 208, núm. 200; Demolombe, t. 21, pág. 580, núm. 632. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 158 y nota 17.

recho de propiedad, sino únicamente de transmitir ese derecho; y el legatario transmite el suyo, aunque llegue á morir antes de haber obtenido la correspondiente entrega (1).

¿Puede el legatario vender antes de haber demandado la entrega de su legado? El que vende transmite al comprador los derechos que tiene; por tanto, sea cual fuere la naturaleza de un derecho, se le puede ceder, á menos que por excepción, la ley le declare intransmisible. Nada, pues, impide al legatario que enagene su derecho. Este, á nuestro juicio, es un derecho de propiedad; pero la sala de casación declara que es un derecho real inmueble del cual puede el legatario disponer. (2) Hemos criticado dicha resolución (núm. 2) si bien comprendíamos los escrúpulos de aquel tribunal: le repugna ver un derecho de propiedad allí donde no distingue todos los efectos de la misma. Precisamente debido á estas inconsecuencias y contradicciones, es como sostenemos el derecho de propiedad del legatario, porque tales inconsecuencias y contradicciones hacen comprender lo que hay de particular en la entrega del derecho francés.

Cualquiera que sea la denominación que se de al derecho del legatario, siempre será cierto que ese derecho está en su dominio, que forma parte de su patrimonio, que es un bien, y por consiguiente, lo mismo que sus otros bienes, una garantía para sus acreedores; un bien que éstos pueden asegurar y hacer que se venda, (3) aunque el comprador no adquirirá mas que los derechos de su autor; él deberá pedir la entrega, y el heredero podrá negarla, desconociendo la validez del legado. En suma, el derecho del

1 Denegada, 16 de Noviembre de 1853 (Dalloz, 1853, 1, 325).

2 Casación, 16 de Diciembre de 1839 (Dalloz, palabra *Registro*, núm. 5 993).

3 Bruselas, 25 de Agosto de 1814 (*Pasicrisia*, 1814, pág. 209 y Dalloz, núm. 3,724 Casación, 15 de Mayo de 1839 (Dalloz, núm. 3,616).

legatario es un derecho de propiedad, pero incierto, discutible, mientras el heredero no hubiese consentido la entrega.

64. Ahora que conocemos el objeto de la entrega, es fácil determinar sus efectos. La ocupación, con todas sus consecuencias, pasa del heredero al legatario. Es más que una tradición, puesto que la sala de casación ha podido decir, con apariencias de verdad, que por la entrega el legatario se hace propietario, mientras que la tradición no es necesaria, en nuestro derecho moderno, para la transmisión de la propiedad. Toca al legatario, después de la entrega, ejercitar todas las acciones relativas á la cosa legada. De aquí se sigue que sólo el legatario universal tiene todas las acciones de nulidad concernientes á los legados particulares, con exclusión de los herederos legítimos, aun cuando sean reservatarios. Si concurre con herederos que no tienen la ocupación, está en posesión de toda la herencia, con exclusión de los naturales; la consecuencia es que sólo á él pertenecen las acciones de nulidad. Esto se funda también en la razón. ¿A quién aprovecha la nulidad de los legados? No á los herederos legítimos, puesto que los excluyó el testador, sino al legatario universal, que es por lo mismo el único que tiene derecho é interés para obrar. (1) Los herederos legítimos han tratado de discutir, ya que no acerca del principio, sí por lo menos acerca de sus consecuencias. (2) Cuando los legados son opuestos al orden público, como los que se hacen á algunas congregaciones, ¿no se deberá decir que el legatario universal es un legatario ficticio cuya única misión está en hacer que lleguen los bienes legados á personas incapaces? Los bienes fueron legados, en este caso, no para dis-

1 Denegada, 3 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 198).

2 Denegada, 17 de Agosto de 1852 y 17 de Mayo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 263 y 9).

minuir el legado eniversal, sino para despojar á los herederos. ¿No debe corresponder la acción de nulidad á aquellos á quienes el testador quiso privar de los bienes legados, cuando no tenía derecho para donarlos? Algo de fundado hay en estas pretensiones. Si el legatario universal es realmente ficticio, si no fué instituido más que para privar á los herederos legítimos de la acción de nulidad, quitándoles el derecho que tendrían para obrar, es indudable que los tribunales reprimirán el fraude, que se acoge á la ley misma para defraudarla: ya lo dijimos en otra parte. Pero si el legado universal está hecho en forma, y debe el juez del conocimiento dictar su resolución, los herederos legítimos ya no pueden tener acción alguna, porque la institución de un legatario universal tiene por objeto y efecto excluirlos de todo derecho. (1)

Lo mismo acontecería si concurriera el legatario universal con un heredero en reserva. Aquél debe, en tal caso, demandar la entrega al reservatario, pues mientras no la obtenga, no podrá obrar; pero desde que se haga la entrega, le pertenecen las acciones de nulidad de los legados á título universal ó á título particular; el heredero reservatario está sin interés y por consiguiente no se le puede admitir á pedir la nulidad del legado, por no aprovechar ésta más que al legatario universal. (2)

65. Los mismos principios se aplican á la administración de los bienes. En general, la administración de la herencia corresponde al heredero que tiene la ocupación; pero desde el momento en que el legatario ha obtenido la entrega de su legado, es propietario y poseedor, y por lo mismo también administrador. Sin embargo, hay alguna dificultad cuando el legatario universal concurre con un

1 Compárese el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 629, núm. 422, 28.

2 Dijon, 5 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 53).

heredero en reserva. Cuando obtuvo la entrega después de una demanda judicial, su derecho á la administración de los bienes es el mismo que el del heredero reservatario; ambos son propietarios y poseedores. Si se litiga sobre la validez del testamento, ¿quién tendrá la administración durante el litigio? No se puede tratar de dividir la administración, puesto que se discute acerca del derecho del legatario. ¿Confiará el tribunal esa administración totalmente, ora al reservatario, ora al legatario? Así se ha declarado ya; (1) pero es comprometer el derecho y los intereses de una de las partes que litigan. Preferimos la resolución del tribunal de Gand, que decretó el secuestro; es una medida conservadora que ampara todos los intereses y previene los pleitos y dificultades que infaliblemente sobrevendrían de una administración litigiosa. (2)

V. De los frutos.

1. Principio.

66. ¿A quién pertenecen los frutos mientras no se ha hecho la entrega? Esta cuestión da lugar á serias dificultades. Transcribamos desde luego las disposiciones del código relativas á los frutos.

Cuando hay herederos reservatarios, el legatario universal está obligado á pedir la entrega de los bienes comprendidos en el testamento (art. 1,004). “*Sin embargo*, dice el artículo 1,005, el legatario universal tendrá el goce de los bienes comprendidos en el testamento á contar del día de fallecimiento, si se demandó la entrega durante el año siguiente á ese día. De no ser así, ese goce comenzará desde el día de la demanda judicial, ó desde aquel en que se hubiere consentido la entrega voluntariamente.”

1 Tolosa, 27 de Junio de 1835 (Daloz, núm. 3,727).

2 Gand, 13 de Junio de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 386).

La ley nada dice de los legatarios á título universal, si no es que están obligados á pedir la entrega á los herederos; pero nada dice acerca del goce de los frutos.

En cuanto á los legatarios á título particular, el artículo 1,014 comienza por decir que tienen derecho á la cosa legada desde el día de la muerte del testador, y añade: "Sia embargo, el legatario particular no podrá ponerse en posesión de la cosa legada, ni pretender sus frutos é intereses sino á contar del día de su demanda de entrega, ó del día en que esta entrega le hubiere sido consentida voluntariamente."

¿Qué deberá decirse del legatario á título universal? ¿Habrá que asimilarse al legatario universal, ó al legatario particular?

La solución de esta dificultad depende de saber qué principio rige acerca de los frutos en materia de ocupación. Aun el principio mismo se discute. Creemos que los frutos pertenecen al heredero hasta que haga entrega del legado, que por consiguiente, el legatario á título universal no gana los frutos sino á partir de la entrega, lo mismo que el particular. Pero tal es la confusión que reina en esta materia, que nos vemos obligados á combatir á aquellos mismos que participan de nuestra opinión, por fundar la suya en motivos que no podemos aceptar.

La mayor parte de los autores sientan el principio de que los frutos pertenecen al poseedor, y aplican este pretendido principio al heredero que tiene la ocupación. (1) Si esto fuera cierto, quedaría singularmente simplificada nuestra cuestión. Pero ¿donde se ha dicho que los frutos pertenezcan al poseedor. Abramos el código, y leeremos que pertenecen al propietario por derecho de accesión (art.

1 Coin-Delisle, pág. 467, núm. 11 del artículo 1,005; Marcadé, tomo 4^o, pág. 72, núm. 2 del artículo 1,005. Hay un fallo terminante en este sentido, del tribunal de Gand de 14 de Mayo de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 39).

547). Tal es nuestra regla. Si, en el artículo 549, añade la ley que el simple poseedor hace suyos los frutos, es por excepción; y toda excepción debe contenerse dentro de los límites que ha establecido la ley. Veamos, pues, con qué condición hace suyos los frutos el poseedor, es decir, cuál es esa simple posesión á la que atribuye los frutos el artículo 549. Es menester que posea de buena fe, y el artículo 550 define al poseedor de buena fe, en estos términos: el que posee como propietario en virtud de un título translativo de propiedad cuyos vicios ignora. Así, pues, el poseedor que percibe los frutos es un poseedor á título de propietario contra quien el verdadero propietario reivindica la cosa; nace entonces la cuestión de si el poseedor despojado judicialmente gana para sí los frutos. La ley la resuelve por una distinción; los gana si ignoraba los *vicios del título* en cuya virtud poseía, pero debe restituirlo si conocía esos *vicios*. Basta recordar los principios que expusimos ya en otro lugar, (1) para convencerse de que ellos no se aplican al heredero que tiene la ocupación. El no posee los bienes legados en virtud de un título translativo de propiedad, sino que posee bienes que no le pertenecen, que son propiedad de los legatarios. Desde el momento en que ignora la existencia del testamento, ya no se le puede asimilar al poseedor de buena fe en el sentido del artículo 550; porque no posee en virtud de un título viciado, sino sin título alguno, puesto que el verdadero pertenece al propietario. En consecuencia, es menester dejar á un lado los artículos 549 y 550, como ajenos á otra cuestión.

El verdadero principio es que los frutos pertenecen al propietario. Pero la dificultad está en saber si el principio se aplica en materia de sucesión cuando hay un heredero que tenga la ocupación y legatarios que deben pedirle la

1 Véase el tomo 6º de mis *Principios*, pág. 313 y siguientes, números 201-244.

entrega de sus legados. La negativa resulta de los artículos que acabamos de copiar, particularmente del 1,014. Este dispone que el legatario particular es propietario, y no obstante, ese propietario no puede pretender los frutos ó intereses sino á contar desde el día de su demanda de entrega ó desde el en que ésta haya consentido voluntariamente. ¿Quién percibirá, pues, los frutos? El heredero que tiene la ocupación, aunque no sea propietario. El artículo 1,005 contiene una disposición análoga. Cuando el difunto deja un heredero reservatario y un legatario universal, éste es propietario partiendo desde la apertura de la herencia: ¿Percibe los frutos como tal? No. Debe demandar su entrega; y si no demanda, pertenecerán los frutos al heredero, aunque no sea propietario de los bienes.

La consecuencia que resulta de los artículos 1,014-1,005 es ésta: en materia de sucesión, la ley no sigue los principios ordinarios relativos á la adquisición de los frutos; no es el propietario quien los percibe, tampoco el poseedor, en calidad de poseedor de buena fe, sino el heredero que tiene la ocupación. ¿Por qué el heredero hace suyos los frutos? Los percibe hasta la entrega; que tal es el principio consagrado por los artículos 1,014 y 1005, salvo la excepción que establece el último de estos artículos. Ya volveremos á ocuparnos en ese punto. Hay para esto dos razones. Desde luego la doctrina tradicional del derecho francés en materia de entrega y de ocupación. El legatario, antes de la entrega, es verdaderamente propietario, pero no ejercita su derecho de propiedad, no tiene las acciones anexas al derecho de dominio (arts. 451 y 452); por la misma razón, tampoco tiene el goce anexo á la propiedad. Si no le tiene, es porque el único y verdadero propietario, según los principios del derecho consuetudinario, es aquél á quien Dios hace heredero, el heredero por la sangre, el único que tiene la ocupación. En cuanto al le-

gatario, todavía no se sabe si es propietario, pues esto depende de la entrega, y hasta entonces no puede tener los derechos útiles que nacen de la propiedad; esos derechos pertenecen al heredero hasta que consientan en que se les desposea.

Que: tal sea la doctrina de las costumbres, cosa es indiscutible. Todos los legatarios estaban colocados en una misma línea, por la excelente razón de que no habrá heredero testamentario; la ocupación pertenecía siempre al heredero por la sangre, á quien el difunto no podrá excluir. (1) Falta ver si tal es también la teoría del código civil. Es cierto que éste sigue la tradición consuetudinaria en materia de ocupación, pero modificada; resultando de esa modificación que la teoría de la ley es ilógica é incoherente, el artículo 1,005 aplica los frutos al legatario universal que concurre con un heredero reservatario, se demanda la entrega dentro de un año. He allí la excepción. ¿Qué razón hay para ella? La excepción se explica por los trabajos preparatorios. El proyecto sometido al consejo de estado consagraba la doctrina tradicional, no concediendo la ocupación al legatario universal, ni dándole derecho á los frutos sino á partir desde la entrega. En el consejo de estado, los jurisconsultos de los países de derecho escrito reclamaron con empeño en favor del heredero testamentario, hasta que se transigió; y cuando se transige acerca de los principios, se llega siempre á una obra inconsecuente. El legatario universal tiene la ocupación cuando no hay herederos reservatarios (art. 1,006). ¿Cuál será su posición si hay descendientes ó ascendientes? La ley les da la ocupación de preferencia al legatario universal; sin embargo, ella toma en consideración la voluntad del testador, quien quiso instituir un heredero testamentario con exclu-

1 Ricard, 2ª parte, núm. 99. Pothier, *Introducción á la costumbre de Orleans*, núm. 95.

sión de sus herederos más próximos; pareció justo concederle iguales derechos que á sus herederos; percibirá pues los frutos si quiere entablar su demanda de entrega dentro del año; si permanece durante él sin entablarlo, abdica sus derechos, puesto que no los hace valer; la ocupación recobra entonces su imperio, y los reservatarios percibirán los frutos hasta la entrega. (1) Esto es arbitrario; es de naturaleza en las transacciones que sean irracionales, puesto que modifican los principios. Es menester recibir la transacción tal como es, guardándose muy bien de ver en ella un nuevo principio. El código mantiene la doctrina tradicional, pero con excepciones. Así, pues, el heredero percibe los frutos de las cosas legadas hasta la entrega; salvo aquellos que la ley concede, por excepción al legatario universal que entabla su demanda dentro del año. Nuestra conclusión, en cuanto al legatario á título universal, es que no tiene derecho á los frutos sino desde la entrega, por aplicársele el principio general, puesto que la ley no le deroga. (2)

67. Según la opinión contraria, (3) consagrada por la jurisprudencia de Bélgica, se asimila el legatario á título universal al legatario universal, y así se le conceden los frutos si entabló su demanda dentro del año. Para extender al legatario á título universal lo que el artículo 1,005 establece en favor del legatario universal, debe darse á esa disposición distinta interpretación de la nuestra. Nosotros la reputamos como excepción, lo cual excluye toda extensión, toda aplicación por analogía. Según la opinión que impugnamos, el artículo 1,005 es aplicación de un princi-

1 Véase el informe de los trabajos preparatorios en Troplong, t. 2°, pág. 156, núm. 1,855.

2 Compárese en este sentido con Dalloz, núm. 3,728 y los autores que cita, Búrges, 1.º de Marzo de 1821 (Dalloz, núm. 3,729).

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 160, nota 4. Demolombe, t. 21, página 542, núm. 597 y los autores que citan.

pio general, lo cual permite aplicarla al legatario á título universal por identidad de motivos. ¿Cuál es ese principio general? El del derecho romano: los frutos aumentan la herencia; por consiguiente, todos aquellos que tienen derecho á una parte alícuota de la herencia se aprovechan de los frutos; tal es el legatario universal, y tal también el legatario á título universal. Falta explicar por qué la ley no aplica ya ese principio cuando el legatario universal entabla su demanda de entrega después del año. Después de ese lapso de tiempo, dicen, se vuelve al derecho común, en virtud del cual el poseedor de buena fe percibe los frutos porque se supone que el poseedor los consumió. Tampoco basta esta explicación; es menester probar que los herederos que tienen la ocupación son de buena fe; y para probarlo se imagina una *presunción de buena fe* que el legislador establece en su favor; de suerte que perciben los frutos en virtud de esa pretendida presunción, aun cuando hayan tenido conocimiento del testamento: lo cual quiere decir, que la presunción sería una de aquellas que no admiten prueba en contrario. (1)

Todo es imaginario en esta teoría. No olvidemos que la ocupación es de origen consuetudinario. Y para explicar esa teoría, en la aplicación que el código hace de ella á los frutos, se invoca el principio romano: *Fructuos augment hereditatem*. La explicación, á decir verdad, no explica nada. Si se quiere aprovechar el principio romano, es necesario ser lógico, como lo eran los jurisconsultos de Roma. Admitamos que los frutos aumentan la herencia; ¿por qué dejan de aumentarla pasado el año. Faltando la doctrina romana, se apela al artículo 549: los herederos perciben los frutos, dicen, como poseedores de buena fe. La explicación es peor todavía que la que se toma del derecho romano.

1 Duranton, t. 9º, pág. 200, núm. 19 seguido por Demolombe, tomo 21, pág. 511, núm. 557.

Si debe decidir la buena fe, ¿por qué no se permite á los herederos legítimos que invoquen su buena fe durante el año siguiente á la apertura de la herencia? En realidad, no puede ser punto de buena fe. Para percibir los frutos como poseedor de buena fe, es necesario tenerla tal como lo define el artículo 550; y esa definición no es aplicable á los herederos que tienen la ocupación. Es, pues, una buena fe distinta de la legal, es decir, una buena fe intentada por los jueces. ¿Ellos la presumen? ¿Dónde está la ley que establece esa presunción? ¿Dónde está la ley que declara que se presumirá la buena fe, aun cuando los herederos sean de mala fe? Decididamente, no es feliz la invención de esta buena fe.

68. Los tribunales de Bélgica insisten en otra consideración que á lo menos tiene cierta apariencia de jurídica. (1) El código, dicen, resuelve la cuestión de los frutos para el legatario universal y para el particular, no diciendo nada acerca del legatario á título universal. Dado el silencio de la ley, debe procederse por analogía: ¿tiene el legado á título universal mayor relación con el legado universal ó con el legado particular? Planteada así, no es dudosa la cuestión. El legatario á título universal recibe una parte alicuota de la herencia, y así su título es universal; tan cierto es esto, que en el antiguo derecho y hasta en el proyecto de código civil no se distinguía el legado á título universal del legado universal. Ambas especies de legados son idénticas á veces por sus resultados: deja el difunto un ascendiente y un legatario universal; éste recibe los tres cuartos de la herencia, tal como si el testador le hubiese legado solamente las tres cuartas partes. Hay otra analogía que establece al mismo tiempo una diferencia radical

1 Bruselas, 21 de Noviembre de 1837 (*Pasicrisia*, 1837, 2, 244), y 27 de Marzo de 1867 (*Id.*, 1867, 2, 209); Gand, 28 de Febrero de 1860 *Id.*, 1860, 2, 162).

entre el legatario á título universal y el particular; éste no está obligado á deudas de la sucesión (art. 1,034), mientras que el artículo 1,012 dice que el legatario á título universal está obligado, *como el legatario universal*, á las deudas y cargas. ¿No es justo que el legatario á título universal goce de los frutos, ya que debe restituir los intereses de las deudas desde la apertura de la herencia?

Podríamos contentarnos con responder que esas consideraciones se dirigen al legislador, que es á quien corresponde resolver lo que sea justo; el intérprete no puede reconocer al legatario á título universal con derecho á los frutos por ser justo concedérsele. Agreguemos que la ley no sigue, en cuanto á las cargas, el principio que en cuanto á los frutos: el legatario universal siempre está obligado á las deudas y, por consiguiente, á los intereses á partir de la apertura de la herencia; sin embargo, si no demanda la entrega dentro del año, no tiene derecho á los frutos. Hay una respuesta más directa que dar á la comparación que se establece entre el legatario á título universal y los legatarios universales y particulares, y esa respuesta se toma del fondo mismo del asunto y de las disposiciones del código. El derecho á los frutos tiene un enlace indiscutible con la demanda ó petición de entrega; el legatario particular no tiene derecho á los frutos sino á partir del día de su demanda de entrega, ó del día en que se consiente esa misma entrega voluntariamente; se necesita asimismo una demanda para que el legatario universal que no tenga la ocupación perciba los frutos, mientras que sin necesidad de esa demanda los percibe cuando tiene la ocupación. El principio es, pues, que aquel que debe mandar la entrega no tiene derecho á los frutos sino á partir del día de la demanda; mas el legatario á título universal, lo mismo que el particular, jamás tiene la ocupación, y siempre debe pedir la entrega; por lo cual, nunca

puede reclamar los frutos sino desde la entrega. Bajo este concepto, es más favorable la posición del legatario universal; es un heredero testamentario, y así se explica que le conceda la ley derechos de tal. Mientras que el legatario á título universal está colocado en la misma línea que el legatario particular en lo que mira á la entrega, debe siempre pedirla, y nunca es heredero; es, pues, muy lógico que nunca pueda reclamar los derechos de tal.

69. No entendemos justificar el sistema del código. Es una transacción, y las transacciones acerca de los principios no son de nuestro gusto. La doctrina consuetudinaria, en lo que mira á los frutos, era más lógica. Ella da la ocupación al heredero legítimo, cuyo derecho es indiscutible y abraza á toda la herencia, puesto que tiene un derecho eventual á todos los bienes. Teniendo la posesión de los bienes hereditarios, tiene por esto mismo la guarda y la administración, y así administra y conserva bienes que debe entregar á los legatarios. ¿No es justo que se le indemnice de sus cuidados por los frutos que recoge? Este motivo justifica aún el sistema inconsecuente del código civil. El heredero gana siempre los frutos de los *bienes* que debe entregar á los legatarios particulares y, conforme á nuestra opinión, aquellos que los bienes legados á título universal. Si no aprovecha los frutos de los que debe entregar al legatario universal, es que su posesión no ha durado un año, y una posesión de menor tiempo no se considera en derecho; de hecho, no es el heredero quien habrá cultivado, sino el difunto; no tiene, pues, lo más á menudo nada que reclamar del principal de su gestión. Por otra parte, los legatarios pueden hacer cesar ese derecho á los frutos con entablar inmediatamente su demanda de entrega.

70. Hemos dicho que regularmente los establecimientos públicos no pueden pedir la entrega sin estar autorizados para aceptar el legado (núm. 56). Si cuanto antes se enta-

bla la demanda y en seguida obtiene la autorización, ¿tendrán derecho á los frutos á partir desde la demanda? Es de jurisprudencia constante que los frutos no se deben cuando la demanda se instauró antes de la autorización. La razón de ello es simple y decisiva. No se pueden deber los frutos de la cosa legada sino cuando es definitivamente reconocido el heredero; lo cual supone que éste puede ser obligado á pagar el legado. Ahora bien, cuando se hizo un legado á un establecimiento público, no existe el legado sino autorizado el legatario para aceptarle; hasta entonces no está obligado el heredero á pagarle; ¿y no estando obligado á pagar el capital, cómo había de estarlo á pagar los intereses? Se ha pretendido que la demanda de entrega es un acto de conservación que pueden ejecutar los establecimientos públicos. Ya hemos respondido á esta objeción (núm. 56); la demanda de entrega tiende á la ejecución del legado, y no se dirá que el pago es un acto de conservación. (1)

71 Débense los frutos desde el día en que se consintió voluntariamente la entrega; si ésta se niega, el legatario debe proceder judicialmente, y en ese caso, corren los frutos, no desde el día de la sentencia, sino desde el de la demanda (arts. 1,005 y 1,014). Es la aplicación del derecho común: el demandante siempre debe obtener por la sentencia lo que habría obtenido si su demanda hubiese podido resolverse inmediatamente. ¿Qué hay que decir si el heredero comienza por consentir la entrega y en seguida se opone á las condiciones del legado, y se falla al último contra él? ¿Correrán sin embargo los frutos desde la entrega consentida por el deudor del legado? La afirmativa

1 Denegada, 13 de Noviembre de 1849 (Dalloz, 1851, 1, 298). París, 27 Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 58), y denegada, 24 de Marzo de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 113). Bruselas, 27 de Marzo de 1867 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 209).

fué la que siguió la sala de casación y no admite duda. (1) La ley es terminante; verdad es que supone que voluntariamente se consintió en la entrega y que en seguida se hizo el pago; pero los frutos no se deben á virtud del fallo, sino del consentimiento, es decir, de la aprobación que dió el heredero; desde ese momento, el legatario es definitivamente propietario, y como tal, debe ganar los frutos.

72 Cuando se pide la entrega judicialmente, puede durar el litigio años y años. Si hay legatarios necesitados y con derecho cierto, pueden pedir al tribunal que provea la entrega de los frutos ya caídos. Esto es de derecho común. (2)

73. ¿Se aplican á los legados de usufructo los principios que acabamos de exponer? Han creído que el artículo 604 derogaba el 1,014, en el sentido de que el legatario del usufructo estaba autorizado para reclamar los frutos desde el momento en que se abrió su usufructo, es decir, á la muerte del testador. Hemos examinado la cuestión en el título del *Usufructo*. (3) Agregaremos aquí que el artículo 1,014 se aplica aun al legado universal ó á título universal hecho en usufructo. Siguiendo nuestra opinión, esto no es dudoso, puesto que hemos enseñado que todo legado de usufructo es legado particular. (4) Durantón enseña, por el contrario, que es menester aplicar al usufructo de la totalidad de bienes la disposición del artículo 1,005. Creemos inútil entrar en esa cuestión; lo que hemos dicho del legado de usufructo responde al argumento del jurisconsulto francés. (5)

1 Denegada, 15 de Febrero de 1870 (*Dalloz*, 1871, 1, 173).

2 Gand, fallo del tribunal de primera instancia de 24 de Diciembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 393).

3 Véase el t. 6º de mis *Principios*, pág. 523, núm. 356, y pág. 646, núm. 521. Compárese la jurisprudencia en *Dalloz*, núms. 3,847 y siguientes.

4 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 683, núm. 526.

5 Véase la refutación de Aubry y Rau, t. 6º, pág. 166, nota 3, párrafo 721.

2. Aplicación del principio.

74. Por regla general, el legatario no tiene derecho á los frutos sino desde el día en que pide la entrega, ó desde el en que ésta se consiente voluntariamente. Hasta ese momento los frutos pertenecen al heredero. La aplicación de este principio no deja de ofrecer su dificultad. Se pregunta lo que se debe entender por frutos y cómo los percibirán el heredero y el legatario. La cuestión se reduce á saber si se deben aplicar á la ocupación los principios que el código establece en el título del *Usufructo*. Esta cuestión ocurre también en otras materias; la hemos encontrado al tratar del poseedor de buena fe, y hemos resuélto la afirmativamente. (1) Es una necesidad, se nos decía; el código define los frutos y la manera de adquirirlos, en el título del *Usufructo*; aplica terminantemente estas reglas á la comunidad usufructuaria de los bienes de los dos esposos (art. 1,403); deroga bajo el régimen dotal (art. 1,571), y en ninguna otra parte se ocupa ya en el asunto. Sin embargo, es menester una regla cualquiera para determinar qué productos ó rentas se consideran como frutos, y si se ganan por la percepción ó proporcionalmente á la duración del goce. Indispensablemente hay necesidad de atenerse á las disposiciones del título del *Usufructo*, por no haber otras. No es que esta aplicación de un sólo y mismo principio á diversas situaciones se funde en la razón; ésta exigirá que, para distintas posiciones, hubiese principios también distintos. Pero solamente al legislador le toca cubrir los vacíos que hay en el código; el intérprete no podría hacerlo sin hacer la ley, y no tiene ese derecho. Sin embargo, se ha tratado de hacerlo así; pero el ensayo podrá consultarse por el legislador, porque el juez no puede aceptar distinciones que no se apoyan en la ley. (2) Los autores se

1 Véase el tomo 6º de mis *Principios*, pág. 310, núm. 196.

2 Véanse las observaciones de Ernesto Dubois, profesor en la fa-

atienden á las reglas del usufructo sin discutir la cuestión, y otro tanto hace la jurisprudencia.

¿Son frutos las primas anexas á las obligaciones, ó una ganancia anexa al capital? Obligaciones suscriptas á 500 francos se redimen en 650 francos por un sorteo que se verifica anualmente de cierto número de esas obligaciones. Si esa ganancia es un fruto, no pertenecerá al legatario particular que demandó la entrega con posterioridad al sorteo. Se ha declarado judicialmente que es más bien un acrecentamiento excepcional que se junta al capital por una especie de accesión. (1) Esto es muy vago; los frutos también se deben por derecho de accesión, lo mismo que los intereses. Nos parece que esas primas no son más que un suplemento de interés que por una sóla vez se paga en lugar de pagarse al mismo tiempo que el ordinario; es un incentivo para los prestamistas, que encuentran en él una gran ventaja cuando salen las primeras sus obligaciones. Según esta opinión, la prima no se debe al legatario sino cuando pidió la entrega en el momento del sorteo.

75. La cuestión de lo que se debe entender por frutos, en materia de ocupación, dió lugar á un debate importante en la sala de casación. Los hospitales de Nancy fueron instituidos legatarios á título universal de considerables bienes entre los cuales se hallaban extensos bosques de abetos sabino. Cada año hay en el monte gran número de desgajados, que es como se llama á los árboles arrancados ó tronchados por el viento. Los hospitales sostenían que los desgajados no eran frutos; y desde el punto de vista de los derechos del usufructuario, tenían razón; de modo que, si á falta de reglas especiales, hay que aplicar las del usufructo, debía resolverse que los desgajados pertenecían á

cultad de derecho de Nancy, sobre el fallo del tribunal de Nancy, de 26 de Febrero de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 169, nota.

1 Aix, 16 de Julio de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 81).

los hospitales; se trataba de un valor de 2,000 francos. Pero la cuestión se complicaba con un fallo arbitral que concedía á los herederos, no sólo todos los frutos, sino también todas las *renas*, á contar desde el fallecimiento hasta la petición de entrega. Había también otra consideración que militaba en favor de los herederos. El testador siempre había disfrutado de los desgajados á título de frutos; y en materia de usufructo de bosques, el goce del propietario es el que determina lo que se ha de entender por frutos; si los árboles de gran oquedad llegan á ser frutos cuando se explotan como tales por el propietario, lo mismo debe suceder con los desgajados. El tribunal de Nancy lo resolvió en este sentido, y su fallo fué confirmado en casación. (1)

Si se aplican las reglas del título del *Usufructo* en lo que concierne á la definición de los frutos, es necesario aplicar también las que determina la manera cómo el usufructuario los hace suyos. Los herederos percibirán, pues, los frutos naturales que hubieren recogido hasta antes de la demanda de entrega, así como los civiles caídos. La aplicación de esta regla hace de la ganancia de frutos una verdadera suerte. El heredero con la ocupación puede ganar todos los frutos de los bienes legados, aunque su ocupación sólo haya durado tres meses, como puede no ganar ninguno si no hay más que frutos naturales y que estén todavía pendientes de las ramas ó de las raíces al tiempo de la entrega. Preferiríamos el principio que los autores del código civil tomaron del derecho romano en materia de régimen dotal, es decir, la partición de frutos entre los herederos y el legatario, en proporción al tiempo que haya durado la ocupación (art. 1,571). Pero esta disposición es excepcional en la teoría del código, y por lo mismo nos

1 Nancy, fallo precitado, y denegada, 8 de Agosto de 1871 (Daloz, 1871, 1, 213).

debemos atener á la regla. (1) Hay un fallo de casación en este sentido. (2)

76. Conforme al artículo 585, el usufructuario y el nudo propietario no deben rendirse cuenta de los gastos de labor ni de las semillas que se hayan consumido antes de comenzar el usufructo durante él. Esto importa una derogación de los principios, que no puede aplicarse á las relaciones del heredero y del legatario, puesto que éste no restituye la cosa legada al heredero, como debe restituirla el usufructuario al propietario. Falta saber si el legatario debe recompensar siempre por los gastos de labor y por los granos de que se aprovecha. Pothier distingue; si el testador hizo los gastos, el legatario no está obligado á esa recompensa, porque el fundo fué legado en el estado en que se hallaba al morir el testador, y por consiguiente, labrado y sembrado; por lo mismo el legatario se aprovecha de los gastos á título de accesión de su legado. Pero si el heredero hizo los gastos, debe indemnizarle el legatario, por no deber enriquecer á sus expensas. (3)

77. Si el legado consiste en una cosa que no produce ni frutos ni intereses, ¿podrá el legatario exigir por lo menos una indemnización por el goce que conserva el heredero después de la demanda de entrega? Se ha discutido mucho esta cuestión; pero, en cuanto al fondo, está á punto de resolverse. Según el artículo 1,014, se puede sostener que el legatario no tiene derecho á los frutos é intereses sino cuando la cosa produce frutos naturales ó civiles. Pero el artículo 1,005 está concebido en términos más generales,

1 Demolombe, t. 21, pág. 583, núm. 639; Coin-Delisle, pág. 468, núm. 13 del artículo 1,015. Dalloz, núm. 3,834.

2 Denegada, 14 de Febrero de 1849 (Dalloz, 1851, 5, 341).

3 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 278 seguido por los autores modernos (Demolombe, t. 21, pág. 584, núm. 639 y pág. 586, núm. 641).

y el legatario tiene derecho al *goce* de la cosa desde la demanda de entrega; mas el goce comprende el uso, y así el legatario tiene derecho al provecho que la cosa legada le puede procurar; si el heredero continúa en ese goce, priva al legatario de un provecho que le resulta, y en tal virtud le debe indemnizar por ese goce; importando poco el nombre de intereses á daños y perjuicios que á esa indemnización quiera dársele, puesto que el legatario tendrá derecho, en cualquier caso, al valor pecuniario del uso de que ha estado privado por causa del heredero. Debemos añadir que Pothier está por los daños y perjuicios. (1)

3. *Excepciones.*

78. Conforme al artículo 1,015, hay dos casos en que corren los intereses ó frutos de la cosa legada, á beneficio del legatario, desde el día de la muerte del testador, sin que necesite demandarlos judicialmente. Desde luego, cuando el testador así lo declaró expresamente. Es menester que tal declaración se haya hecho en el testamento, puesto que se trata de una disposición testamentaria, que no puede hacerse más que en la forma prescripta por la ley; y ésta exige que tal declaración sea *expresa*, porque se trata de introducir una excepción á un principio general. Hay también para admirarse de que la ley permita esa excepción. El testador no tiene derecho para disponer de la ocupación, ni para derogarla, como le tiene para dispensar al legatario de la demanda de entrega (núms. 8 y 48). Ahora bien, el derecho á los frutos es consecuencia de la ocupación para el heredero que la tiene y de la entrega para el legatario. El legislador permite, pues, que se suprima esa consecuencia, al paso que no permite la dero-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 282. Compárense las opiniones de los autores modernos citados por Coin-Delisle, página 468, núm. 15 del artículo 1,015; por Demolombe, t. 21, pág. 587, núm. 642 y por Dalloz, núm. 3,538,

gación del principio; es que la consecuencia sólo mira al interés pecuniario, á la ganancia de frutos, y así á un interés privado, y por consiguiente se debe permitir á las partes su derogación. Mas toda derogación á una regla general debe ser expresa. Varias ocasiones hemos encontrado ya esta expresión, que al aplicarse da lugar á tantas dificultades (artículos 843 y 972). Se admite por todos que la ley no exige términos sacramentales; pero á nuestro juicio, es necesario alguno, es decir, una manifestación de voluntad por medio de palabras, y palabras escritas, puesto que se deben hallar en el testamento; (1) nos es difícil admitir una voluntad *expresa* que se deduce del *carácter* y del *conjunto* de las disposiciones. (2)

. 79. Bastante severa, demasiado severa, nos parece que se muestra á veces la jurisprudencia en este punto. Con mucha frecuencia sucede que el testador designa la época en que debe pagarse la cosa legada; ¿se deberán los frutos desde que espiró el término antes de la demanda de entrega? La jurisprudencia ha estado por la negativa. Una cosa es pagar el capital, y otra el derecho de exigir frutos é intereses. En el caso á que aludimos, nada dice el testador de frutos ni intereses; y cuando el testador no habla de ellos, no podría cuestionarse acerca de una declaración *expresa*. (3)

Declara el testador que los legatarios *entrarán en ocupación de sus derechos* desde que se abra la sucesión. ¿Esta declaración importa el goce de la cosa legada desde la muerte del testador? El tribunal de Búrges lo resolvió tanto afirmativa como negativamente. Nosotros preferimos la afirmativa, que es también la de Merlin. La palabra *ocu-*

1 Coin-Delisle, pág. 469, núm. 20 del artículo 1,015.

2 Demolombe, t. 21 pág. 589, núm. 645.

3 Lieja, 13 de Mayo de 1808 (Dalloz, núm. 3,911, 2º). Denegada, 1º de Marzo de 1810 (Dalloz, núm. 3,841, 2º) y 16 de Agosto de 1843 (Dalloz, núm. 175).

pación es sinónima de posesión, y el goce de frutos va anexo á la primera; luego decir que el legatario entrará en la ocupación significa que el testador entiende darle derecho á los frutos. La ocupación, no puede dársela; y así hay que interpretar la cláusula de modo que tenga algún sentido; el legatario tendrá el beneficio pecuniario que resulta de la ocupación, sin tener ésta. (1)

¿Puede inferirse la voluntad expresa del testador por un argumento *á contrario*? A primera vista, parecerá absurda esta pregunta. Porque el argumento *á contrario* supone el *silencio* de la ley, ó de la disposición del hombre; ¿y puede haber declaración *expresa* deducida del silencio del disponente? La cuestión está muy discutida. El tribunal de Limoges, presidido por M. Larombière, resolvió que al legar el testador una cantidad pagadera el día en que se case el legatario, sin *interés hasta ese día*, declara de una manera suficientemente expresa entender que los intereses de la cantidad legada corren, á partir de aquella época, de pleno derecho y sin pedir la entrega. Creemos que el tribunal resolvió bien: no se puede decir que haya silencio del testador, puesto que habló, y ya sólo se trata de interpretar sus palabras. Ahora bien, ¿qué puede querer un testador que, en atención á un matrimonio, lega una cantidad de dinero cuyos intereses no se pagarán hasta la celebración de ese matrimonio? Es un dote que lega, y el dote produce interés de pleno derecho, porque debe ayudar al donatario á soportar las cargas del matrimonio. Lo que hace rechazar, en principio, la argumentación *á contrario*, es que el legislador ó el testador pueden tener otra voluntad distinta de la que se le supone; mientras que la cláusula de que se trata no tendría sentido si no significara que los intere-

1 Búrges, 3 de Febrero de 1837 (Dalloz, núm. 3,842 y Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, sec. 4^a, pfo. 3^o, núm. 28 (t. 18, pág. 66). En sentido contrario, Búrges, 16 de Enero de 1821 (Dalloz, número 3,842).

ses debían comenzar á correr desde el matrimonio; estaba por demás decir que no podían correr antes de que se diera el capital. (1) El tribunal de Lyon resolvió el caso en sentido contrario, fundándose, sin más motivo, en que no había declaración *expresa*, pero la dificultad consiste precisamente en saber si había ó no esa declaración. (2)

80. El artículo 1,005 admite otra excepción: "Cuando se haya legado á título de alimentos una renta vitalicia ó una pensión. Hay, en este caso, voluntad tácita, que resulta del objeto del legado. Legar alimentos, es suponer que los necesita el legatario; mas la necesidad existe desde que se abre el legado, y era inútil decir que deberían pagarse inmediatamente unas prestaciones destinadas á ayudar á vivir al legatario. (3) Es, pues, condición esencial para que haya lugar á esta segunda excepción, que el legado sea alimenticio. Hay un fallo de casación que parece contentarse con el carácter de renta vitalicia; (4) pero una renta vitalicia puede muy bien no ser alimenticia, y en ese caso, no se halla ni en los términos ni en el espíritu de la excepción, y consiguientemente se vuelve á la regla: las pensiones caídas no se deberán sino desde la demanda de entrega.

81. El artículo 1,015 está colocado en el rubro de *Legados particulares*. ¿Puede aplicarse á los legatarios á título universal, en el sentido de que gozarán de los frutos desde que se abra la herencia, si así lo declaró expresamente el testador? Hay una razón para dudar que se hizo valer ante el tribunal de Bruselas: el derecho á los frutos es consecuencia de la ocupación que generalmente no es lícito

1 Limoges, 2 de Abril de 1862 (Daloz, 1862, 2, 87).

2 Lyon, 24 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 50).

3 Coin-Delisle da otra interpretación al artículo 1,015, núm. 2, que ha sido combatida por todos los autores; nosotros creemos inútil entrar en este debate. Véase á Demolombe, t. 61, pág. 591, número 651 y los autores que cita.

4 Denegada, 4 de Febrero de 1823 (Daloz, núm. 3,846).

derogar; la ley autoriza esa derogación en beneficio de los legados particulares, por excepción, y las excepciones no se extienden ni aun por analogía; el tribunal de Bruselas resolvió, no obstante, que el legatario á título universal podía invocar el beneficio del artículo 1,015. La clasificación del código no es rigurosa; así, la primera disposición de la sección 6^a es general y se aplica, en términos de la ley, á *todo* legado. Lo mismo sucede con el artículo 1,015; si el legislador permite que se derogue la regla que él estableció, no es porque el legado sea particular, sino porque el testador tiene derecho para disponer de la cosa, del goce y de la propiedad. Por consiguiente, la primera excepción consagrada por el artículo 1,015 es por su naturaleza general. (1)

82. ¿Se pueden admitir otras excepciones para los efectos de la ocupación además de las que ha consagrado el artículo 1,015? Es decir, ¿hay otros casos en que el legatario goce de los frutos sin haber pedido la entrega? Nos parece que plantear esta cuestión es lo mismo que resolverla. Cuando se dice que los frutos y los intereses corren desde el día del fallecimiento, esto quiere decir que corren de pleno derecho en virtud de la ley, por excepción á la regla general, según la cual el legatario no tiene derecho más que en virtud de la entrega. Ahora bien, las excepciones no se extienden. La jurisprudencia admite, sin embargo, que hay casos en que el legatario gana los frutos desde que se abre la sucesión, sin necesidad de pedir la entrega.

Se ha resuelto que el legatario que es puesto en posesión á ciencia y paciencia de los herederos que tienen la ocupación, hace suyos los frutos que percibe; se admite que en este caso, hay entrega tácita (núm. 44). Hemos objetado el principio y rechazamos la consecuencia que se de-

1 Bruselas, 16 de Mayo de 1829 (*Pasicrisia*, 1829, pág. 179 y Dalloz, núm. 3,732).

duce de él; á menos que no resulta de los hechos y circunstancias que realmente hay entrega tácita, como lo declaró el tribunal de Bruselas; (1) entonces, se vuelve al texto y espíritu de la regla general.

La misma cuestión ocurre cuando el legatario estaba en posesión con ocasión del fallecimiento del testador y le han dejado en ella los herederos, y nosotros le damos la misma solución. Hay un fallo del tribunal de Bruselas en favor del legatario. En el caso de que se trataba, el legatario era locatario; desde el momento del fallecimiento, dijo el tribunal, se hizo propietario, y como no se puede ser locatario de cosa propia, se invirtió el título de su posesión; desde ese momento poseyó, pues, como legatario, y así debe hacer suyos los frutos; si la ley los atribuye, en general, al heredero, es porque supone que está poseyendo; pero si no posee, tampoco puede tener frutos. (2) Creemos que la resolución se funda en una idea falsa de la entrega. Esta no sólo tiene por objeto la tradición; si el heredero debe hacer la entrega y se percibe los frutos hasta que la haga es porque la entrega importa una aprobación del legado (núm. 62). No es, pues, decir verdad el asegurar que el título del legatario se invierte con la apertura del testamento, ni tampoco lo es que por el consentimiento del heredero; mientras éste no le haya hecho la entrega, el legatario posee como locatario, y por lo mismo debe pagar el alquiler. Hay fallos en el sentido de nuestra opinión. (3) El tribunal de Lieja dice muy bien que el legatario que

1 Bruselas, 27 de Julio de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 192). Compárese con lo resuelto en Limóges á 12 de Diciembre de 1837 (Daloz, núm. 3,733).

2 Bruselas, 24 de Marzo de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 86 y Daloz, núm. 3,817, 2º). Compárese con lo resuelto en Riom á 11 de Abril de 1856 (Daloz, 1857, 2, 22. El fallo no da motivos). Grenier, t. 2º, pág. 687, núm. 301.

3 Paris, 25 de Marzo de 1829 (Daloz, núm. 3,633). Lieja, 3 de Diciembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1867, 2, 281).

detiene la cosa legada á título de locatario no puede aspirar al beneficio de una excepción que la ley no consagra y que la autorizaria, con perjuicio de la ocupación legal, para transtornar la causa de la posesión sin la intervención del heredero, llamado á consentir en la entrega.

83. Se resolvió ya que el heredero reservatario á quien se mejoró con un legado no debe pedir la entrega de la cosa legada. Tiene la ocupación, dicen, y posee: ¿puede reclamar una posesión que ya tiene? ¿Y contra quién procederá? ¿Contra sí mismo? (1) Distan mucho de ser concluyentes estos motivos que dió el tribunal de Montpellier. Para que ocurra la cuestión, es menester suponer que hay varios herederos; el que al propio tiempo es reservatario y legatario no está en posesión más que de su parte hereditaria, no posee la cosa como legatario, sino proindiviso con sus coherederos, los cuales tienen derecho en combatir el legado; por consiguiente, deben consentir en la entrega. En el derecho antiguo, se confesaba que tal era la opinión más jurídica, pero se la creía rigurosa. (2) Enhorabuena; mas sólo al legislador toca moderar el rigor del derecho.

84. ¿Equivale á entrega la ejecución parcial de un legado? Sí, porque el heredero que ejecuta el legado, aunque sea parcialmente, reconócele, consiente en su entrega y tal consentimiento y aprobación constituyen la entrega misma. En este sentido hay un fallo, (3) y también es esa la opinión de los autores, menos Coin Delisle, que invoca los principios generales de las obligaciones. Cuando se reconoce convencionalmente una deuda, dice, y el acreedor concede un plazo al deudor sin estipular intereses, ningún

1 Montpellier, 3 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1860, 2, 38). En el mismo sentido, pero sin motivos, Riom, 11 de Abril de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 22).

2 Grenier, t. 2^o, pág. 697, núm. 303.

3 Montpellier, 3 de Agosto de 1825 (Dalloz, núm. 3,877).

derecho tiene á ellos. (1) Nos parece que nada tiene que ver el derecho común en esto. Conforme al artículo 1,154, es necesaria la demanda judicial para que corran los intereses, ó bien un convenio especial. La ley no sigue este principio en materia de ocupación. No se requiere que el legatario demande intereses, bastando sólo con que pida la entrega. Tampoco es necesario que haya convenio especial para que el legatario tenga derecho á ellos, pues basta que se le consienta esa misma entrega. Por tanto, el consentimiento en ella del heredero es el que da al legatario derecho á los frutos é intereses. Ahora bien, la ejecución del legado es un consentimiento tácito, más enérgico aún que el expreso. Esto es decisivo, y no es excepción, sino aplicación de la regla.

85. Los autores y la jurisprudencia están de acuerdo para resolver que el legatario tiene derecho á los frutos é intereses caídos antes de demandar la entrega, cuando estuvo impedido para entablar su demanda por dolo del heredero que, conociendo la existencia del testamento, se le ocultó al legatario. Es cierto que éste tiene una acción contra el heredero; pero es menester precisarla. No basta por lo pronto, como lo dice Grenier, que el legatario haya ignorado que existía el testamento; la equidad exigiría indudablemente que tuviese derecho á los frutos, puesto que no ha podido entablarse demanda de entrega, pero la equidad no da acción, ni puede quitar al heredero derechos que le vienen de la ocupación. (2) Los autores antiguos exigen que haya dolo. (3) Pothier dice que el legatario debe probar cualquier artificio empleado por el heredero para

1 Troplong, núm. 1,883, t. 2º, pág. 163. En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 468, núm. 16 del artículo 1,015.

2 Grenier t. 2º, pág. 674, núm. 297. En sentido contrario, Vazeille, t. 3º, pág. 47, núm. 2 del artículo 1,014.

3 Domat, *Leyes civiles*, parte 2ª, lib. 4º, sec. 8ª, núm. 3. Pothier, *Introducción al título 16 de la costumbre de Orleans*, núm. 96.

ocultarle el legado é impedirle así entablar su demanda. El heredero, pues, queda obligado por razón de su propio dolo, lo cual quiere decir que debe daños y perjuicios. Así el legatario no puede demandar los intereses y frutos percibidos, sino limitarse á los daños y perjuicios que estimará el tribunal. Estos pueden exceder del valor de los frutos percibidos, en el cual caso resolvió el tribunal de Bruselas que el legatario tiene derecho á que se le indemnice de todo el perjuicio que le hubiere causado el dolo, y por consiguiente á los intereses é interés de los intereses. (1)

§ IV. OBLIGACIONES DE LOS LEGATARIOS.

ARTICULO 1.—*Del pago de las deudas.*

Núm. 1. Qué legatarios están obligados á las deudas.

86. Por lo general todo sucesor á título universal esté obligado á las deudas, y no lo están los sucesores á título particular. La razón es que las deudas son carga de la universalidad de los bienes; y así todos los que suceden en la totalidad ó una parte alícuota deben soportar las deudas con que los bienes estén gravados, ora por el todo si los reciben todos, ora por la parte correspondiente á la que reciban en el activo. Pero las deudas no son carga de los bienes particulares, y los acreedores no tienen acción alguna á esos bienes desde que salieron del patrimonio de su deudor; de donde se sigue que los sucesores á título particular no pueden estar obligados por las deudas. La sala de casación consagró este principio en un fallo de importancia que no aceptamos sino con reserva, pero el principio es incuestionable: “El derecho á una parte de la sucesión implica la obligación de soportar una cantidad pro-

1 Bruselas, 11 de Mayo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 219). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 29 de Junio de 1815 y á 12 de Abril de 1817 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 426, 1817, pág. 367 y Dalloz, número 3,851, 1º y 2º).

porcional de las deudas y de las cargas. Este derecho y esta obligación son consecuencias correlativas de todo título sucesivo universal. Bajo este concepto, no se puede distinguir entre el legatario universal que, concurriendo con un heredero en reserva, está obligado á pedirle la entrega, y el legatario universal que, no concurriendo con heredero reservatario, tiene de pleno derecho la posesión de la entrega. Por último, tampoco hay que distinguir entre el legatario universal y el legatario á título universal. Estos diversos legatarios son como los herederos mismos, verdaderos sucesores á título universal que tienen los propios derechos y están sujetos á las propias cargas." (1) El principio está bien formulado, pero la sala le da una extensión muy lata; es verdadero en cuanto á la obligación de pagar las deudas, pero no en cuanto á la extención de esa misma obligación. Por de pronto, no hablamos sino del principio que obliga á los sucesores á título universal á soportar las deudas en razón del carácter universal de su título.

1. De los legatarios universales.

87. Cuando, al morir el testador, no hay heredero reservatario, el legatario universal tiene de pleno derecho la ocupación por la muerte del testador (art. 1,006). Esta disposición nada dice de la obligación que incumbe al legatario en cuanto al pago de las deudas; pero el silencio mismo de la ley tiene su significación. El legatario es un heredero testamentario; la transacción expresada por el artículo 1,006 tenía por objeto poner al heredero del hombre en la línea que el de la ley; y, conforme al artículo 724, los herederos legítimos tienen de pleno derecho *la ocupación* de los bienes, derechos y acciones del difunto, *con la obligación de pagar todas las cargas de la herencia*. Así, la obligación de

1 Casación, 13 de Agosto de 1851 (Daloz, 1851, 1, 281).

pagar las deudas y cargas, es inherente la *ocupación*: quien dice sucesor *con la ocupación*, dice por esto mismo sucesor obligado por las deudas. El principio es importante, y ya veremos sus consecuencias. Bastaba, pues, decir, en el artículo 1,006, que el legatario universal tiene la posesión, para que se sobreentendiera que está obligado por las deudas. Por eso la ley creyó inútil decirlo.

En cuanto al legatario universal que concurre con un heredero á quien la ley reserva una parte de los bienes, el artículo 1,009 dice que está obligado á las cargas y deudas de la herencia, personalmente por su parte y porción é hipotecariamente por el todo. En esta hipótesis, el legatario no tiene la posesión, ni está por tanto obligado á las deudas como sucesor que tenga la ocupación, en virtud del artículo 724, sino que está obligado á ellas por ser sucesor universal. La ley dice que lo está *personalmente*; ¿quiere decir esto que ha de estarlo indefinidamente ó *ultra vires*, como se dice en el lenguaje escolástico? Ya volveremos á este punto. Lo cierto es que los acreedores tienen una acción personal contra los legatarios. Dicha acción no implica que estén obligados á las deudas como representantes de la persona del difunto; la acción personal nace de la aceptación del legado, aceptación con la cual se obliga al legatario á pagar su parte de las deudas; y toda obligación engendra una acción personal. La ley opone la acción hipotecaria á que está obligado el legatario si detiene un inmueble gravado con una hipoteca en favor de un acreedor del difunto. Nos remitimos sobre este particular al título de las *Hipotecas*.

88. La ley dice que el legatario universal está obligado á las deudas y cargas. En el título de las *Sucesiones*, hemos dicho la diferencia que hay entre *cargas y deudas*. (1) Se ha querido sostener que los gastos de inventario, liqui-
Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 69, núm. 55.

dación y partición de la herencia deben pesar exclusivamente sobre el legatario, porque el deseo de la ley es que no se gaste la reserva (art. 1,016). M. Hardin, consejero informante de la sala de casación, dice muy bien que esto no es formal. Tales gastos se hacen por interés común; ¿puede el reservatario ejercer su derecho sin la partición y las operaciones que le preceden? Puesto que los gastos interesan á todos los coparticipes, hay que tomarlos de la misma herencia, y entonces cada quién contribuirá en proporción á su derecho hereditario. (1)

La palabra *cargas*, en su aceptación más lata, comprende también á los legados; y trataremos de esto aparte.

89. El artículo 1,009 dice que el legatario universal está obligado á las deudas y cargas por su parte y porción, es decir, en proporción á la parte que le corresponde en la herencia, y así por mitad si concurre con un hijo del difunto, y por los tres cuartos si concurre con un ascendiente. Lo mismo sucedería cuando el legatario universal estuviera gravado con el legado, porque el artículo 1,009 añade que está obligado á pagar todos los legados, lo cual quiere decir que su emolumento deberá reducirse en un tanto igual, pero no está obligado á las deudas en proporción á su emolumento, sino en proporción á su derecho hereditario. (2)

II. De los legatarios á título universal.

90. El artículo 1,012 dice: "El legatario á título universal estará obligado, lo mismo que el universal, á las cargas y deudas de la herencia del testador, personalmente por su parte y porción é hipotecariamente por el todo." Cuando la ley compara al legatario á título universal con el legatario universal, supone que éste concurre con herederos

1 Denegada, 29 de Junio de 1861 (Dalloz, 1862, 1, 288).

2 Troplong, t. 3º, pág. 150, núm. 1,839.

reservatarios, caso previsto por el artículo 1,009. En efecto, comparando las disposiciones de los artículos 1,009 y 1,012, se ve que es idéntica la redacción en lo que concierne á la obligación de pagar las deudas. Ya hemos notado que el legatario universal que concurre con reservatarios no es de hecho más que legatario á título universal, que teniendo iguales derechos, debe tener también las mismas obligaciones.

91. ¿Cómo se aplica el principio cuando hay un legatario universal de todos los inmuebles ó de todo el mobiliario? Se pregunta desde luego si el legatario del activo mobiliario no está obligado á las deudas muebles y el legatario de inmuebles á las inmuebles. Bajo el régimen de comunidad, la ley hace esta distinción; la comunidad aprovecha al activo mueble, y está obligada con las deudas muebles (art. 1,401, núm. 1, y 1,409, núm. 1); mientras que los inmuebles continúan siendo propios de los esposos, así como las deudas inmuebles. La distinción es poco jurídica, como lo veremos en el título del *Contrato de matrimonio*; hasta el mismo código la hace á un lado cuando se trata de sucesiones caídas para los esposos; siguiendo entonces el principio más racional conforme al cual el que se aprovecha de una sucesión debe soportar sus cargas, sea cual fuere su naturaleza. Este principio es el que hay que aplicar al legatario á título universal, el cual queda obligado en razón de su parte y porción, dice el artículo 1,012, y así con todas las deudas, sean muebles ó inmuebles. Nosotros decimos que este principio es más justo; pues, efectivamente, en derecho moderno, hay pocas deudas inmuebles, de suerte que si se pusiera á cargo del legatario del mueble las deudas muebles, debería de hecho soportar todas las deudas, aun sin recibir más que una pequeña parte del activo. (1)

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 175 y nota 8. Duranton, t. 9º, pág. 229, núm. 213. Demolombe, t. 21, pág. 547, núm. 600.

Subsiste una dificultad de cálculo; el legado de los inmuebles ó del mobiliario, ó de una parte fija de los unos ó del otro debe estimarse y después compararse con el valor de toda la herencia. Esto es lo que llaman tasación.

92. El artículo 1,012 dice que el legatario á título universal está obligado por *su parte y porción*, mientras que el artículo 871 dice que el legatario á título universal contribuye con los herederos *á prorata de su emolumento*. ¿Debe entenderse por *emolumento* lo que le queda al legatario, deducidas las cargas de que está gravado su legado? Deja el difunto dos hermanos, un legatario del tercio de los bienes y una fortuna de 60,000 francos; quedando el legatario con la carga de un legado de 10,000 francos. Si sólo se tiene en cuenta la parte hereditaria, el legatario quedará obligado al tercio de las deudas; si se estima el legado deduciendo la carga, no quedará obligado más que por el quinto. Hay autores que se atienen á la letra de la ley y enseñan que el artículo 871 habla de la *contribución* de los diversos sucesores entre sí; concluyendo de ahí que el legatario, en sus relaciones con sus cosucesores, no debe contribuir para las deudas sino en proporción de un emolumento, y por consiguiente, en un quinto, en el ejemplo que acabamos de proponer; mientras que el artículo 1,012 prevee las relaciones del legatario con los acreedores, relativamente á los cuales, queda obligado en razón de su parte hereditaria, y consiguientemente por el tercio, en nuestra hipótesis. (1) En el título de las *Sucesiones*, hemos dicho que la redacción de las disposiciones concernientes al pago de deudas es tan inexacta, que se debe corregirla á cada paso cuando se quieren establecer principios jurídicos y racionales. Además, no es en el título de las *Sucesiones* donde se debe tratar de la materia, á lo menos en

1 Toullier, t. 2º, 2, pág. 335, núm. 520; Troplong, t. 2º, pág. 157, núm. 1,858.

cuanto á los legatarios, sino en el título de las *Donaciones y Testamentos*. Es menester, pues, atenerse al artículo 1,012, que está concebido en términos generales y no distingue entre el pago de deudas y la contribución, como no había razón para distinguir. Dejando un legado á cargo y exclusivamente de un legatario á título universal, el testador tuvo ciertamente la voluntad de disminuir en el mismo tanto el valor de ese legado. Ahora bien, si pudiera un legatario deducir de su parte el valor del legado, para fijar la porción con que debe contribuir para las deudas echaría sobre la masa, es decir, sobre los demás sucesores, la carga que él sólo debe soportar. (1)

III. De los legados particulares.

1. Principio.

93. El artículo 1,024 dice que el legatario particular no está obligado por las deudas de la sucesión. Esto es consecuencia del principio general relativo al pago de deudas: sucesor á título particular, no puede quedar obligado á ellas el legatario, como no lo están el donatario ni el comprador. Sin embargo, esto, desde el punto de vista de la teoría, es una anomalía singular. Cuando el difunto dispone de sus bienes por testamento y muere dejando deudas, la razón exigiría que todos aquellos á quienes beneficia contribuyeran para el pago de esas deudas en proporción á los bienes que reciben. Pero, he aquí que los menos beneficiados por él, puesto que no les lega sino bienes particulares, son privilegiados á expensas de los mejor beneficiados, puesto que se les instituyó herederos por el todo ó por una parte. La ley sigue otro principio cuando se trata del pago de la reserva; sometiendo todos los legados

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 475 nota 9. Duranton, t. 7º, pág. 613, núm. 425.

á reducción, sin distinción entre universales y particulares (art. 926). Este principio nos parece más justo.

94. Es dudoso á veces si el legado es universal ó particular; y entonces hay que consultar la mente del testador. Instituye éste legatario universal á la sobrina de su mujer, con tales muestras de agradecimiento, que evidentemente había querido asegurar para toda su fortuna; pero tenía también el orgullo de su raza, y añadió que los bienes inmuebles que dejaba al legatario, debería dejarlos ésta, al morir, á una persona ligada por la sangre con el testador. Era esto una sustitución, que los herederos legítimos hicieron que se anulara, y recibieron de ese modo la mayor parte de los bienes, contra la voluntad del difunto. Quisieron más: al liquidarse la herencia, alegaron no ser más que sucesores á título particular, exentos, como tales, del pago de deudas, que debían gravitar por el todo en el legatario universal. Creemos que en derecho estricto, tenían razón; pero la equidad se volvió contra el derecho, y halló un medio de dar un color jurídico á su resolución. En tésis general, dijo el tribunal de Poitiers, las deudas pesan sobre la herencia entera, y los bienes que la componen están destinados para pagarlas. No, no es tal el principio que la ley sigue, sino que ésta se sujeta á la naturaleza de las disposiciones. Si deja el difunto una fortuna de cien mil francos, un legatario universal y legados particulares que comprendan la mitad de la herencia, ¿toda ésta soportará las deudas? No, los legatarios particulares, aunque perciban la mitad de los bienes, no soportarán un céntimo del pasivo; mientras que el legatario universal, á quien sólo queda la mitad de los bienes, será el único obligado por las deudas. Era necesario ver, en el caso, si los herederos eran sucesores á título particular ó á título universal. El tribunal dijo que había sido voluntad del testador

que la totalidad de las cargas pesara sobre la totalidad de los bienes. Esto es formular mal la mente del testador: él instituía un legatario universal, y naturalmente ese legatario quedaba obligado á todas las cargas. El tribunal añadió que dividiéndose la herencia, no conservando el legatario más que los muebles y los herederos legítimos los inmuebles, debían éstos, conforme á la intención del testador, soportar una parte proporcional en las deudas. No, no es menester atender á lo que reciben los herederos, es menester atender al título con que reciben; y lo que reciben son inmuebles determinados; y por consiguiente eran sucesores á título particular. El tribunal objeta que como herederos habían obrado los parientes legítimos y obtenido que se anulara la sustitución; mas la calidad de heredero es un título universal, y esto parece decisivo. En realidad, esto no resuelve nada. ¿Qué importa que los parientes obren como los herederos? Esto concierne al derecho que tenían para obrar. ¿Qué obtuvieron en virtud de aquel derecho? Inmuebles particulares, y por tanto eran sucesores particulares. La sala de casación confirmó el fallo; pero creemos que entró por mucho el favor en esa resolución (1)

95. El artículo 1,024 añade: "A salvo la acción hipotecaria de los acreedores." No hay para qué decir que si el inmueble legado está hipotecado, conservan los acreedores el derecho que les da la hipoteca. ¿Cuál es ese derecho? Los acreedores hipotecarios tienen dos, la acción personal contra el deudor y la acción real contra el detentador del inmueble hipotecado. Contra el legatario particular no tiene acción personal, puesto que no es deudor, y así no pueden proceder contra él sino por la acción hipotecaria. Esta acción tiende á la expropiación del detenta.

1 Poitiers, 15 de Mayo de 1855 (Dalloz, 1855, 2, 359) y denegada,

dor, y no puede evitarlo éste más que cediendo ó pagando; la cesión conduce igualmente á la expropiación, puesto que la ocupación se persigue contra el curador nombrado para el inmueble hipotecado, y el pago es una evicción. En cualquier hipótesis, el legatario pagará directa ó indirectamente una deuda que no es la suya. Es menester, pues, aplicar el artículo 1,251, según el cual, aquél que obligado por otros paga una deuda, se subroga en los derechos del acreedor. El artículo 874 lo dice terminantemente: "El legatario particular que pagó la deuda con que estaba gravado el inmueble queda subrogado en los derechos del acreedor contra los herederos y sucesores á título universal. Se supone, y esto es caso ordinario, que la deuda por la cual se hipoteca el inmueble era deuda del difunto, la cual pasa á sus herederos, que están personalmente obligados por ellas. Si la deuda se hubiera contratado en provecho de un tercero, siempre quedaría sometido el legatario á la acción hipotecaria, pero no tendría recurso, en virtud de la subrogación, contra los herederos, puesto que no son deudores, sino que se subrogaría en los derechos del acreedor contra el tercero deudor.

Tales son los principios consagrados por los artículos 1,251 y 874. Se ha creído que los derogaba el artículo 1,020, que dice: "Si, antes ó después del testamento, se hipotecó la cosa legada por una deuda de la herencia, ó aun por la de un tercero, ó si se gravó con un usufructo, el que debe pagar el legado no está obligado á redimirla, á menos que esté encargado de hacerlo por una disposición expresa del testador." Nada tiene de común esta disposición con el pago de la deuda: es una consecuencia del principio establecido por el artículo 1,018, conforme al cual la cosa legada se entrega en el estado en que se halla el día del fallecimiento del testador. Si éste lega una cosa hipotecada, recibirá el legatario una cosa hipotecada, así como no reci-

birá más que la nuda propiedad de la cosa legada si la gravó el testador con usufructo. En el derecho antiguo, se buscaba la intención del testador, y se hacían distinciones para decidir si los deudores del legado debían entregar la cosa desgravada de derechos reales que había consentido el difunto; el código, zanja la dificultad. Tal es el único objeto del artículo 1,020, el cual es absolutamente ajeno á la cuestión de saber cuáles son los derechos del legatario que sale vencido por la acción hipotecaria. Tal es la interpretación generalmente admitida, y está consagrada por la jurisprudencia. (1)

2. Excepción.

96. El testador puede encargar al legatario particular que pague una deuda, como puede imponerle cualquier otra carga, á salvo el derecho del legatario para repudiar el legado si la encuentra excesiva. Si acepta, se obliga á desahogar la carga, y si falta á esa obligación, puede revocarse el legado (arts. 1,046 y 945). Se ha resuelto, y en ello no cabe duda, que el legatario de inmuebles, á quien se gravó con una carga, queda obligado á ella, aun en el caso de que por fuerza mayor pierda los inmuebles que se le legaron. (2) En efecto, no es como detentador de esos inmuebles como está obligado, sino en virtud de la obligación que contrajo al aceptar el legado; la pérdida de los inmuebles legados afecta al propietario, pero no le quita al legatario sus obligaciones.

97. La carga puede resultar de la naturaleza misma de la cosa legada. Si ésta consiste en una herencia dejada al

1 Grenier, t. 2º, pág. 753, núm. 317, y los autores citados por Aubry y Rau (t. 6º, pág. 179, notas 18 y 19). Dalloz, núm. 4,011. Demolombe, t. 21, pág. 595, núm. 657. Compárese con un fallo bien motivado de Burdeos de 31 de Enero de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 131).

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 6º, núm. 5 bis (t. 16, pág. 469).

testador, ó en su parte de unos gananciales, ó en una sociedad, ó en una totalidad jurídica cualquiera, que comprenda un activo y un pasivo, el legatario recibe la cosa tal como la poseía el testador, es decir, no sucede sólo en el activo, sino también en el pasivo. La ley lo dice de la venta de una herencia (art. 1,698), y lo que es cierto de la venta lo es también de la donación entre vivos ó testamentaria. No los bienes hereditarios forman el objeto de la venta ó del legado, sino la herencia, que está compuesta de un activo y un pasivo; el legatario no puede repudiar las deudas limitándose á los bienes hereditarios, porque esto sería cambiar la naturaleza y el objeto de la cosa legada. No sería lo mismo si el testador hubiese legado los bienes que forman parte de la sucesión; en este caso los tomaría el legatario, y las deudas quedarían á cargo de los representantes del difunto. (1)

98. Hay deudas inherentes á los legados. El artículo 1,017 dice que los derechos de registro debe pagarlos el legatario. Lo mismo hay que decir de los derechos de sucesión: aquél que adquiere por acto de última voluntad debe naturalmente pagar el impuesto con que la ley grava esta manera de adquisición. Se pregunta si los honorarios del notario que extendió el testamento deben pagarse por los legatarios. Se resolvió, y con razón, que es una deuda del testador que pasa á sus herederos; siguiéndose de aquí que los legatarios particulares no están obligados á ese pago. Sería distinto si se tratara de los gastos de expedición del testamento, los cuales deben ser pagados por el legatario, puesto que es quien pide esa expedición y quien se aprovecha de ella. (2)

99 Ocurre una dificultad más grave. Admítese que las

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 178 y nota 16, y todos los autores. Véase una aplicación del principio en un fallo del tribunal de Lieja de 4 de Febrero de 1833 (*Pasicrisia*. 1833, 2, 37).

2 Nîmes, 17 de Junio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 129).

deudas contraídas por el difunto para adquirir, conservar ó mejorar la cosa legada no son carga del legatario particular. El principio no es dudoso, pero su aplicación ha dado lugar á una cuestión que sí lo es, y mucho. Después de legar el testador un inmueble, le da en arrendamiento con la condición de que el arrendatario hará en él construcciones cuyo valor se le reembolsará al concluir el arrendamiento. Se hacen esas construcciones y el arrendatario muere en el curso del arrendamiento.

Conforme al artículo 1,019, el legatario tendría derecho á las construcciones; y si fué el testador quien las hizo, no quedaría á cargo del legatario la fecha que aquel hubiere estipulado; esto es indudable, puesto que toda duda personal pasa á los herederos. Pero, en nuestro caso, las construcciones habían sido obra del locatario; y el arrendamiento que hace del inmueble legado el testador, pasa al legatario; estando éste sujeto á las obligaciones del arrendador, ¿debía pagar el valor de unas construcciones que una cláusula del contrato dejaba á cargo del arrendatario? La cuestión fué resuelta negativamente por el tribunal de París y después por el de casación. Sucede con frecuencia que un mismo instrumento contiene estipulaciones de naturaleza esencialmente diversa. Tal era el arrendamiento sobre que se litigaba, el cual comprendía por principio un contrato de arrendamiento, y después una venta á término de las construcciones que tuviera que hacer el locatario, y que compraba el arrendador por el precio fijado ya de antemano; era, pues, como si él mismo las hubiese hecho, y en tal virtud la deuda que contraía por este capítulo era una deuda personal que pasaba á sus herederos. Estos objetaban que la deuda era la accesoria de un arrendamiento y que, como tal, era carga del legatario, causahabiente del testador en lo relativo al arrendamiento. Se respondía que, aunque accesoria á un contrato de

arrendamiento, era la cláusula de naturaleza absolutamente distinta del arrendamiento, y que cada contrato debe regirse por los principios peculiares á él. La cuestión dividió á la sala de casación, la cual sólo se decidió por la resolución dictada por el tribunal de París, después de un primer fallo de partición y siguiéndose las conclusiones del ministerio público. (1)

Núm. 2. ¿Cómo están obligados por las deudas los legatarios?

100. La cuestión es de si los legatarios universales y á título universal están obligados por las deudas *ultrà vires*, ó sólo hasta donde concurra el valor de los bienes que reciben. Cuando los legatarios universales concurren con herederos no reservatarios, no hay duda alguna, pues entonces se asimilan á los herederos legítimos; el artículo 1,006 dice que de pleno derecho entran en la posesión por la muerte del testador, así como el artículo 724 dice de los herederos legítimos que de pleno derecho entran en la ocupación de los bienes, derechos y acciones del difunto. Ahora bien, la ocupación es la expresión del vínculo personal que la herencia establece entre el sucesor y el difunto, quienes no forman más que una sólo personalidad, en cuanto á que se verifica una confusión de personas é intereses, siendo la consecuencia de ello que el sucesor debe estar sujeto á las deudas como lo estaba el difunto, es decir, indefinidamente; en este sentido el artículo 724 dice que los herederos legítimos tienen la ocupación con la condición de pagar *todas las cargas de la herencia*. Tal es la disposición en que se funda la obligación que incumbe á los herederos de pagar las deudas *ultrà vires*. La misma disposición es aplicable al legatario universal, que tiene la ocupación, puesto que los términos del artículo 1,006 son los del artículo 724. ¿Qué importa que el artículo 1,006 no

¹ Denegada de la sala de lo civil, 27 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 436).

agregue ninguna condición del pago de *todas las cargas*? Esta condición es consecuencia de la ocupación. Decir que el legatario tiene ésta, es lo mismo que decir que está obligado por las deudas, como lo están los herederos.

Esto se halla también en armonía con el espíritu de la ley. El artículo 1,006 es una transacción entre el derecho escrito y el consuetudinario, que pone al heredero testamentario en la misma línea que el legítimo, al conceder la ocupación; debía imponerle también la carga anexa á la ocupación. Esto no es dudoso. (1)

101. Cuando el legatario universal concurre con herederos reservatarios, no tienen la ocupación; ¿será menester que tampoco está obligado *ultrà vires*? Creemos que los legatarios sin la ocupación no están obligados por los dueños sino hasta la concurrencia del valor de los bienes que adquiere; esto, sin embargo, está muy dudoso; la sala de casación se declaró por la opinión contraria, y los autores se hallan divididos.

Nosotros tomamos nuestra razón para resolver del tenor y del espíritu de la ley. No hay en el código más que un artículo que sujeta á los sucesores del difunto á la obligación que tenía esto mismo de pagar las deudas indefinidamente, es decir, de pagar toda la deuda, aun cuando el pasivo exceda del activo; tal es el artículo 724. En virtud de esa disposición es como los herederos legítimos están obligados *ultrà vires*; y en virtud de la misma los herederos universales deben pagar las deudas también *ultrà vires* cuando se asimilan á los herederos legítimos. ¿Por qué los herederos legítimos y testamentarios quedan obligados indefinidamente? El artículo 724 lo dice, porque es una *condición anexa á la ocupación*. El principio es, pues, que el sucesor está obligado *ultrà vires* cuando tiene la *ocupación*. Siguese de aquí que los sucesores que no la tienen no están obli-

1 Duranton, t. 7º, pág. 33, núm. 14 y todos los autores.

gados *ultrà vires*. El artículo 724 lo dice también implícitamente, añadiendo que los sucesores irregulares no tienen la ocupación, y deben pedir la posesión; pero no dicen que con la condición de pagar todas las cargas. De donde se ha inferido que no deben pagar las deudas sino hasta la concurrencia de su emolumento. El principio es, pues, que los sucesores sin la ocupación no están obligados *ultrà vires*. (1)

Tal es el texto. El espíritu de la ley conduce á la misma conclusión. ¿Por qué la ocupación tiene como consecuencia la obligación de los herederos de pagar las deudas *ultrà vires*? En lo general, el deudor está obligado indefinidamente, porque su persona es á la que él obliga; sus bienes no están obligados sino á título de accesorio, y la persona queda obligada en virtud de la obligación que contrajo, hasta la completa extinción de la deuda. Si muere el deudor, ¿cuál será la obligación de sus sucesores? Conforme á la teoría del código que acabamos de resumir, se distingue: los sucesores que tienen la ocupación quedan obligados *ultrà vires* mientras que los que no la tienen no están obligados sino hasta donde concorra el valor de los bienes que reciban. ¿Qué relación hay entre la ocupación y la obligación ilimitada de pagar las deudas? Se ha creído que ninguna había. Poco importa, dicen, la manera como los sucesores adquieren la posesión, que sea de pleno derecho en virtud de la ley, ó á consecuencia de una demanda de entrega, ó de una sentencia judicial; el efecto es el mismo, el sucesor posee en un caso lo mismo que en otro, y no hay por lo tanto razón para aplicar consecuencias distintas á la adquisición de la posesión, según que el sucesor tenga ó no la ocupación. (2) La objeción prueba que los intérpretes

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios* pág. 70, núm. 56.

2 Véase la nota de la *Colección periodica* de Dalloz. 1851. 1, 281.

modernos no comprenden ya el sentido profundo de la ocupación consuetudinaria. Supónese que la ocupación no es más que la posesión, mientras que ésta no es más que la señal exterior del vínculo que une al heredero con el difunto; las dos personas no forman más que una; el heredero se confunde con su autor; en el origen, ambos eran copropietarios. Bajo este concepto, compréndese que el heredero esté obligado como lo estaba el difunto, porque se estima que se obligó con él. Mas esta teoría no se aplica más que á los herederos que lo son por sangre, pues es agena á los del hombre. En el sistema de las costumbres, no hay heredero del hombre, quien nada más legatarios puede instituir, pues sólo á Dios corresponde formar á los herederos. De modo que los legatarios, aun cuando fuesen universales, nunca tendrían la ocupación, y por consiguiente no estarían obligados indefinidamente con las deudas de la sucesión. Así lo enseñó Pothier en una época en que ya se había olvidado el origen histórico de la ocupación, pero en que todavía estaba vivo el principio que se deriva de él. "Los legatarios universales no están obligados por las deudas sino hasta donde concurran los bienes que ellos heredan; pero, abandonándolos, puede desembarazarse de las deudas. La razón de esto es, que no suceden á la persona del difunto, sino sólo á sus bienes; y no están obligados por las deudas sino en cuanto son ellas carga de los mismos bienes; pero no son deudores personales." (1) En este sentido se había formado la jurisprudencia, resolviendo que los legatarios no debían aceptar con beneficio de inventario, por no haberse introducido ese beneficio más que en favor de los herederos que tienen la obligación de las deudas indefinidamente. (2) La tradición está, pues, de acuerdo

1 Pothier, *De las sucesiones*, cap. 5º, artículo 3º, pfo. 1; *Introducción á la costumbre de Orleans*, tit. 16, núm. 120.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 7º, artículo 1º, número 13 (t. 16, pág. 495).

con el tenor literal y espiritual del código. Cuando concurre el legatario universal con herederos reservatarios, ¿cuál de esos sucesores sucede á la persona? El que tiene la ocupación, y por consiguiente el reservatario; el legatario sólo sucede en cuanto á los bienes, y por eso debe pedir la entrega al heredero. Con mayor razón sucede esto con los legatarios á título universal; simples sucesiones de los bienes, no pueden quedar obligados por las deudas sino en cuanto concurren con esos mismos bienes. (1)

102. La sala de casación dice que es menester dejar á un lado el derecho antiguo, porque manifestamente fué la intención del legislador modificar los principios antiguos así del derecho escrito como del consuetudinario, y no dejar subsistente *sino en cuanto á la ocupación legal*, ninguna diferencia entre las diversas personas que suceden á título universal, ó por voluntad de la ley, ó por la del hombre. (2) *Sino en cuanto á la ocupación legal!* Luego hay diferencia entre los varios sucesores; unos de ellos tienen la ocupación, y los otros no. ¿Y no es esencial y decisiva tal diferencia en lo que mira á la obligación de pagar las deudas? ¡Cosa singular! La sala no menciona sino de una manera incidental y como de paso, sin volver para nada á ella ni citar más que el artículo 724, á pesar de ser ese artículo el que trata de la materia, por considerar la ley la obligación ilimitada de pagar las deudas como condición, ó si se quiere, como consecuencia de la ocupación. La cuestión histórica es, pues, la siguiente: ¿han modificado los artículos del código el principio del derecho antiguo que distingue los sucesores de los bienes de los sucesores de la persona? Por el contrario, formuláronle en el artículo 724, que

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 171, notas 3 y 4. pfo. 733 y los autores en sentido diverso que él cita. Conviene añadir á Demolombe, tomo 15, pág. 113, núms. 115 y siguientes. Compárese á Dalloz, números 3,680 y siguientes.

2 Casación, 13 de Agosto de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 283).

claramente distingue entre los herederos que tienen la ocupación, sucesores de la persona, obligados como tales *ultrà vires*, y los hijos naturales, el cónyuge supérstite y el Estado, sucesores de los bienes, sin la ocupación, y obligados tan sólo en razón de los bienes que suceden y hasta la concurrencia de los mismos. ¿Por ventura establecería el legislador otro principio en el título de las *Donaciones y Testamentos*?

La sala dice que, á pesar de las diferencias de nombre, la asimilación entre los sucesores á título universal, resulta del artículo 1,002, que no subordina los efectos de las disposiciones testamentarias, universales ó á título universal, á sus denominaciones de *institución de heredero* ó de *legado*. Sí, en nuestro derecho actual, á diferencia del antiguo, puede el testador disponer indiferentemente con la denominación que él quiera; ¿es esto decir que no hay diferencia entre las diversas disposiciones testamentarias? El artículo 1,002 no dice tal, sino todo lo contrario, pues añade: "Cada una de estas disposiciones producirá su efecto conforme á las reglas establecidas ya para los *legados universales*, para los *legados á título universal* y para los *legados particulares*." Luego hay diferencia, y hay sobre todo una considerable, cual es la de que hay legatarios con la ocupación, y otros sin ella; hay legatarios obligados para las deudas, y otros sin obligación. La ley no asimila, pues, ni confunde todas las disposiciones testamentarias. Tal no es el objeto del artículo 1,002, ni su sentido; y tan evidente es esto, que es inútil insistir en este punto. He ahí el primer artículo que no dice lo que ha querido la sala de casación que diga.

La misma sala dice también que la asimilación entre los sucesores á título universal resulta con más particularidad en *términos expresos*, en lo que mira á la sujeción á las deudas y cargas de la herencia, de concordar el ar

tículo 1,017 con los artículos 873, 1,009 y 1,012. ¿Qué dice el artículo 1,017? “Los herederos del testador y otros deudores de un legado estarán obligados *personalmente* á pagarle, cada uno á *prorata* de la parte y porción *que aprovecharán en la herencia*.” La sala ve en estos términos una *restricción* de la obligación de los herederos y legatarios sujetos al pago de los legados, estando limitada tal obligación al *provecho* que los herederos y legatarios saquen de la herencia en razón de la parte que en ella tomen. ¿Es realmente ese el objeto y significación del artículo 1,017? El artículo contiene otro párrafo que la sala descuida y que sirve para explicar el primero: “Los herederos y otros deudores de mi legado están obligados hipotecariamente *por el todo* hasta donde concurra el valor de los inmuebles de la herencia de que sean detentadores.” El fin del artículo 1,017 es, pues, dar á los legatarios una acción personal y otra hipotecaria contra los deudores del legado: ésta se ejercita por el todo, y aquella se divide entre los diversos deudores; ¿y conforme á qué principio? Conforme al principio de derecho común que divide las deudas y cargas de la herencia entre los sucesores, en atención á la parte que les corresponde en ella ¿Dónde está, pues, la *restricción*? ¿En la palabra *aprovechar*? Ella es sinónimo de *de tomar* y no significa por cierto que los deudores de un legado no quedarían obligados sino hasta donde concurriera su emolumento. Ya volveremos á ocuparnos en este punto al tratar del pago del legado. Los diferentes deudores de un legado están obligados distintamente según su título como lo están distintamente por las deudas.

En cuanto á los artículos 873, 1,009 y 1,012, la sala, por oposición al artículo 1,017, los hace decir que el legatario universal en concurrencia con un heredero reservatario y el legatario universal están, *sin restricción y exactamente como los herederos mismos*, obligados por las deudas y cargas

de la herencia, *personalmente por su parte y porción* é hipotecariamente por el todo; y deduce de aquí la sala que todos los sucesores á título universal están obligados por las deudas indefinidamente, *ultrà vires*. El artículo 873 dice, efectivamente, que los herederos *ab intestato* están obligados por las deudas y cargas de la herencia, personalmente su parte y porción é hipotecariamente por el todo; y los artículos 1,009 y 1,012 dicen lo mismo del legatario universal que concurre con un heredero reservatario y del legatario á título universal: he ahí, en términos expresos, la asimilación de que acaba de hablar la sala. Sí, pero es necesario ver en dónde está la asimilación. Según el sistema seguido por el citado tribunal, el artículo 873 querría decir que los herederos están obligados indefinidamente, ó *ultrà vires*, por las deudas y cargas de la herencia; pero esto es obligar á la ley á que diga lo que ni ha dicho ni ha bía para qué expresara. El artículo 873 contiene dos disposiciones. La primera arregla la parte en que están obligados los herederos con relación á los acreedores: lo están personalmente por su parte y porción *viril*, dice la ley. Todos convienen en que la palabra *viril* es inexacta; la ley quiere decir que los herederos están obligados para con los acreedores con acción personal, en razón de su parte hereditaria é hipotecariamente por el todo. La segunda disposición del artículo 873 da á los herederos un recurso contra los legatarios universales y contra sus coherederos cuando la parte por la cual están obligados con respecto á los acreedores es mayor que aquella con que contribuyen respecto de sus cosucesores. Ya hemos explicado estas distinciones en el título de las *Sucesiones*. (1) Ellas conciernen á la división de la obligación del pago de las deudas entre los sucesores, y son absolutamente ajenas á la extensión de esa obligación. Tan cierto es ello que el ar-

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pag. 102, núm. 79.

ticulo 873 se aplica á los herederos beneficiarios, tanto como á los puros y simples. En cuanto á la extensión de la obligación, aquel artículo no dice palabra, y por una razón sencillísima, por haberlo dicho ya en otros artículos el legislador. ¿Cuál es la disposición que obliga á los herederos á pagar las deudas *ultrà vires*? Lo repetimos: no hay más que una, la del artículo 724, que se deroga por el 802 cuando se acepta la herencia á beneficio de inventario. Esos artículos, que son los que tratan de la materia y desiden la cuestión, ¿no los cita la sala de casación?

La sala insiste en la obligación *personal* á que están sujetos todos los sucesores á título universal, en términos de los artículos que acabamos de citar. Pero aunque es cierto que los legatarios están obligados *personalmente* por las deudas y cargas, ¿quiere esto decir que lo han de estar indefinidamente? No, en verdad; porque el heredero beneficiado está obligado también personalmente, y los sucesores irregulares tienen la misma obligación, pero á diferencia de los herederos legítimos que aceptan pura y simplemente la herencia, los unos están obligados hasta donde concurra el valor de los bienes que reciban, mientras que los otros lo están *ultrà vires*. No es, pues, exacto que todo sucesor á título universal esté obligado *ultrà vires*. Esto depende, ante todo, del título del sucesor y de la manera como acepte la herencia. La sala de casación lo niega: ¿qué importa, dice, que el heredero tenga la ocupación por la ley, mientras que el legatario universal que concurra con reservatarios no la tenga sino mediante la entrega? Respondemos que eso equivale á borrar el artículo 724 que la sala se empeña en no citar, sin embargo de aludir á él.

Ese artículo, por el contrario, toma, y mucho, en consideración la ocupación, hasta el punto de hacer depender de ella la obligación ilimitada de pagar las deudas. ¿Ea

esto acertado, ó es más bien un error? Ello no toca á intérprete, que no hace ley, sino que lo explica.

Según el sistema del código tal como está formulado por el artículo 724, la sala de casación sustituye otra teoría: la de la confusión de los bienes del difunto con los del sucesor. Esta confusión se verifica para todo sucesor universal, y produce el efecto de reunir en su poder y confundir con sus propios derechos activos ó pasivos, los derechos activos ó pasivos del difunto: lo cual lleva á la consecuencia de que si el sucesor no impide esa confusión por una aceptación beneficiaria, quedará obligado por las deudas como lo estaba el difunto. Negamos que tal sea el principio del código civil. En el título de las *Sucesiones* creemos haber establecido que la confusión de los patrimonios es consecuencia de la de las personas; es decir, que los bienes del difunto se confunden con los del sucesor cuando éste sucede á la persona; mas, conforme á la teoría del código, los sucesores con la ocupación son los únicos que continúan la personalidad del difunto; y así la confusión de las personas y de los patrimonios es consecuencia de la ocupación; allí donde no hay ésta, el sucesor lo es simplemente de los bienes. De ahí la consecuencia de que el sucesor con la ocupación, que continúa la personalidad del difunto, está obligado por las deudas, como lo estaba éste; mientras que el que no tiene la ocupación sucede en los bienes y no está obligado por las deudas más que en razón de los bienes mismos, quiere decir, hasta donde concurra el valor de los que reciba.

103. Hemos expuesto el sistema del código sin justificarle. Se cree que es irracional; y los que le hacen este reproche dicen que, tal como la interpretamos, no podría producir la ocupación los efectos considerables que resultan de ella, según nuestra opinión. Concíbese que un legatario universal esté obligado *ultra vires* ó hasta donde

concurra el valor de su emolumento, según que esté ó no en la ocupación? ¿Qué importa, dicen, que adquiriera la posesión en virtud de la ley ó de la entrega? Hay, en efecto, una anomalía en el código, que resulta de la transacción que ha dado la ocupación al legatario universal cuando no concurre con herederos reservatarios, y la niega cuando hay algún heredero de esta clase; pero no debemos buscar la lógica en las transacciones, puesto que su objeto es sacrificar una parte del derecho. Para apreciar la teoría de la ocupación, hay que tomarla tal como existía en nuestras costumbres. El heredero por la sangre es el único que tiene la posesión y el único obligado *ultrà vires*; el legatario, aunque sea universal, no es más que sucesor en los bienes, y sólo está obligado hasta donde concurra el valor de los mismos. Dicen que ésto es absurdo, puesto que la ley quiere favorecer, honrar al heredero por la sangre, y el favor conduce á obligarle indefinidamente al pago de las deudas! Mientras que, menos honrado, el sucesor que no tiene la ocupación, no soportará las deudas sino hasta donde concurren con su emolumento. (1) He aquí una objeción que no se hubiera podido comprender en la época en que se introdujo en nuestras costumbres la ocupación. Entonces, se posponían el honor y la solidaridad al interés pecuniario. El heredero y el difunto no formaban más que una personalidad, porque corría por sus venas la misma sangre. Si nobleza obliga, la sangre tiene también sus deberes, y el primero de todos es el de pagar los compromisos del difunto, aun cuando excedan al valor de sus bienes. El heredero está obligado, no por razón de los bienes que recibe, sino porque continúa la personalidad del difunto. Tal es el sentido en que se toma la confusión de personas, de la cual no es más que consecuencia la de patrimonios. Na-

1 Dalloz, *Colección periódica*, 1851, 1, 221, nota.

da al mismo tiempo tan moral ni tan jurídico. ¿Se podrá decir lo mismo del legatario? No, porque no es heredero por la sangre, ni hay en él la solidaridad de honra y de obligaciones que en los miembros de la familia; sino que es un extraño que recibe ciertos intereses, y que por lo mismo no debe estar obligado por las deudas sino hasta donde concurra el valor de los que le toquen. Si se quiere repudiar la posesión, es necesario ser lógico: la consecuencia será, no que todos los sucesores estén obligados indefinidamente á las deudas y cargas, sino que cada sucesor no quede obligado más allá de lo que le corresponde.

104. Conforme á nuestra opinión, nunca están obligados los legatarios á título universal sino hasta donde concurran los bienes que reciban; y otro tanto pasa con los legatarios universales que concurren con herederos reservatarios. Ellos no están obligados á aceptar á título de inventario, por ser éste un beneficio extraño á los que solamente son sucesores en los bienes. La aplicación del principio da lugar á una gravísima dificultad. ¿Cómo hacer constar en qué consisten y cuál es el valor de los bienes que constituyen una garantía para los acreedores? ¿Es necesario que hagan inventario los sucesores? Admítese la afirmativa por lo común, y de ellos deducen que están obligados indefinidamente si descuidan el cumplimiento de aquella formalidad. (1) Ya se discutía este punto en el derecho antiguo, enseñando Ricard que los legatarios no estaban obligados *ultrà vires* por no haber hecho inventario, y creemos con Merlin que tenía razón. (2) No hay ley que obligue á hacer inventario á los legatarios que no tienen la posesión; ninguna ley los sujeta á ninguna pena por haber descuidado el cumplimiento de aquella medida de prudencia. Sería pues, crear una obligación y una pena declarar que esta-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 173, nota 4, pfo. 723.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 7, artículo 1, núm. 14 16, págs. 496 y siguientes.

ban obligados *ultra vires* por no haber cubierto una formalidad que la ley no les impone. Convenimos en que hay cierto vacío en el código; pero, dado su silencio sobre el particular, hay que aplicar los principios generales. Ahora bien, tales principios no son dudosos; los acreedores son los que persiguen al legatario para que establezca el monto del emolumento hasta la concurrencia del cual tienen acción contra él, porque son demandantes. Y como no ha dependido de ellos procurarse una prueba escrita, podrán probar con testigos la calidad y valor del mobiliario. Aquí se detienen los principios generales. Todo lo que hay más allá es arbitrario.

Núm. 3. Del legado en usufructo.

105. Aun cuando recaigan en la universalidad de los bienes, siempre serán particulares los legados en usufructo. Como tales, no deberían estar sujetos al pago de deudas. Sin embargo, el artículo 612 los obliga á contribuir á ellas en razón de los intereses. Hemos explicado esta disposición en el título del *Usufructo*. (1)

Núm. 4. Derechos de los acreedores.

106. ¿Cuál es el derecho de los acreedores contra los diversos sucesores universales que están obligados á pagar las deudas? Esta cuestión da lugar á graves dificultades, que examinamos ya en el título de las *Sucesiones*. (2)

ARTICULO 2.—Del pago de los legados.

Núm. 1. ¿Quién está obligado á pagar los legados?

107. Los legados son liberalidades que hace de sus bienes el testador; pero como no puede tener efecto sino á su muerte, surge la cuestión de quién es el encargado de eje-

1 Véase el tomo 6° de mis *Principios*, pág. 29 y siguientes, números 17-33.

2 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 70 y siguientes, números 62-66.

cutar la última voluntad del difunto. Como éste es quien dispone de sus bienes, á él también le corresponde arreglar el pago de los legados. Generalmente, es libre para comisionar á quien él quiera para que los pague, y puede nombrar para el efecto á un mandatario especial, que es el ejecutor testamentario de que hablaremos más adelante. Puede imponer esta obligación á sus sucesores *ab intestato*, regulares ó irregulares, á salvo los derechos de los reservatarios, á los cuales no puede alcanzar con sus liberalidades, puesto que si los legados absorben ó cercenan la reserva, los herederos reservatarios tendrán acción para pedir que se reduzcan. Si no hay herederos de ese género, puede el testador consumir su patrimonio en puros legados, como puede también hacerlos aun más allá de su haber, siempre bajo el concepto de que de preferencia se pagará á los acreedores y de que los herederos encargados de pagar los legados tienen derecho de repudiar la herencia, si exceden las cargas al antiguo hereditario. En fin, el testador puede encargar á sus legatarios que paguen los legados, no sólo á los universales y á título universal, si que también á los legatarios á título particular.

Si el testamento no contiene disposiciones sobre el pago de legados, se aplican las reglas del código. El artículo 1,017 establece una general. Si no hay más que herederos legítimos, ellos tendrán obligación de pagar los legados "á *prorata* de la parte y porción de que se aprovechen en la sucesión." Esto quiere decir que la obligación se divide entre ellos, como se divide, conforme al artículo 873, en lo relativo al pago de las deudas. Lo mismo sucedería si sólo hubiese legatarios universales; los herederos testamentarios se asimilan en todo á los legítimos cuando no hay reservatarios. Así también, si no hubiese más que legatarios á título universal, ellos serían los obligados á pagar los legados lo mismo que las deudas, cada uno en propor-

ción á la parte que llevara en la sucesión. Cuando concurren varios sucesores, la acción se divide entre ellos; y esa concurrencia es precisamente la de que habla el artículo 1,017; los legados se consideran como carga ó deuda de la herencia; y así todos los que toman parte en ella están obligados cada uno en razón de su parte hereditaria, sin distinción de si son llamados por la ley ó por la voluntad del hombre. Los legatarios deberán, pues, dividir su acción y demandar á cada deudor del legado su parte en la carga común. Si hay herederos en posesión y sucesores sin ella, ¿podrán los legatarios demandar el pago de su legado á los herederos, á salvo el derecho de éstos para repetir contra los sucesores? Si se reconoce este derecho á los acreedores, también será menester reconocerle á los legatarios, puesto que nace de la ocupación y de la obligación ilimitada que incumbe á los sucesores con la ocupación de soportar todas las deudas y cargas de la herencia. (1) Falta saber si el artículo 724 se aplica á los legados, y vamos á examinar esta cuestión.(2)

I. De los herederos legítimos.

108. El artículo 1,017 dice que los herederos están obligados personalmente á pagar los legados; mas no, cuál es la intención de esa obligación. ¿Están obligados *ultra vires*, ó solamente hasta donde concurra el valor de los bienes que reciben? Se discute mucho esta cuestión. Algunos quieren que la decida el artículo 1,017; es verdad que la palabra *aprovechar*, de que se sirve, parece indicar que los herederos no están obligados sino hasta donde concurra su emolumento. Tal no es, á nuestro juicio, el sentido de esa palabra. Hay una regla de interpretación que es muy común echar en olvido sin embargo de ser la más esencial;

1 Véase el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 70, núm. 56.

2 Aubry y Rau, t. 7º, pág. 150, pfo. 716.

no hay que buscar en una ley la solución de cuestiones á las que es extraña la misma ley. Pues bien, basta leer el artículo 1,017 para convencerse de que su objeto es dividir la acción personal de los legatarios contra los diversos deudores del legado, siendo así que declara indivisible la acción hipotecaria. Por tanto, no se debe invocar el artículo 1,017 para resolver una cuestión totalmente distinta, cual es la de la extensión de la obligación que incumbe á los diversos sucesores, en lo tocante al pago de los legados.

Lo hemos dicho y repetido, no hay sino una disposición en el código que imponga á los herederos la obligación ilimitada de pagar las deudas, y es el artículo 724, que hace extensiva á las *cargas* esa misma obligación. La solución de la dificultad estriba en el sentido que se dé á esta palabra. Que, en su acepción más común, comprenda á los legados, es un hecho; acabamos de ver que la ley los considera como cargo de la herencia. También es cierto que hay otros artículos, tales como el 1,009, en los que la palabra *cargas* tiene un sentido más estricto que excluye á los legados. Falta ver si el artículo 724 usa de la palabra *cargas* en su acepción más lata, ó en la más estricta. El tenor literal y el espíritu de la ley salvan esta dificultad. No hay en la disposición legal palabra que restrinja el sentido general de *cargas*, y esto es decisivo; porque cuando el texto es claro; hay que atenerse á él, y cuando es general, no es lícito distinguir.

Se invoca el espíritu de la ley, diciéndose que hay una diferencia entre las deudas y los legados, en el sentido de que como era deudor de las deudas que contrajo él mismo, y deudor ilimitado, sus herederos deben quedar también obligados indefinidamente, puesto que están en lugar de él y forman una misma individualidad; pero no es deudor de los legados que hace, puesto que no se abren sino hasta su

muerte. ¿Qué es el legado? Un desmembrado de la herencia; el heredero recibe ésta, una vez deducidos los legados; pero si exceden ellos al activo hereditario, no se ve por qué había de quedar obligado el heredero. (1) Respondemos que para nada toma en cuenta esta objeción la teoría de la ocupación; el heredero que la tiene no forma con el difunto más que una personalidad, y la voluntad de éste es la ocupación; si por esto de última voluntad dispuso más allá de las fuerzas de su patrimonio, el heredero debe respetar esa disposición, como carga que le impuso el testador, aunque es libre para aceptar; pero puede repudiar la herencia, puede aceptarla con beneficio de inventario, y no estará obligado por las deudas sino hasta que concurra con su emolumento, ó bien se estimará que nunca fué heredero. Pero si acepta pura y simplemente, es el representante del difunto; continúa su personalidad; y no se concibe que la divida y pretenda representar al difunto en cuanto á las deudas y no representarle en cuanto á los legados. Si se halla exagerada esta teoría, es menester cambiarla totalmente, declarar que el heredero no estará obligado sino en razón de los bienes que reciba y aplicar este principio á las deudas lo mismo que á los legados. Pero mientras subsista el artículo 724, hay que aplicarle á las deudas y á los legados. En vano se objeta con el artículo 802, que sólo habla de las deudas, para inferir que el beneficio de inventario no se aplica más que á las deudas, lo cual supone que el heredero nunca está obligado á pagar los legados sino hasta donde concurran con su emolumento: porque á ello hay que contestar que la palabra *deudas*, en el artículo 802, comprende los legados; y lo que prueba esto, es que el código trata del pago de legados así como el de deudas en el capítulo del *Beneficio de inventario*.

1 Nuestra opinión es la generalmente seguida. Véanse los autores citados por Dalloz, *Colección periódica*, 1864, 2, 118 (nota).

Y cuando pura y simplemente se acepta la herencia, concede también á los legatarios igual derecho que á los acreedores, el de demandar la separación de patrimonios. Supone, y por todas partes, pues, se hallará la asimilación de deudas y legados. Equivale á formar un nuevo código civil, distinguir donde él no distingue.

Nosotros no hemos citado, en apoyo de nuestra opinión, el artículo 783 que se acostumbra invocar. En el título de las *Sucesiones*, hemos explicado esta anómala disposición que, á nuestro juicio, nada tiene que ver con la dificultad que acabamos de examinar. (1)

II. De los legatarios universales.

109. Cuando los legatarios universales tienen la ocupación, están obligados por las deudas y cargas como los herederos legítimos (núm. 87). No hay ley que los obligue á pagar los legados, como tampoco la hay que los obligue á pagar las deudas; sino que ambas obligaciones las tienen por estar en la posesión, pues asimilados por completo á los herederos legítimos, los testamentarios tienen las mismas obligaciones, así como tienen los mismos derechos. Síguese de aquí que los legatarios universales que no concurren con herederos reservatarios deben pagar los legados *ultra vires*; y sólo un medio tienen para sustraerse á esa obligación ilimitada, el de aceptar la herencia con beneficio de inventario. Esto es de doctrina y de jurisprudencia. (2)

110. "El legatario universal que concorra con un heredero al cual reserve la ley una parte de los bienes estará obligado por las deudas y cargas de la herencia del testador, personalmente por su parte é hipotecariamente por el todo; y tendrá que pagar todos los legados, salvo el caso

1 Duranton, t. 6º, pág. 539, núm. 462.

2 Demolombe, t. 21, pág. 520, núm. 571; Dalloz, núm. 3,688 y los autores que citan. Poitiers, 16 de Marzo de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 117).

de reducción, como se expresó en los artículos 926 y 927" (art. 1,009). Hay quienes critiquen la redacción de esta disposición que supone que el legatario universal que concurre con un reservatario debe soportar todos los legados, siendo así que nada menos en ese caso tiene lugar la reducción de legados, puesto que se absorbe la reserva con la institución de un legatario universal; mas cuando el reservatario pide esa reducción, la sufren todos los legados proporcionalmente, como el mismo artículo 1,009 lo expresa, y por tanto el legatario universal no está obligado á pagarlos todos íntegramente. (1)

La disposición se explica por la tradición. Si la ley dice que el legatario universal está obligado á pagar *todos* los legados, es para designar que no pueda retener determinada cantidad de bienes, como podía hacerlo bajo el imperio de la ley romana; pues el heredero testamentario debía llevar, según ella, el cuarto libre de la herencia, deducidas todas las deudas, que era lo que se llamaba la *quarta falcidia*. Esta reducción, que se imponía á los legatarios particulares en beneficio del heredero testamentario, no la admitían las costumbres. El código ha seguido los principios del derecho consuetudinario, y esos principios son más racionales. Toca al testador disponer de sus bienes como lo quiera; si le conviene consumir su patrimonio en legados particulares, de suerte que nada le quede al legatario universal, tiene derecho á hacerlo, á salvo el del legatario para repudiar el legado cuando no le traiga ningún provecho.

¿Puede el legatario universal invocar el artículo 1,009 cuando concurre con un donatario por contrato de matrimonio? Se ha resuelto que no es aplicable el artículo 1,009, y esto es evidente, puesto que tal disposición supone una

1 Durantón, t. 9º, pág. 214, núm. 205.

reducción, que no tiene lugar sino cuando hay reservatario. (1)

¿Está obligado el legatario universal á pagar los legados *ultrà vires*? Si se admite, con la sala de casación, que están obligados indefinidamente con las deudas y cargas los sucesores universales, hay que concluir que así en el caso del artículo 1,009 como en el del 1,006, el legatario universal deberá pagar las deudas y cargas *ultrà vires*, excepto la distinción establecida por la ley entre deudas y legados, como lo vamos á decir. (2) Según nuestra opinión, no siendo más que sucesor en los bienes el legatario universal que no tiene la posesión, no está obligado por las deudas y legados sino hasta donde concurra el valor de los bienes que se le asignaron (núm. 101).

111. El artículo 1,009 establece diferencia entre las deudas y los legados: aquellas las soportan el reservatario y el legatario, por estar cada uno obligado en razón de parte que le toca en la herencia; mientras que los legados son pagados sólo por el legatario, no pudiendo estar obligado á ellos el reservatario, puesto que nunca se puede cerceñar la reserva por las liberalidades del difunto; en nuestro caso, la reserva se absorbe por el legado universal; por consiguiente, el reservatario pide la reducción de los legados, y después que se hubiere obtenido, el legatario universal pagará los legados reducidos hasta donde concurra el valor de los bienes que le quedan.

Contribuyendo el reservatario al pago de las deudas y no al de los legados, importa distinguir las disposiciones testamentarias que contienen una liberalidad de las que no son más que pago de una deuda. Es difícil á veces distinguirlas, por estar interesado el testador que consume su parte disponible en hacer considerar como deuda lo que,

1 Aix, 16 de Julio de 1870 (Dalloz, 1872, 2, 81).

2 Grenier. t. 2º. pág. 761, núm. 313.

en realidad, es legado. Hemos dicho ya que la cantidad que un legatario está obligado á pagar á un tercero como carga de su legado es verdadero sublegado, á menos que se pruebe que el difunto era deudor de esa cantidad. En el caso, esto casi no es dudoso, puesto que el testador no dijo que fuera deudor de la cantidad; y toda disposición testamentaria es legado, salvo que se pruebe que tuvo por objeto el pago de alguna deuda. (1) Pero si dijo el testador que confesaba deber tal cantidad á una persona; ¿será esto reconocimiento de una deuda, ó será liberalidad? La confesión puede ser sincera, como puede ser simulada; y éste no es el caso de aplicar el artículo 1,356, según el cual la confesión produce fe plena contra el que la hace: porque esto sólo se verifica en la confesión entre vivos, y cuando ella se hace con las condiciones de la ley. La confesión hecha en testamento puede encubrir una liberalidad. Al que tenga interés en probar que el pretendido reconocimiento de una deuda es legado, se le admite todo género de prueba legal para demostrarlo, aun la de los testigos y simples presunciones. En este sentido se ha formado la jurisprudencia. (2)

III. De los legatarios á título universal.

112. El artículo 1,012 equipara al legatario á título universal con el legatario universal, en lo que mira á las deudas y cargas de la herencia (núm. 90). Téngase bien entendido que aquí tratamos del legatario universal sin la ocupación, porque no se puede equiparar el legatario á título universal con el legatario que tiene la ocupación, puesto que no la tiene nunca el primero. La asimilación, exacta como lo es en cuanto á las deudas, no lo es cuanto á los legados. Conforme al artículo 1,009, el legatario universal

1 Colmar, 10 de Marzo de 1833 (Dalloz, núm. 3,422, 5°).

2 París, 7 de Febrero de 1832 (Dalloz, núm. 3,692). Burdeos, 3 de Agosto de 1841 (Dalloz, núm. 3,179)

sin la ocupación es el único obligado por los legados; no pudiendo decirse lo mismo de los legatarios á título universal puesto que no reciben toda la herencia necesariamente, como lo hace el legatario universal. Además, pueden concurrir con herederos no reservatarios, mientras que el legatario universal excluye á los herederos que no tienen reserva. Hay que hacer, pues, varias distinciones en cuanto á los legatarios á título universal. Los artículos 1,012 y 1,017 fijan la regla general. Según el primero de ellos, el legatario á título universal está obligado con las cargas de la herencia personalmente por su parte y porción é hipotecariamente por el todo. El segundo artículo reproduce esta regla para todos los deudores de legados, que están obligados á pagarlos, cada uno á *pro rata* de la parte y porción que aprovechan en la herencia. Por aplicar el principio, es preciso distinguir ante todo si los legatarios á título universal concurren con herederos reservatarios ó con herederos no reservatarios. Conforme á la opinión que hemos adoptado, no están obligados *ultra vires*; simples sucesores en los bienes, los legatarios á título universal no pueden estar obligados por las deudas y cargas más que en razón de sus bienes, y así hasta donde concurre su valor. Según el sistema de la sala de casación, es menester decir que los legatarios á título universal están obligados á los legados *ultra vires*, á menos que acepten con beneficio de inventario.

113. Los legatarios á título universal concurren con herederos reservatarios. En este caso, es preciso distinguir. Si los legados absorben la parte disponible, es exacta la asimilación que hace el artículo 1,012 entre legatarios á título universal y legatarios universales; por consiguiente, hay lugar de aplicar el artículo 1,009. El reservatario toma su reserva y no contribuye al pago de legados; los legatarios á título universal son los únicos que deben pagar

los legados particulares, que son, en este caso, un desmembramiento de los legados á título universal. Si éstos excedieran de la parte disponible ó la absorbieran, el legatario pediría su reducción; por consiguiente, todos los legados quedarían reducidos y los legatarios á título universal no estarían obligados más que á pagar los legados particulares conforme al valor que les quedara después de la reducción.

Puede suceder también que los legados á título universal no consten más que de una parte de lo disponible. Este caso está previsto por el artículo 1,013 que dice: "Cuando no haya dispuesto el testador más que de una parte de lo disponible y lo haya hecho á título universal, ese legatario estará obligado á pagar los legados particulares contribuyendo con los herederos naturales." Esta disposición ha dado lugar á una cuestión que se discute, por más que no sea dudosa. Se pregunta si el heredero cuya reserva es de un cuarto y recibe la mitad de la herencia, dándose al legatario á título universal la otra mitad, debe contribuir al legado con la mitad ó con el cuarto en que excede su reserva. Respondemos sin vacilar que contribuye con la mitad que es la parte que le corresponde en la herencia. Así lo quieren la letra y el espíritu de la ley. Dice ésta que *contribuye* para el pago del legado; pero ¿en qué proporción? Naturalmente, en la parte que le toca de la herencia, esto es en la mitad, que es la idea que envuelve la palabra *contribución*, pues cuando un sucesor *contribuye* para las deudas y cargas, es con la parte que recibe en la sucesión. Tal es también el espíritu de la ley. El reservatario que se presenta para recibir la herencia no se presenta como tal, sino como heredero; y la recibe, deducidos los legados hechos á título universal. Por tanto, está obligado, en lo general, á todas las deudas y cargas, aun *ultrà vires*, salvo su derecho de hacer que contribuyan los legatarios

en la parte que les corresponda y salvo también su derecho para aceptar con beneficio de inventario. En vano es decir que el reservatario no está obligado á contribuir para el pago de los legados en razón de su reserva: porque esto es cierto caando no recibe más que su reserva, que es el caso previsto por el artículo 1,009; pero no, cuando recibe toda la herencia como en nuestro caso; cierto es también que por la concurrencia de los legatarios no se recibe más que la mitad, pero la mitad de toda la herencia, y así debe estar obligado á la mitad de las cargas. No insistiremos en este punto, por haber agotado la cuestión un excelente trabajo de Dupret, nuestro llorado colega en la universidad de Lieja. (1)

114. Los legatarios á título universal pueden también concurrir con herederos no reservatarios, en el cual caso, se aplica el principio general sin dificultad. Como los herederos legítimos tienen la ocupación, son los únicos representantes del difunto, que, como tales, están obligados *ultra vires* á las deudas y cargas, salvo que acepten con beneficio de inventario. Pero tienen sus recursos contra los legatarios á título universal que, en virtud del artículo 1,012, están obligados á las deudas y cargas en proporción de su parte hereditaria. Y como, según el artículo 1,017, están obligados ellos personalmente, pueden los legatarios particulares proceder directamente contra ellos. También pueden, según creemos, proceder por el todo contra los herederos que tienen la posesión. Nos remitimos á lo ya dicho sobre este punto en el título de las *Sucesiones*.

115. Estas reglas las puede cambiar el testador que tiene la libre disposición de sus bienes, pues su voluntad tiene fuerza de ley. Cuando gravó, dice Pothier, á alguien, nombrándole, con la prestación de un legado, es evidente

1 Dupret, *Revista de derecho francés y extranjero*, 1845, t. 2º, pági- 841, seguido por Aubry y Rau, t. 6º, pág. 177, nota 2; y Demolombe, t. 21, pág. 554, núm. 606.

que el único obligado es aquél á quien hizo el encargo. Pero si gravó á muchos, ¿cómo quedarán obligados ellos? El mismo Pothier contesta que lo será cada uno por partes iguales, de suerte que si hay tres deudores del legado, cada quien estará obligado en una tercera parte. Es la aplicación del principio que rige en materia de deudas; toda deuda se divide, á menos que se haya estipulado como solidaria, y es deuda la carga impuesta por el testador y aceptada por los legatarios. Los deudores no estarán obligados solidariamente sino habiéndolo ordenado de una manera expresa el testador. ¿Por qué se divide la deuda en razón del número de deudores del legado? También esto es aplicación de los principios generales. Puede suceder que los diversos deudores reciban una parte desigual de los bienes; pero no es por razón de esa parte por lo que están obligados, puesto que expresamente manifestó el testador su voluntad, sino, consiguientemente en virtud de los principios generales de que se debe dividir la deuda. (1)

116. El cambio de la regla puede ser también tácito. Cuando se legó un objeto determinado, dice Pothier, los que suceden en la cosa legada son los únicos obligados, y cada uno lo está, en este caso, en proporción de la parte en que sucede. Por qué el legado de cosa cierta soporta la carga por aquellos que tienen la generalidad de la clase de bienes en que está comprendida la cosa misma? Es una aplicación de la regla, según la cual, una disposición especial deroga otra general. Cuando el testador hace un legado á título universal de sus inmuebles y en seguida otro especial de hacer determinada cosa, ó de tal compra, el legado particular es excepción del general, ó como se dice, una desmembración, que disminuye el legado general; y en este sentido, queda á cargo del legatario á título universal. Si hubiese varios sucesores y por desiguales partes, el le-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núms. 247 y 248.

gado particular estaría á cargo de cada uno de ellos por su parte, y no por partes iguales, porque sería una disminución de cada legado y por lo mismo una disminución proporcional: lo cual conduce á la regla formulada por Pothier. (1)

La aplicación del principio da lugar á una dificultad que se discute, á pesar de no haber casi duda. Se supone que el testador, después de haber legado todo su mobiliario á Pedro, lega á Pablo una cantidad de diez mil francos. ¿Es menester aplicar la excepción dejando el legado particular de cosa mueble á cargo del legatario á título universal que recibe todo el mobiliario; ó es el caso de la regla general, quiere decir, que el legado de 10,000 francos será á cargo de todos los sucesores, deudores de los legados en virtud del artículo 1,017? No vacilamos para contestar que debe aplicarse la regla general. En efecto, es de principio esa misma aplicación siempre que la regla no haya sido derogada. Ahora bien, no lo es, en nuestro caso, expresamente, ni tampoco de una manera tácita, porque la cantidad de 10,000 francos no es cosa cierta que disminuya el legado general del mobiliario; y la prueba de ello es que el testador puede legar una cantidad de dinero aun sin tenerla; de modo que no se puede decir que entiende disminuir tal legado con la cantidad que lega; sino que es una carga general con que grava la herencia, y que por lo mismo queda sujeta á la regla del art. 1,017. Es la opinión más generalmente seguida. (2)

IV. De los legatarios del usufructo.

117. Hemos dicho en qué sentido contribuyen para el

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 296. Duranton, t. 9º, pág. 217, núm. 231.

2 Vazeille, t. 3º, pág. 46, artículo 1,013, núm. 3; Demolombe, t. 21, pág. 560, núm. 610. En sentido contrario, Duranton, t. 9º, pág. 232, núms. 218 y 219, refutado por Aubry y Rau, t. 6º, pág. 177, nota 13.

pago de las deudas los legatarios del usufructo (número 1,005) El principio establecido por el artículo 612 respecto á las deudas se aplica también al pago de los legados. Así es como el artículo 611 ordena por quién se ha de pagar el legado de una renta vitalicia ó de una pensión alimenticia cuando hay legatario universal ó legatarios á título universal del usufructo; la ley aplica á este caso particular la regla general del artículo 602.

En otro lugar dijimos ya que se discute el punto relativo á si los acreedores tienen acción directa contra los legatarios del usufructo que conforme á la ley, deben contribuir para pagar las deudas. A nuestro juicio, los acreedores tienen acción contra los usufructuarios (1), y en consecuencia, también los legatarios. Se pregunta si el universal de la nuda propiedad puede proceder contra el legatario de usufructo de todos los bienes para obligarle á que contribuya para el pago de los legados particulares. El tribunal de Orleans resolvió el caso afirmativamente, y no nos parece que haya duda. En efecto, la manera de contribuir que establece el artículo 612 entre el usufructuario y el nudo propietario supone el acuerdo entre ellos, y á falta de interpretación, da el derecho al propietario para que pueda vender, hasta la debida concurrencia, una parte de los bienes sujetos al usufructo; derecho que implica el de proceder en favor del legatario universal. (2)

2. Del modo de pagar los legados.

118. Cuando los sucesores obligados por la ley y por la voluntad del testador á pagar los legados aceptaron la herencia *ab intestato* ó testamentaria que los obliga á ello, contraen por ende la obligación de pagarlos. En este sentido, los legados se convierten en una deuda; por manera

1 Véase el tomo 7º de mis *Principios*, pág. 31, núm. 23.

2 Orleans, 13 de Febrero de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 109).

que el artículo 117 llama *deudor del legado* al que personalmente está obligado á pagarle. De aquí se sigue que es necesario aplicar á ese pago los principios relativos al de las deudas. Ahora bien, uno de tales principios es que el acreedor no puede ser compelido á recibir cosa distinta de la que se le debe, aunque, dice el artículo 1,243, sea igual, y aun mayor, el precio de la cosa que se le ofrezca. De ahí la consecuencia formulada por Merlin de que no puede quedar pagado un legado sino mediante la presentación real y efectiva de la cosa misma legada por el testador. Así el heredero no puede obligar al legatario de una cantidad en numerario á que reciba en pago bienes del acervo: Esto importaría un nuevo contrato, una *datio in solutum*, para la cual sería menester el consentimiento del legatario y del deudor del legado. Poco importa que se halle ó no en el patrimonio del difunto la cantidad legada: toca al heredero proporcionársela como pueda, para hacer entrega de ella al legatario. Por igual razón, el heredero no puede cumplir el pago de una cantidad en numerario con la entrega de una especie legada por el testador. Así lo enseñaban los jurisconsultos romanos, hasta en el caso de que tuviera el heredero afección particular por algunas cosas que procedían de sus antepasados: es esto punto de equidad, pero no se puede invocar la equidad contra el derecho. He aquí por qué establece el artículo 1,243 que no se puede ofrecer por el acreedor al deudor una cosa de mayor precio que la debida. (1)

La sala de casación hizo una aplicación muy rigurosa, pero muy jurídica, de este principio, á un asunto que se ventiló ante ella por Merlin en provecho de la ley. Cierta señora lega á los pobres la cantidad de 80,000 francos. El decreto que autorizó al fondo de beneficencia para que

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legado*, seo. 5º, pfo. 2º, núm. 1, (tomo 18, pág. 83) seguido por todos los autores (Dalloz, núm. 3,911).

aceptara el legado, decía que esto había de emplearse en la adquisición de créditos contra el Estado; y los herederos salieron condenados á pagar el legado, aunque el tribunal de Riom les permitió que pagaran en créditos de esa clase hasta la concurrencia de una renta de 4,000 francos.

La sala, sujetándose á las conclusiones de Merlin, casó aquella resolución, por no autorizar ninguna ley al deudor de un legado de dinero para pagar con créditos sobre el Estado. (1)

Ya se deja entender que el testador puede permitir que se den en pago créditos de esa clase. Una testadora que había formalizado su oposición contra el tesoro público acerca del monto de la indemnización que se debía á su deudor en virtud de la ley de 25 de Abril de 1825, instituyó un legado concebido así: "Legó la cantidad de..... 120,000 francos, al tres por ciento, tomando como base la deuda de..... (la indemnización debida á los emigrados)." Al punto surgió entre los legatarios universales y el particular la disputa acerca de la manera de pagar el legado de 120,000 francos: ¿se había asignado limitadamente en el crédito? Se resolvió que el legado comprendía la cantidad de 120,000 francos, y que, según la voluntad del testador, podía pagarse con un crédito al tres por ciento, sin perjuicio de que el legatario universal completara la citada cantidad si el crédito destinado para el efecto no bastaba para pagar al legatario particular. (2)

119. Puede, pues, el testador dejar á la elección del deudor del legado el pago en inmuebles de un legado de dinero. Se ha creído que en este caso era de aplicarse el artículo 1,022, que dice: "Cuando consista el legado en una cosa indeterminada, no estará obligado el heredero á dar otra de mejor calidad, ni podrá ofrecerla de peor clase." Eso es

1 Casación, 8 fructidor, año 13 (Dalloz, núm. 3,911, 1^o). Compárese con lo resuelto en Lieja á 13 de Mayo de 1808 (*Id.*, 2^o).

2 Burdeos, 15 de Julio de 1831 (Dalloz, núm. 3,911, 3^o).

un error. El artículo 1,022 concierne únicamente al legado de cosas indeterminadas; mientras que el de una cantidad en numerario con facultad de pagar en inmuebles da al deudor el derecho de escoger éstos; todo lo que el legatario puede exigir, es que tenga el valor determinado en el testamento, lo cual será arreglado por peritos. (1)

Si el testador permitió al deudor del legado que le pagara en efectos públicos, debe entregar el legatario efectos de un valor real en el día en que se abra la sucesión, y no en valor ficticio. El tribunal de Lieja, que así lo resolvió, añade que si los efectos sufren depreciación después de la apertura de la herencia, dicha depreciación será por cuenta de los legatarios, en virtud de la regla *Resperit domino*.

Esto supone que se han pagado los efectos á los legatarios, puesto que sólo después del pago son propietarios. Hasta allí la depreciación es por riesgo del deudor, propietario de los valores; y en este sentido resolvió la discusión la sala de apelación. (2)

Cuando el testador concede que se haga la elección del objeto, puede concedérsele al deudor del legado ó al acreedor. En caso de duda, es necesario aplicar por analogía á los legados lo que el artículo 1,190 dice de las obligaciones alternativas: "La elección pertenece al deudor si no se le dejó expresamente al acreedor." Es la aplicación de un principio de interpretación en virtud del cual las cláusulas dudosas se interpretan en favor del deudor (art. 1,162). Ahora bien, el que debe pagar el legado es el deudor, que puede por lo mismo invocar el artículo 1,162, ó el 1,190 que es su consecuencia. Esto fué lo que el tribunal de Lieja resolvió con motivo de un legado hecho á establecimientos de caridad, en estos términos: "Lego al fondo de bene-

1 Aix, 8 de Abril de 1833 (Dalloz, núm. 3,917).

2 Lieja, 14 de Enero de 1836 (*Pasicrisia*, 1836, 2, 6). Compárese con la derogada de 14 de Mayo de 1834 (Dalloz, núm. 3,919).

ficencia 8,000 francos, en *capitales ó especies*:" El mismo legado se hizo á los hospitales. El tribunal de primera instancia había condenado á los herederos á pagar en capitales; pero su sentencia fué reformada en este punto en apelación. (1)

120. Los efectos ó valores públicos dan lugar á una dificultad especial, y es que á veces sufren una depreciación legal cuando alguna ley reduce la tasa legal de la renta. ¿Quién sufre la pérdida que resulta de la reducción, el deudor del legado ó el legatario? Si el legado consiste en una suma capital, no hay duda; se aplican á la letra los principios que acabamos de establecer conforme á la jurisprudencia: hasta el pago, la depreciación legal es por cuenta del heredero propietario de los valores, y está por demás decir que no puede él pagar lo que debe sino en el curso de la renta como la ley lo determina con ocasión del pago. Sólo hay dificultad en cuanto á los legados de renta vitalicia. Si el testador lega una renta de 1,000 francos, á tomarla sobre otra del Estado más considerable, y si se reduce la renta, tal reducción afectará al deudor de la renta, que debe pagar al legatario una cantidad fija, ó una renta sobre el Estado, que representa esa cantidad. Así lo resolvió el tribunal de París en un caso en que el legatario había recibido en pago cupones de renta reducida á la nueva tasa, y por consiguiente una cantidad menor que la debida: error de derecho que no se le podía oponer. Para cambiar el objeto del legado, fué menester una innovación; á falta de conocer los derechos del legatario seguían siendo lo que eran en virtud del testamento. (2)

La cuestión de novación da lugar á cierta duda. Légame una renta vitalicia, y para garantizar al legatario, el he-

1 Lieja, 16 de Mayo de 1866 (*Pasicrisia*, 1866, 300).

2 París, 2 pluvioso, año 11 (*Dalloz*, núm. 3,924, 1^o). Compárese con lo resuelto en Lyon á 18 de Marzo de 1853 (*Dalloz*, 1854, 2, 93).

redero constituye una hipoteca sobre sus inmuebles; más tarde, el legatario consiente en que sea reemplazada la garantía hipotecaria por un capital de cinco por ciento con solidado, capital cuya propiedad pertenecerá al heredero y el goce al legatario; después se reduce la renta. ¿Hay novación? No, porque el consentimiento del legatario no era más que oficiosidad; no pensaba en renunciar el derecho que le daba su legado, nada había cambiado, excepto el modo de verificar el pago; pero este cambio no implicaba novación, como lo veremos en el título de las *Obligaciones*; por consiguiente, después de reducida la renta, tenía derecho el legatario para exigir un suplemento hasta la concurrencia del valor reducido. (1) ¿Qué deberá decirse del caso en que el documento donde se contiene la designación de la renta sobre el Estado al servicio de la renta misma, el legatario hubiere dado al heredero un descargo expreso de su legado? Se resolvió que el tal descargo no trae consigo renuncia del legatario á ejercer un recurso como garantía contra el legatario universal en caso de que reduzca la renta. (2) Esto no es más que la aplicación del principio fundamental que rige la novación, la cual no se presume, dice el artículo 1,273, añadiendo que debe resultar claramente del documento. Ahora bien, es muy cierto que el legatario que acepta las inscripciones de renta cuya nuda propiedad sigue siendo del deudor del legado no entiende renunciar su renta, sino que sólo acepta en pago los caídos; el descargo vale por pago, en cuanto á que el legatario consiente en recibir la renta como pago de los atrasos, con la condición tácita de que la renta equivaldrá á éstos. El legatario no habría aceptado por cierto la renta ni descargado al deudor, si hubiese previsto que aquella se había de reducir y que se prevaledría de esa reducción

1 Donai, 1º de Julio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 43).

2 París, 28 de Julio de 1853 (Dalloz, 1855, 2, 44).

contra él; por tanto, el descargo que dió no importa ánimo de renunciar.

Núm. 3. De la reducción de los legados.

121. Los bienes que dejó el difunto no bastan para pagar á los legatarios y á los acreedores: en ese caso, ¿debe pagarse á los acreedores de preferencia á los legatarios? Hay un antiguo proverbio que parece resolver que en cualquier hipótesis no se deben pagar los legados sino después de las deudas: *Nemo liberalis nisi liberatus*. Este principio no es cierto absolutamente. Si el deudor de los legados está indefinidamente obligado á ellos, no puede oponer á los legatarios que no bastan los bienes de la herencia para pagarles sus legados. En efecto, el heredero que acepta la herencia pura y simplemente se obliga á pagar los legados *ultrà vires*, y no puede ya prevalerse de que el pasivo excede al activo. La máxima *Nemo liberalis nisi liberatus* supone que en el patrimonio del difunto concurren acreedores y legatarios; por lo mismo implica que ese patrimonio no se ha confundido con el del heredero; mas la separación de los dos patrimonios sólo en dos casos tiene lugar: cuando el heredero acepta con beneficio de inventario y cuando los acreedores ó legatarios piden la separación. En ambos casos los acreedores son pagados de preferencia á los legatarios, pero también éstos lo son de preferencia á los acreedores del heredero. El lugar donde se trata de ese difícil punto es en el título de las *Sucesiones*, donde le hemos explicado. (1)

Lo que decimos del heredero legítimo se aplica al legatario universal cuando es heredero testamentario, es decir, cuando concurre con herederos no reservatarios. Si acepta pura y simplemente, queda obligado *ultrà vires*; por tanto

¹ Véase el tomo 10 de mis *Principios*, pág 75 y siguientes, números 55-69.

no puede objetar á los legatarios que no alcanza el activo hereditario para pagarles. Pueden los legatarios tener interés en pedir la separación de patrimonios para ser pagados con lo que quede de los bienes de la herencia, de preferencia á los acreedores del heredero. Si el legatario universal acepta con beneficio de inventario, la herencia será gatantía para los acreedores y legatarios del difunto; y en ese concurso, los acreedores prevalecerán sobre los legatarios.

122. Si los bienes que después de pagados los acreedores quedan no bastan para pagar los legados, ¿qué regla se seguirá para el pago? Los legatarios se encuentran en la posición de los acreedores quirógrafos cuyos créditos exceden al activo de su deudor: todos deben sufrir una reducción proporcional, porque no hay entre ellos ninguna razón de preferencia; la pérdida que resulta de la insolvencia debe repartirse, pues, entre todos, á proporción del monto de sus respectivos créditos. Ahora bien, los legatarios son acreedores; no hay por lo mismo razón de preferencia entre ellos, porque suponemos que el testador no estableció hipoteca á favor de ninguno de ellos. En ese estado de cosas, es la reducción una necesidad.

¿Conforme á qué principio se ha de buscar tal reducción? Puede haber legados á título universal y legados á título particular; ¿se tomará en cuenta esta diferencia, en el sentido de que unos serán pagados de preferencia á los otros? Todos están por la negativa, que no es dudosa. No hay otras causas de preferencia entre acreedores cuyos derechos son iguales sino las que establece la ley; y ella no establece ninguna en este particular, pues ni siquiera prevee el caso. Esto es decisivo. Ordinariamente invocan el artículo 926 que prescribe la reducción de legados cuando se consume la reserva. (1) A decir verdad, no hay analogía si nos ate.

1 Casación, 25 de Noviembre de 1861 (Daloz, 1861, I, 457), y la nota de Daloz, *Id.*, pág. 459.

nemos al rigor de los principios. La reserva no es un crédito, ni por consiguiente una deuda que paguen los herederos; el heredero reservatario les disminuye los bienes que no tiene derecho de darles el difunto. Es muy distinta la posición de los legatarios que concurren á los bienes del difunto, y quienes ejercitan sus derechos sobre una garantía común que resulta no ser suficiente; debiendo aplicárseles el derecho común, conforme al cual há lugar al pago por contribución cuando no bastan los bienes del deudor para pagar á los acreedores.

123. En este sentido se ha formado la jurisprudencia. Se ha sostenido que la carga impuesta al legatario de pagar una cantidad en numerario á un tercero no constituía legado propiamente derecho; y se ha sacado por consecuencia que aquella carga debería satisfacerse de preferencia al legado que había sido gravado con ella, puesto que, según la mente del testador, era una disminución del legado mismo. Conforme á esta opinión, el legatario universal debía ser el único que soportara la reducción por el valor nominal del legado, sin deducir la carga. La sala de casación rechazó semejante pretensión. Ora se haga directamente una liberalidad testamentaria, ora en forma de carga, siempre será un legado, y la carga no será más que una manera de ejecución que en nada cambia la esencia de la liberalidad. (1)

Aquél en cuyo beneficio se impuso la carga está, por el hecho de haber recibido una liberalidad, sujeto á la reducción en el caso de que el pago íntegro de los legados particulares no dejara en la sucesión beneficiaria una cantidad suficiente para pagar el pasivo. Falta saber cómo se verifica la reducción cuando hay un legatario principal y un sublegatario. La sala de casación resolvió que el in-

1 Denegada, 3 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 200).

mueble legado con la condición de pagar ciertos legados debe contribuir con su valor íntegro, puesto que es en su totalidad uno de los elementos del activo hereditario; pero que aquél á quien se legó el inmueble con la condición de que pagara cierta cantidad á un sublegatario, puede obtener en su caso, de éste último, una parte contributiva en la deuda que se ha de pagar con ese inmueble. (1) Parece que esta manera de calcular ó de reducir deroga el principio consagrado por la sala de casación; el sublegado es una liberalidad testamentaria tanto como el legado principal, y así el legatario debe equipararse en todo al legatario gravado con la carga, es decir, que uno y otro deben contribuir directamente, en forma de reducción, al pago de las deudas.

124. La regla es, pues, que todos los legados están sujetos á reducción. Se pregunta si puede el testador derogar esa regla. No hay duda en responder afirmativamente, por ser libre el testador para mejorar á un legatario con preferencia á otro. Por el hecho de que la reducción de legados tiene lugar para proveer á la reserva, la ley permite al testador que declare entender que se pague el legado con preferencia á los otros; en el cual caso, dice el artículo 927, no se reducirá el legado mejorado sino en cuanto no cubrieran los otros con su valor la reserva legal. Debe admitirse la misma facultad, por identidad de motivos, cuando se hace la reducción para pagar las deudas. ¿Es menester también, como lo exige el artículo 927, que sea expresa la declaración del testador? La sala de casación lo resolvió así y, á otro parecer, con razón. (2) Todos los legatarios, en general, están colocados

1 Casación, 18 de Junio de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 412).

2 Denegada, 8 de Febrero de 1843 (Dalloz, núm. 4,007), 3 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 200); Casación, 21 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 457). Demolombe, t. 19, núms. 560 y 566. Compárese á Dalloz, núm. 3,904.

en la misma línea, por demostrar á todos ellos el testador un efecto igual en proporción de las liberalidades que les hace; á todos, pues, debe afectar proporcionalmente la reducción. La desigualdad, la preferencia otorgada á uno de los legatarios con perjuicio de los otros es una excepción, y toda excepción debe ser terminante, expresa; esto resulta de la naturaleza misma de la excepción.

El tribunal de París aplicó este principio en el siguiente caso. Un testador legó la cantidad de 300,000 francos, añadiendo que la legataria la recibiría, con preferencia y anterioridad á cualesquier otros legados, de los más claros y limpios de sus bienes muebles é inmuebles, cualquiera que fuese su naturaleza. El mismo testador declaró después en un codicilo, que, además de los 300,000 francos ya legados, daba á la misma legataria 180,000, que también debería recibir, cuando él falleciera, del más claro y limpio de sus bienes, cualquiera que fuese su naturaleza. Fué necesario reducir los legados. El primero de 300,000 francos tenía que pagarse de preferencia, pues así lo había declarado expresamente el testador; y se creyó que lo mismo se debía hacer con el segundo, por reproducir la cláusula del codicilo "que tomaría del más limpio y claro de sus bienes" la idea contenida en el testamento; pero lo contrario probaba la comparación de ambas cláusulas, puesto que formalmente había dicho en el testamento el testador que el legado de 300,000 francos debían pagarse de preferencia á los demás, mientras que no había dicho otro tanto en el codicilo relativo al segundo legado; y así hubiera podido admitirse cuando más una preferencia tácita. Pues bien, es necesario que haya una declaración expresa, puesto que se trata de introducir una excepción á una regla general. (1)

125. Se han buscado causas de preferencia en la natu-

1 París, 25 de Febrero de 1836 (Dalloz, núm. 3,900, 1°).

raleza de los legados; pero esto se opone al principio tal como se haya formulado en el artículo 927. Se puede colegir de la naturaleza del legado una voluntad tácita de conceder una preferencia á uno de los legados; pero no basta una voluntad tácita, puesto que la ley, de acuerdo con los principios, exige una declaración expresa de la intención del testador.

Se lega á un fallido una renta vitalicia, la cual, dadas las condiciones del legatario, tiene el carácter de legado de alimentos. De aquí cierta probabilidad de que en caso de reducción, la renta alimenticia gozará de preferencia con relación á los demás legados; pero hay que contestar que no basta la probabilidad; y que, aun cuando en el caso resulta una presunción, la ley no se contenta con presunciones, y quiere una declaración expresa. (1)

Se ha querido sustraer de la reducción los legados de usufructo, citándose el artículo 611, conforme al cual el usufructo particular no está sujeto á deudas. Todos los legatarios particulares podrían pretender igual preferencia, dado que el artículo 611 no es más que aplicación del 1,024, que preceptúa que el legatario á título particular no está obligado á pagar deudas de la herencia. Pero este artículo añade: "Salvo la reducción del legado, como queda dicho." La ley entiende hablar de la reducción que se hace proveer á la reserva; y esa reducción tiene tambien lugar, conforme á los mismos principios, cuando el activo de una herencia beneficiaria no basta para pagar las deudas y los legados. En ese caso no se puede decir que los legados contribuyen al pago de las deudas; es menester decir que se pagan las deudas antes que los legados y que forzosamente quedan reducidos éstos, puesto que no basta el activo hereditario para pagarlos. (2)

1 Caen, 6 de Enero de 1845 (Dalloz, 1845, 2, 115).

2 Denegada, 3 de Febrero de 1843 (Dalloz, núm, 4,007).

Hay otra causa de preferencia que algún apoyo ha encontrado en los autores y en los tribunales. Los legados de cosa cierta, por su naturaleza, se dice, quedan excluidos de la ley común. Concíbese la reducción entre acreedores cuando su garantía no basta para satisfacerlos íntegramente. Pero los legatarios de cosa cierta no son acreedores, sino propietarios, que ejercitan un derecho real, como cualquier otro propietario que reivindica algo contra la herencia; no hay contribución más que entre los legatarios de cantidades en numerario ó de cosas indeterminadas. Ya tuvimos ocasión de conocer esta doctrina en materia de reserva, y hemos creído deber rechazarla. (1) La cuestión es igual cuando se hace la reducción por no bastar el activo hereditario. Es preciso atenerse al principio de que según la mente del testador, todos los legatarios tienen igual derecho, de suerte que si hubiera previsto que no bastarían sus bienes para pagar todos los legados, él mismo los hubiese reducido proporcionalmente. Ninguna influencia ejerce la naturaleza de los legados en esa reducción; no se dirá que el testador manifestó mayor afecto á aquél de sus legatarios á quien legó una quinta por valor de 50,000 francos, que al que legó la misma cantidad de 50,000 francos; y así ha de ser igual la condición de ambos. ¿Qué importa que uno de ellos adquiriera directamente la propiedad de la cosa cierta que le fué legada, en tanto que el otro sólo tenga una acción personal? No es exacto decir que el legatario de cosa cierta reivindica contra la herencia la que le fué legada, siendo así que debe demandar su entrega al heredero deudor del legado, tanto como el legatario de una cantidad de dinero; y en este sentido todos los legatarios son acreedores. En otro, son propietarios porque el artículo 1,014 dice que todo legatario puro y simple da al legatario un derecho á la cosa legada, y ese derecho no

1 Véase el tomo 12 de mis *Principios*, pág. 271, núm. 181.

es otro que la propiedad. (1) Así los legatarios son acreedores y propietarios á la vez todos ellos; desde entonces la naturaleza de la cosa legada no puede establecer ninguna diferencia entre ellos y lo concerniente á la reducción de los legados. Después de todo, la naturaleza del legado no puede producir sino probabilidad mayor ó menor en favor del legatario; mas, por muy robusta que sea la probabilidad, nunca equivale á la declaración expresa que exige el artículo 927. La jurisprudencia ha acabado por aceptar esta opinión. (2) Ha y fallos en sentido contrario pero que no responden al argumento, decisivo á nuestro entender, que resulta del artículo 927. (3)

§ V. DE LOS LEGADOS PARTICULARES.

ARTICULO 1. Qué cosas pueden ser legadas.

126. Generalmente, puede legarse toda clase de bienes, muebles ó inmuebles, con tal que estén dentro del comercio. Deben estar en el comercio, puesto que el legado es una manera legal de transmitir la propiedad de las cosas. También pueden legarse cosas incorpóreas, créditos ó derechos reales. Con sólo que se legue un derecho real inmueble, tal como una servidumbre, efectúase la translación de propiedad, con relación á tercero, únicamente por efecto del testamento, sin necesidad de que se haga la transcripción del legado; nuestra ley hipotecaria no sujeta á esa transcripción más que los actos entre vivos, translativos

1 Denegada, 3 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 200); Casación, 30 de Marzo de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 151). Casación, 16 de Agosto de 1859 (Dalloz, 1859, 1, 339); Denegada, 29 de Noviembre de 1865, (Dalloz, 1866, 1, 157).

2 Denegada, 11 de Enero de 1839 (Dalloz, núm. 3,908, 2°); Orleans, 7 de Abril de 1848 (Dalloz, 1851, 2, 99) París, 23 de Enero de 1851 (Dalloz, 1851, 2, 200); Casación, 25 de Noviembre de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 457).

3 Tolosa, 18 de Abril de 1834 (Dalloz, núm. 3,909, 3°), y 14 de Julio de 1840 (*Id.*, núm. 4,362); Bruselas, 19 de Mayo de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 119).

de derechos reales inmuebles. En el título de las *Hipotecas* volveremos á este punto. También se puede constituir una hipoteca por testamento, para garantía de los legados hechos por el testador. La hipoteca testamentaria está sujeta á la ley de publicidad; en lo cual hay verdadera anomalía; porque la hipoteca es también derecho real inmueble (ley hipotecaria, art. 1).

Pueden también legarse hechos, con tal que sean lícitos y posibles. En el título de las *Obligaciones*, diremos lo que se entiende por hechos ilícitos é imposibles. Los principios son los mismos en materia de legados.

El código no establece la regla que acabamos de indicar de acuerdo con todos los autores, (1) sino que se limita á resolver las dificultades bastante numerosas que ocurren al aplicar el principio.

Núm. 1. Del legado de cosa aiena.

127. El artículo 1,021 prescribe: "Cuando hubiese legado el testador una cosa aiena, será nulo el legado, ora haya sabido ó no el testador que ella no le pertenecía." Esto es una derogación del derecho antiguo; pues conforme al romano, se admitía como válido el legado cuando sabía el testador que le hacía de cosa aiena. Esto no era que el testador pudiese disponer de lo que no le pertenecía; sino que al legar una cosa que sabía no era suya, no podía tener otra intención que la de encargar á su heredero que comprara la cosa legada y la entregara al legatario. El testador no podía obligar al propietario á vender la cosa; con sólo, pues, que éste se negara á venderla, ó que pidiera un precio que no estuviese en relación con su valor, el heredero quedaba obligado á pagar la estimación al legatario. Si, por el contrario, creía el testador que la cosa era suya, aunque estuviera en poder de otro, sería nulo el le-

¹ Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núms. 158 y 177. Duranton, t. 6^o, pág. 246, núm. 233, y pág. 249, núm. 239.

gado. Era dudoso, en efecto, que el testador habría hecho el legado sabiendo que no era propietario; mas las liberalidades testamentarias deben ser expresión de una voluntad cierta; y un legado dudoso no es legado. Sin embargo, se admitía una excepción y se mantenía la validez del legado cuando el testador y el legatario estaban unidos por el vínculo de la sangre, del matrimonio ó de la amistad, porque, en ese caso, era casi cierto que el testador habría donado, aun cuando hubiese sabido que no le pertenecía la cosa. (1)

Estas distinciones daban lugar á muchas dificultades en la aplicación; y es indudable que para prevenir cualquier discusión los autores del código prohibieron el legado de cosa aiena. En el consejo de Estado, Treilhard tildó de sutil la doctrina romana y dijo que más valía exigir una declaración neta y clara de la voluntad del testador. Como regla práctica, es ciertamente preferible la disposición del código; sin embargo, no es justo acusar de sutiles á los jurisconsultos romanos, cuando no hicieron más que interpretar con su habitual ingenio, la voluntad del testador. El derecho es sutil por naturaleza, y son de esencia en él las distinciones; por tanto, no hay que reprochar á los jurisconsultos, nuestros maestros, lo que es para ellos timbre de gloria. (2)

128. ¿Qué se entiende por legado de cosa aiena? No basta que el testador legue una cosa que no posee en el momento de testar para que haya legado de cosa aiena, es menester que ésta pertenezca á determinada persona extraña, lo cual implica que también la cosa debe ser determinada. Es, pues, muy válido el legado de alguna indeterminada, aunque el testador no posea las cosas que lega:

1 Coin-Delisle, pág. 479, núm. 2, y pág. 480, núm. 6 y los autores que cita.

2 Sesión del consejo de Estado de 27 ventoso, año 11, núm. 9 (Lo cró, t. 5º, pág. 271.)

si lega géneros, pero sin tenerlos, no lega cosa agena. Sucede con el legado lo que sucede con la venta de cosa agena; esta expresión tiene un sentido tradicional, en el cual la han usado los autores del código. En este particular hay un perfecto acuerdo. (1)

129. Es necesario, pues, que el legado tenga por objeto una cosa cierta que sea propiedad de otro. Si el testador tiene en ella algún derecho, aunque sólo sea eventual, no hay legado de cosa agena. Ocurrió un caso singular en la sala de casación. Poseía la testadora el inmueble legado, hacía ya más de treinta años; y al legarle, declaró que no era su voluntad aprovechar la prescripción para adquirir la propiedad, sino que proponía que se restituyera á su antiguo dueño ó á sus causahabientes, si reclamaban oportunamente después de su fallecimiento: ¿era nulo aquel legado como de cosa agena? No, dijo la sala, porque la testadora había adquirido la propiedad del inmueble por la prescripción de treinta años; renunciaba, ciertamente, el beneficio de la prescripción, pero sólo respecto de aquel contra quien ella decía haber prescripto; respecto de todos los demás, había conservado íntegros los derechos anexos á la posesión, derechos que formaban parte de su patrimonio, y que ella podía transmitir á sus herederos ó legatarios con las condiciones que quisiera: que era precisamente lo que había hecho. En el caso de que sus legatarios no descubrieran al antiguo propietario en el término que ella les había fijado, les encargaba que pagaran la cantidad de 1,800 francos á los pobres del lugar. En suma, ella había dispuesto de una cosa en la cual, aun respecto del propietario, conservaba un derecho eventual; por lo cual era válido el legado. (2)

1 Coin-Delisle, pág. 480, núm. 7 y pág. 479, núm. 3 del artículo 1,021 y todos los autores.

2 Casación, 24 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 351).

Con mayor razón no habría legado de cosa agena si el testador fuera propietario de la cosa legada al tiempo de su fallecimiento. Los legados no producen efecto sino á la muerte del testador; sólo hasta ese momento se puede saber si el testador lega una cosa que pertenece á otro. Así opinan todos los autores, menos Zachariæ, y es inútil insistir en su disentimiento. (1)

130. Habría legado de cosa llena en uno concebido como sigue: "Encargo á Pedro, mi legatario universal, que se haga de la casa de Pablo, durante el año siguiente á su fallecimiento para entregarla á mi sobrino; en el caso de que no pueda conseguirlo, pagará 20,000 francos á éste último." Hay conformidad para resolver que el legado es válido; sin embargo, en la sustancia, el legado de cosa agena no era distinto en el derecho antiguo. ¿No podría objetarse que esto era hacer indirectamente lo que la ley prohíbe que se haga directamente? No, porque el testador no lega realmente una cosa agena, sino un hecho, al encargar á su legatario universal que se procure la casa, ó bien que pague 20,000 francos al sobrino del testador; y es muy válido el legado de un hecho lícito y posible. Que el hecho sea lícito, es cierto, así como que es posible, puesto que todo lo que el testador pide á su heredero, es que haga ofertas al propietario de la casa.

Se ha dado otra interpretación á ese legado para demostrar su validez; es, dicen, un legado con alternativa; una de las cosas que él comprende, la casa, no puede ser su objeto, puesto que la casa es agena; pero la cantidad de 20,000 francos sí puede darse lícitamente; por tanto valdrá el legado como el legado de una cantidad de dinero. Nos parece que no es exacta esta explicación. No hay la alternativa que se supone; el testador no dijo que legaba la casa de Pablo ó 20,000 francos, sino deseaba que su here-

1 Demolombe, t. 21, pág. 614, núm. 681 bis y los autores que cita.

dero comprara la dicha casa, y ese era el objeto principal del legado, pues sólo en caso de negativa de Pablo, encargaba al legatario que pagara aquella cantidad á su sobrino. No cumpliría, pues, el legatario con pagar la cantidad para libertarse de su deuda; sino que será menester ante todo que haga ofertas al dueño de la casa, y sólo en el caso de que no sean aceptadas, deberá pagar la cantidad que, en la mente del testador, equivale á la casa.

Hay un caso análogo previsto por el artículo 1,020. La cosa legada está gravada con usufructo; el testador encarga al deudor del legado que la redima; el encargar que se adquiriera el usufructo pertenece á un tercero. Si no consigue redimirla, deberá al legatario el valor del usufructo. El código considera, pues, esta carga como desvalida, y con ello implícitamente hace válida la carga que consiste en adquirir la propiedad de la cosa; porque, desde el punto de vista de los principios, ambos casos son idénticos.

Podría estar concebido el legado de manera que hubiese obligación alternativa. Si el testador dijo: Lego la casa de mi vecino ó 20,000 francos, el legado es alternativo. En ese caso, es aplicable por analogía el artículo 1,192, según el cual es pura y simple la obligación, si no puede ser objeto de ella una de las dos cosas que de una manera alternativa comprende ella misma. Ahora bien, perteneciendo la casa á un tercero no puede ser legada, y quedará entonces la cantidad de 20,000 francos como objeto único del legado. Pero si el testador se hubiese limitado á decir: "Lego la casa de mi vecino," el legado sería nulo, porque lo sería de cosa ajena, y el artículo 1,021 dice de una manera absoluta que ese legado es nulo. (1)

131. ¿Puede legar el testador la cosa del heredero *ab intestato* ó del legatario universal? Mucho se controvierte es:

1 Duranton, t. 9°, pág. 254, núms. 245-247; Demolombe, t. 21, página 615, núms. 682 y 685.

te punto. (1) Es preciso distinguir los diversos casos que pueden ocurrir.

La jurisprudencia admite que puede el testador legar la cosa del heredero en forma de carga ó de condición. Si el testador instituye un legatario universal con la carga de dar á Pedro una cosa que le pertenece, ó con la condición de dar esa casa á Pedro, es válido el legado. Así lo resolvió implícitamente el tribunal de París, y en casación, la sala declaró que había hecho él la aplicación más justa de la ley. (2)

Los autores sostienen generalmente la misma opinión, excepto Merlin, que la combate con energía, tratándola de absurda, porque equivale á decir que el testador puede hacer indirectamente lo que no le es lícito hacer directamente. Sin embargo, hay un proverbio antiguo que dice lo contrario: *Multa fiunt per indirectum quæ non possunt fieri directe*; y cuando hay dos principios que parecen estar en contradicción, esto prueba que ninguno de los dos es verdadero de una manera absoluta. ¿En qué sentido se dice que no es lícito hacer indirectamente lo que la ley prohíbe que se haga directamente. En el sentido de que no se permite eludir la ley, y en el de que es menester que sea ella de orden público, porque las de interés privado sí pueden derogarse. Si la disposición no tiene por objeto eludir la ley, es decir, violarla, sino algo distinto de lo que ésta se ha propuesto, ya no hay razón para anularla. Tal es lo que pasa con el legado de cosa perteneciente al heredero cuando se hace en forma de carga ó de condición. El testador no piensa en eludir, porque hace una disposición distinta de la prohibida por la ley. ¿Qué prohíbe ésta? Legar una cosa agena. ¿Prohíbe también instituir un heredero con la carga de dar á un tercero una cosa que le pertenece?

1 Véanse los principios en Dalloz, núms. 3,769-3,775.

2 París, 7 de Junio de 1820 y denegada, 19 de Marzo de 1822 (Dalloz, núm. 3,772).

Esta nueva disposición difiere de la que prohíbe la ley, y no tiende á eludirla; por consiguiente, debe hacerse á un lado el principio invocado por Merlin. (1)

¿Es cierto, como este autor lo dice, que el legado de una cosa del heredero, hecho en forma de carga, equivale absolutamente al legado de cosa agena? Vamos á citar un ejemplo tomado de la jurisprudencia, que prueba que el testador puede tener excelentes razones para legar la cosa del heredero en forma de carga, y que esta disposición es completamente distinta del legado puro y simple de cosa agena. Quiriendo una testadora poner á su tío en la imposibilidad de disipar el capital de la fortuna que le lega ella y dejar sus propios bienes á cubierto de esa disposición, le instituye legatario universal del usufructo, con cargo de dar á un tercero la nuda propiedad de tales bienes; según la mente de la testadora, sólo bienes en usufructo deberían quedar á su tío. (2) He ahí el legado de cosa del heredero: legado que por cierto tenía por objeto algo absolutamente distinto del legado puro y simple de cosa agena; y así, de que la ley prohíba que se legue una cosa agena, no se puede inferir que prohíbe hacer indirectamente un legado en forma de carga. La argumentación de Merlin constituye un abuso de la lógica.

El único punto que aún queda como dudoso es saber si debe expresarse terminantemente la carga ó condición. En el caso que acabamos de citar, se resolvió que no era necesaria tal cosa, que basta con que la carga ó condición resulten del conjunto del testamento ó de las circunstancias de la causa. No nos atreveríamos á ir hasta allá. La regla es que el legado de cosa agena es nulo. Esta regla se aplica á la cosa del heredero, como lo vamos á ver; sólo

1 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legado*, sec. 3ª, núm. 10 (t. 18, página 20).

2 Orleans, 31 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1852, 2, 16). El mismo fallo se cita en Dalloz, 1849, 2, 125.

por excepción puede el testador disponer de lo que no es suyo cuando ésto lo hace en forma de carga ó de condición. Y bien, ¿no es de esencia de toda excepción el que no esté formulada de una manera expresa? ¿Se puede admitir una excepción tácita? No lo creemos.

132. ¿Es preciso avanzar más y decir que el legado de cosa del heredero es siempre válido? Los autores están divididos y hay fallos en sentido opuesto. Creemos que el tal legado es nulo, como resulta del tenor y espíritu de la ley. El artículo 1,021 establece que cuando el testador hubiere legado una cosa agena, será nulo el legado. ¿Qué se entiende por cosa agena? El tribunal de Bruselas responde: Todo lo que es de otra persona; en consecuencia, todo lo que no pertenece al testador; sin distinción de las relaciones que pueda haber entre él y el dueño de la cosa; y así, la cosa del heredero es cosa agena, como lo es la de alguien extraño al testador. He aquí el argumento de ley que debería bastar, puesto que es terminante. ¿Cuál es el espíritu del código civil? El artículo 1,021 no es una disposición aislada; el 1,599 consagra un principio análogo al establecer que la venta de cosa agena es nula. Es, pues, un principio general de nuestra legislación moderna, el de que nadie puede disponer de lo que no le pertenece. Si hubiese entendido el legislador que establecía una excepción en cuanto al legado de cosa del heredero, habría debido decirlo, puesto que nunca se presumen las excepciones; y no estableciendo la ley ninguna; debe aplicarse la regla general respecto de la cosa del heredero lo mismo que de la de un tercero. (1)

Hay fallos en sentido contrario hasta del tribunal de Bruselas cuya autoridad acabamos de invocar, pero de los

1 Bruselas, 14 de Julio de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 222). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 17 de Octubre de 1821 (*Pasicrisia*, 1821, pág. 469). Troplong, t. 2º, pág. 179, núm. 1,949.

cuales bien podemos desentendernos, puesto que apenas si están motivados. (1) Los motivos de aquella opinión se ven desarrollados extensamente en una sentencia del tribunal de Bastia, (2) que, se inspiró en la traducción romana en una materia en que el legislador francés rompió con el pasado. En derecho romano, se distinguía entre el legado de cosa agena y el de cosa del heredero; pero el código solamente anula el primero de estos legados, manteniendo por lo mismo implícitamente los principios antiguos en lo relativo al segundo de dichos legados. Si el código hubiese consagrado la doctrina tradicional en lo relativo al legado de cosa agena, se habría podido inferir de ello que tácitamente mantiene la antigua doctrina de la validez del legado que recae en cosa del heredero. Pero rechazando el código el principio tradicional de cuanto al legado de cosa agena, es menester decir con el tribunal de Bruselas que no había de valer el legado de cosa del heredero sino á título de excepción, y que no aprobando la ley esta excepción, no corresponde al juez el establecerla. Esto es decisivo si se admite que el legado de cosa del heredero es legado de cosa agena. El tribunal de Bastia lo niega por una razón extraña. A consecuencia de la aceptación de la herencia, hay confusión de personas entre el heredero y el testador; los bienes del difunto llegan á hacerse del heredero, y por lo mismo, los bienes de éste se convierten en los de aquél. Ciertamente que no puede tomarse esto á lo serio. ¿Cómo el testador había de ser dueño de disponer de los bienes de su heredero, porque el heredero es representante del difunto! ¿Por ventura, el difunto sería también representante de su heredero? A lo menos, dice el tribunal

1 Fallos de la sala de casación de 4 de Enero de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 285) y del tribunal de apelación de 20 de Marzo de 1823 (*Id.*, 1823, pág. 371).

2 Bastia, 3 de Febrero de 1836 (Dalloz, núm. 3,773, 2º). En el mismo sentido, Toullier, t. 3º, 1, pág. 293, núm. 517; Duranton, t. 9º, pág. 262, núm. 251; Coin-Delisle, pág. 482, núm. 18 del art. 1,021.

de Bastia, el legado de cosa del heredero no es legado de cosa de un *tercero*. ¿Será menester preguntar al tribunal dónde se ha dicho que la ley anula el legado de cosa perteneciente á un *tercero*? Y, en punto á propiedad, ¿todos los que no son propietarios no son terceros respecto de aquél que es el único que tiene la propiedad de la cosa? Finalmente, dice el tribunal, todo legado de cosa del heredero implica una carga ó una condición, y con ese título es válido. Igual motivo se encuentra en un fallo del tribunal de Bruselas; (1) él prueba cuán peligroso es admitir una condición ó una carga tácitas; no se contentan ya con una carga que resulte del testamento ó de las circunstancias del caso, sino que también se induce la condición de la naturaleza del legado, por manera que habría legados condicionales de pleno derecho. Sólo el legislador puede sobre entender sobre condiciones; el intérprete no lo puede.

133. ¿Se aplican estos principios al legado del usufructo? Tal cuestión ocurrió en las circunstancias que siguen. Cierta mujer lega á su marido el usufructo de todos los bienes que deje ella al fallecer. Se pregunta si ese legado comprende el usufructo de los bienes cuya nuda propiedad la mujer no tenía al morir, por haber pertenecido el usufructo á su padre. La cuestión se reduce á si el legado litigioso es legado de cosa agena. Solamente los que sean extraños al derecho pueden abrigar una duda como ésta. Tal como lo dijo el tribunal de Burdeos en una sentencia muy bien fundada, el usufructo es un desmembramiento temporal de la propiedad; el goce pertenece esencialmente al nudo propietario, puesto que debe comenzar á la muerte del usufructuario; hay, pues, un derecho más que eventual, un derecho cierto; lo único incierto que hay es la época en que se unirá el usufructo á la propiedad, y en ese sentido el derecho se hace eventual para el legatario del usu-

1 Bruselas, 18 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, pág. 46).

fructo, puesto que bien puede suceder que preceda al usufructuario. Siempre quedará en pie que ese derecho está en el dominio del nudo propietario, quien por lo tanto puede disponer de él. (1) Muchas objeciones se presentaban en el caso que ocurrió; pero creemos inútil contestar á ellas, pues el fallo de aquel tribunal da una respuesta decisiva.

134. Pues que es legado de cosa ajena es nulo, ninguna acción tiene el legatario contra el que está encargado de pagársele. Mas ¿cuál será el efecto que produzca su pago? Si éste es hecho por el dueño de la cosa, la nulidad viene á quedar cubierta con la ejecución del legado, ejecución que importa una confirmación. Tal confirmación es válida, puesto que no se trata de una nulidad de orden público; pero ya se entiende que suponemos que la confirmación reúne las condiciones de la ley. En este sentido hay un fallo del tribunal de Lieja. El marido incluye en un legado que hace algunos bienes de su mujer; ésta ejecuta el legado, y después de muerta, sus herederos reclaman la nulidad del legado en cuanto á que tiene por objeto bienes de la mujer, puesto que es legado de cosa ajena. Se ha resuelto que habiendo ejecutado la mujer un legado de bienes que le pertenecían, había quedado reparada la nulidad. En efecto, la mujer había expresado de una manera formal su voluntad de ejecutar en todo las disposiciones de su esposo. (2)

135. Puede suceder que se ejecute el legado por el heredero que ignore, lo mismo que el testador, que la cosa pertenecía á otro. Dicho se está que el propietario conserva su derecho; si reivindica, ¿tendrá derecho á la garantía el legatario vencido? La negativa es indudable. Si el comprador á quien judicialmente se despoja tiene acción con-

1 Burdeos, 16 de Junio de 1863 (Dalloz, 1863, 2, 157).

2 Lieja, 13 de Agosto de 1835 (*Pasicrisia*, 1835, 2, 313).

tra su vendedor, es porque éste se obliga á trasferir la propiedad de la cosa vendida, y está obligado á cumplir con lo que ofreció; en tanto que ni el testador ni su heredero contraen ninguna obligación de garantía para con el legatario. Más adelante veremos en qué caso, por excepción, tiene derecho el legatario á la garantía. (1)

Núm. 2. Legado de una cosa indivisa.

136. El legado de una cosa indivisa no es legado de cosa aiena, puesto que cada uno de los propietarios tiene un derecho que se extiende á toda la cosa en tanto que subsiste la indivisión. Pero la partición ó la licitación puede resolver el derecho de los indivisarios; pues efectivamente, la partición es declarativa de la propiedad, y de aquí la consecuencia consagrada por el artículo 883 en lo que mira á los herederos, sobre que se reputa haber sido siempre cada uno de ellos propietario de los objetos puestos en su parte, ó que se le adjudicaron en el remate, sin haber tenido nunca la propiedad de otros bienes de la herencia. Es preciso tener en cuenta este principio cuando se trata de determinar los efectos de un legado que tiene por objeto una cosa indivisa, pero no se le debe aplicar de una manera absoluta; porque en materia de legados, la intención del testador es la que resuelve, mucho más que las ficciones de derecho establecidas por el legislador. Hay, pues, en esto, varios principios que conciliar, y de ahí la necesidad de distinguir.

137. Supongamos por de pronto que al morir el testador cesó la indivisión. Si cesó por la venta que hizo el testador de su parte, es menester aplicar el artículo 1,038 que dice: "Toda enagenación que haga el testador de todo ó parte de la cosa legada importa la revocación del legado en cuanto á todo lo que se enagenó." Si hubo partición y

1 Duranton, t. 9º, pág. 264, núm. 253 y todos los autores.

el testador tuvo su parte en especie en la cosa indivisa, el legatario tendrá esa parte: en ese caso coincide la intención del testador con el efecto de la partición; legó su parte, y la partición le dió esa parte en especie. Pero la partición puede atribuir también la cosa por el todo al testador; ¿tendrá derecho el legatario, en este caso, á toda la cosa? No es el efecto de la partición el que resuelve el caso; es menester ver lo que el testador quiso dar al legatario; si no le legó más que su parte, los términos mismos del legado prueban que no tuvo propósito de darle todo; poco importa que á su muerte sea propietario del todo, el legatario no podrá reclamar sino lo que le fué legado, y no tendrá derecho á toda la cosa más que cuando los términos del legado prueben que el testador entendió darle toda la cosa. Para admitir que el testador lega toda la cosa indivisa, es menester suponer que hay otras cosas también indivisas. lo cual acontece en caso de sucesión, de comunidad ó de sociedad; el efecto del legado estará determinado entonces por el resultado de la partición; si la cosa queda en el lote del testador, tendrá derecho á ella el legatario, puesto que le fué donada; pero si no cae en su lote, caducará el legado, puesto que la cosa legada no se halla en la sucesión del testador, respecto del cual se reputa no haber tenido nunca derecho á ella. Si una cosa indeterminada es la que pertenece á varias personas pro indiviso, cada quien de ellas no tendrá más que su parte, y no se puede suponer que cuando ella lega sus derechos á esa cosa, entendió disponer de más que de su parte. Puede dar menos, el que es copropietario por mitad puede no legar más que un tercio ó un cuarto; y aun cuando se le aplicara la cosa por el todo, no podría reclamar el legatario sino la parte que se le había dado, y caducaría el legado si la cosa indivisa fuera aplicada á otro copropietario. (1)

1 Coin-Delisle, pág. 481, núms. 12-15, Duranton, t. 9º, pág. 257,

La sala de casación, aplicando estos principios, resolvió que si el testador legó la mitad de una granja indivisa entre él y un tercero y la mitad de un molino también indiviso y si, por la partición, el testador adquiere en propiedad la totalidad de la granja, no conservando ningún derecho en el molino, no tendrá derecho el legatario más que á la mitad de la granja, puesto que le fué legada por mitad; pero ninguno tendrá en el molino, por no hallarse en el patrimonio del testador, el cual se estima no haber tenido nunca en él ningún derecho. (1)

138. Supongamos ahora que subsiste la indivisión al fallecer el testador. Hay un caso en que no es dudosa la resolución. El copropietario de un fundo lega su parte ó sus derechos á ese fundo; el legatario ocupa el lugar del difunto, á quien sucede en su derecho, será, pues, copropietario pro indiviso por la parte que pertenecía al testador; la partición determinará sus derechos; tendrá ó su parte dividida en el fundo, ó su parte en forma de lote, ó todo el fundo con obligación de pagar un lote á sus copropietarios. Nunca puede tener todo el fundo, porque el testador no puede legar más que su parte, lo cual sería legado de cosa ajena, que anula el artículo 1,021. Así sería aun cuando el testador hubiese dicho que legaba su fundo, pues no habría podido legar sino lo que le pertenecía, es decir, su parte indivisa. (2)

Si la cosa legada forma parte de una masa indivisa, comunidad, sociedad, sucesión, el derecho del legatario dependerá, según nos parece, del resultado de la partición. Si la cosa legada queda en el lote de los herederos del testador. (3)

núm. 248. Demolombe, t. 21, pág. 626, núm. 692 y los autores que citan.

1 Denegada, 28 de Febrero de 1826 (Dalloz, núm. 3787) Comparaese con lo resuelto en Caen á 4 de Junio de 1825 (Dalloz, número 3772).

2 Duranton, t. 9º, pág. 257, núm. 248 y todos los autores. Metz, 30 de Marzo de 1816 (Dalloz, núm. 3780).

tador, tendrá derecho á ella el legatario por el todo, puesto que así fué como se le dió, y el testador pudo darla, por reputarse que siempre fué propietario de ella. Pero ¿qué deberá decirse si la cosa queda en el lote de un coheredero del testador? En este punto, está dividida la opinión. A nuestro juicio, hay que aplicar el artículo 883, estimándose que el testador, por efecto de la partición, nunca fué propietario de la cosa legada, no pudo disponer de ella, que es el legado de cosa ajena, nulo por tal motivo. (1) Se objeta que el testador se propuso legar ó la cosa, ó su valor, pues si la cosa no fué puesta en su lote, se pondría entonces cualquier valor que equivalga á ella, y ese valor, dicen, es el que puede reclamar el legatario. (2) Pero respondemos que esto es ceder á la mente del testador; éste no legó la cosa ó su valor, sino una cosa determinada en la cual tenía un derecho indiviso; mas el derecho indiviso depende de la partición, y se desvanece si la cosa cae en el lote de un copropietario de aquel que dispuso de ella; y aunque en realidad recibe un valor en cambio, la ley no ve en ello un cambio; ni el testador donó aquel valor; en consecuencia el legatario está sin derecho. Otros intérpretes hacen á un lado el artículo 883 diciendo que no habla con el legatario, quien no puede acogerse á él y á quien no se le puede objetar con él mismo. (3) En verdad que esto es una ficción, pero ficción de que la ley hace una regla, un principio; es menester, pues, aplicarla como tal, salvo que á ello se oponga la voluntad de las partes. En nuestro caso se trata de saber cuál es la intención del testador que lega un derecho indiviso. Cuando no explica su idea, debe creerse que fué su mente conformarse

1 Demante, continuado por Colmet de Santerre, t. 4º, pág. 351, núm. 166 bis, t. 7º. Compárese con Marcadé, t. 4º, pág. 103, artículo 1,021, núms. 1 y 2.

2 Demolombe, t. 21, pág. 631, núm. 695 y los autores que cita.

3 Aubry y Rau, t. 5º, pág. 537 y notas 15, 17, pfo. 675 y los autores que citan.

con el principio establecido por la ley. Es indudable que él le puede derogar, pero si quiere hacerlo, que lo diga.

139. El código civil contiene una disposición especial para el caso de que el marido disponga de un objeto de la sociedad conyugal. Explicaremos el artículo 1,423 en el título del *Contrato de matrimonio*, que es el lugar de esta materia.

Núm. 3. Legados de cosas determinadas.

140. Cuando se lega una cosa determinada, tiene derecho á ella el legatario desde el fallecimiento del testador (art. 1,014); y ese derecho queda realizado con la aceptación de la entrega. Falta saber lo que comprende la cosa legada. El artículo 1,018 responde que la cosa legada se ha de entregar con los *accesorios necesarios*; por consiguiente, el legado comprende los accesorios, mas no todos, sino sólo aquellos que son *necesarios* para usar la cosa. ¿Cómo se sabrá cuáles accesorios son necesarios, y cuáles no? Desde luego hay cosas que la misma ley declara accesorios inmovilizándolas: tales son los objetos muebles que el propietario coloca en un fundo agrícola ó industrial para uso y utilidad del fundo, ó bien los que fija para siempre; como esas cosas toman la naturaleza del inmueble al cual se hallan adheridas por un vínculo material ó por el destino que tienen, en provecho de la industria ó de la agricultura, forman un sólo cuerpo con el inmueble, y por eso quiere la ley que no puedan desprenderse, y son más que accesorios necesarios, partes del mismo fundo. (1) Hay otros accesorios que el mismo uso designa: tales son los citados por Pothier, de quien los autores del código tomaron el principio formulado por el artículo 1,018. Si se me legó un armario, se me debe entregar la llave, porque es un accesorio necesario de aquel mueble, ó por

1 Duranton, t. 9º, pág. 274, núm. 269. Compárese con el tomo 5º de mis *Principios*, pág. 638 y siguientes, núms. 433-476.

mejor decir, forma parte de él. (1) Los títulos de una heredad son accesorio necesario y deben entregarse al legatario. Por último, la voluntad del testador puede ser de que se entreguen ciertas cosas al legatario como accesorios. Pothier cita este ejemplo que trae Ulpiano. Un testador lega el usufructo de un fundo enclavado: deberá dejarse libre al legatario por el deudor del legado el derecho de tránsito, conforme á la mente del testador; no el paso legal será el que el propietario enclavado puede reclamar y por el cual debe pagar una indemnización; el legatario tendrá derecho al paso en virtud de su legado y el heredero deberá dársele sin indemnización. (2)

141. El artículo 1,018 añade que “debe entregarse la cosa legada en el estado en que se halle el día de la muerte del donante.” Antes de la muerte del testador, el legatario no tiene derecho alguno á la cosa legada; el testador conserva el derecho de disponer completamente de ella, usar y abusar, mejorarla y deteriorarla, pues no la lega sino para un tiempo en que él ya no vivirá; así es que comenzando con la muerte del testador el derecho del legatario, se sigue que se le ha de entregar la cosa en el estado en que se halle en aquel momento. En cuanto á los cambios que haya podido sufrir la cosa desde el fallecimiento hasta que sea entregada, se aplican los principios relativos á la deuda consistente en la entrega de una cosa cierta. Si la cosa tiene algún aumento natural sin cooperación del heredero, en virtud de un aluvion por ejemplo, el legatario se aprovecha de él, como sufre también las disminuciones debidas á caso fortuito. Si el heredero deterioró la cosa por su culpa, debe indemnizar al legatario; queda obligado á este respecto por la falta común, dice Pothier, es decir, que

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 275. *Intraducción á la costumbre de Orleans*, título 16, núm. 94.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 275. Demolombe, t. 21, pág. 635, núm. 703.

debe poner en la conservación de la cosa el mismo cuidado que un buen padre de familia (artículo 1,137.) Por el contrario, si el heredero hiciese gasto para la conservación de la cosa, debería reembolsárselos el legatario; si hizo obras útiles, debe el legatario permitir al heredero que quite las plantaciones y construcciones, á no ser que prefiera reembolsarle el costo. Es la opinión de Pothier. (1)

142. El artículo 1,019 prevee el caso en que aquél que legó la propiedad de un inmueble la aumenta con nuevas adquisiciones, y dice que aun cuando sean contiguas las adquisiciones, no se estimará que forman parte del legado, sino previa nueva disposición. Esto viene á ser una derogación del derecho antiguo. Pothier dice, en términos generales, que el legatario se aprovecha del aumento debido á hecho del testador desde el testamento, y aplica este principio al caso previsto por el artículo 1,019; si el testador, dice, compra unas fracciones de terreno y las incorpora á la granja que legó, debe entregarse al legatario la cosa legada con sus aumentos. ¿Por qué se separaron los autores del código de la opinión de Pothier, su ordinario guía? Es una interpretación de intención. En el derecho antiguo, presumíase que la voluntad del testador era comprender las nuevas adquisiciones en la cosa legada. Sin embargo, había una duda; una cosa determinada es la que constituye el legado; en el momento de testar, no puede el donante pensar en que se comprendan en el legado terrenos que no le pertenecen; si su intención es la de extender su liberalidad, tal extensión constituye una nueva liberalidad que exige también nueva disposición. (2)

143. El artículo 1,019 admite una excepción en favor del legatario: si se legó un espacio cerrado y ensancha el

1 Pothier, *Introducción al título 16 de la costumbre de Orleans*, número 93.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 265. Demolombe, t. 21, pág. 648, núm. 719.

testador el cerco, tal aumento aprovechará al legatario, aunque haya sido una adquisición nueva. La distinción que establece el código entre la adquisición de un terreno contiguo y el aumento de uno cerrado es algo sutil; pero se justifica cuando menos por la naturaleza de la cosa legada y por la intención del testador. El que extiende el cerco de un terreno que legó debe tener la intención de que se comprenda la nueva adquisición en su legado, el cual, por otra parte, comprende todo lo que está rodeado por el cerco: el nuevo terreno se identifica, pues, con la cosa legada y no podría separarse de ella. No sucede esto cuando el testador adquiere nuevas propiedades contiguas á un terreno abierto, ó que no formen uno cerrado: en este caso, sigue siendo distinta la cosa legada de los terrenos nuevamente adquiridos, y así son dos cosas de las cuales una fué legada y la otra no; desde luego, si el testador quiere que el legatario se aproveche de la nueva adquisición, debe hacer nuevo legado.

144. La disposición relativa á los terrenos cerrados da lugar á algunas dificultades. Se pregunta por de pronto si debe aplicarse al artículo 1,019 la definición que la ley de 6 de Octubre de 1791 (sec. IV, art. 6) da del espacio cerrado en estos términos: "Se estima cerrada una heredad cuando está rodeada de muros ó cuando está exactamente cerrada y rodeada de empalizadas ó de enverjados, ó de un seto vivo, ó de uno seco, ó de cualquiera otra clase de setos que se usen en cada localidad, ó de una zanja de cuatro piés de ancho en la boca y dos de profundidad." Esta disposición la citan muchos autores como útil para interpretar el artículo 1,019; pero no hay más que recordar el objeto de la ley de 1791, llamada *Código rural*, para convencerse de que nada tiene que ver con el legado la definición de cercado que da ella. La ley de 1791 es rela-

tiva á los delitos rurales y define la circunstancia agravante de lugar cerrado. Es cierto que todo terreno cercado, como lo quiere el código rural, es lugar cerrado, pero las condiciones que él exige no son aplicables al legado de un terreno cerrado, en el sentido de que éste puede ser tal, aunque no esté cerrado, como lo dice la ley de 1791. Es cuestión de hecho. (1)

En seguida se pregunta si el artículo 1,019 no se aplica más que á las heredades rurales. Siendo general la ley, hay que aplicarla á los fundos construidos; la sala de casación lo resolvió así en el siguiente caso. Un testador, que se había casado bajo el régimen de comunidad de gananciales, legó los suyos propios y particularmente, una casa patrimonial á su hermano y todos sus bienes muebles é inmuebles gananciados á su mujer. Posteriormente compró con los últimos dependientes de la sociedad, una casa y un jardín contiguos á la que tenía legada, destruyó ésta y construyó en su lugar otra mucho más amplia; después, en el sitio de la casa y del jardín nuevamente adquiridos, levantó un conjunto de construcciones que vinieron á ser como accesorios de la nueva habitación. Después de su muerte, la viuda ejecutó el testamento, que había podido impugnar en lo relativo á las nuevas adquisiciones; pero su heredero sostuvo que éstas y las nuevas construcciones no estaban comprendidas en el legado, puesto que no se trataba de un lugar cerrado. El tribunal de Poitiers declaró la validez del legado. Por una parte, resultaba del testamento que el testador había querido conservar en la familia sus bienes patrimoniales, que había entendido dar á su hermano su casa y todo lo que se le hubiere anexado por adquisición, reconstrucción y reparación. Por otra parte, la palabra cercado se aplica á los fundos edificados, lo mismo que á los no edificados, desde que se comprenden en

1 Coin-Delisle, pág. 476, núm. 7 del artículo 1,019.

el mismo recinto las construcciones. Quedaba una objeción que se hizo valer en apelación: el testador no había podido disponer de la nueva adquisición, puesto que, por su contrato de matrimonio, que estipulaba una sociedad de gananciales, los futuros cónyuges habían dado los gananciales al supérstite. La sala contestó que la mujer había tenido derecho de impugnar el legado en esa parte, pero que había aceptado y ejecutado el testamento, lo cual hacía que no se pudiera admitir la reclamación del heredero. (1)

145. La aplicación de los principios que acabamos de exponer da lugar á una dificultad más seria. Si el legado comprende una universalidad, tal como un dominio ó los inmuebles situados en determinado lugar, ¿se aprovechará el legatario de las nuevas adquisiciones? En lo general, es necesario responder negativamente. El artículo 1,019 está concebido en los términos más generales, habla del legado de un inmueble, sin distinguir si éste se compone de un sólo terreno, ó comprende una casa de habitación, jardines, prados, bosques: una quinta y un dominio son inmuebles. La ley añade que las nuevas adquisiciones no están comprendidas en el legado, aun cuando sean contiguas; el legislador no admite, pues, excepción, y exige, en todo caso, que haga el testador nueva disposición si quiere que aproveche el legatario las adquisiciones. Lo que confirma esta regla absoluta, es que el segundo párrafo del artículo 1,019 trae una derogación para el caso de que se hubiere legado un cercado; la excepción confirma la regla y así hay que estarse á ella. (2)

Lo mismo es necesario decir del caso en que el testador

1 Denegada, 6 de Enero de 1846 (Dalloz, 1852, 5, 341).

2 Coin-Delisle, pág. 475, núm. 4 del artículo 1,019. En sentido contrario, Mourlon, t. 2º, pág. 376, 1º, de acuerdo con Bugnet comentando á Pothier, t. 8º, pág. 300; Demolombe, t. 21, pág. 650, número 720.

legue los inmuebles que ponen en tal lugar. Si adquiere otros con posterioridad al testamento, no quedan comprendidos en el legado. En un legado particular, que cae por lo mismo bajo la aplicación del artículo 1,019; el que lega lo que *posee* no lega lo que *poseerá*; si al adquirir, tiene intención de hacer al legatario propietario de lo que adquiere, es menester que lo diga. En este sentido se ha formado la jurisprudencia. (1)

146. El artículo 1,019 añade que los embellecimientos y nuevas construcciones se comprende en el legado y aprovechan al legatario. Esto es la aplicación del principio general establecido por el artículo 1,013; la cosa legada debe entregarse al legatario en el estado en que se halle al morir el testador, y por lo mismo embellecida y mejorada, si el testador hizo embellecimientos y construcciones. En cuanto á éstas, ocurre una dificultad que es objeto de una controversia. Todos admiten que el art. 1,019 es aplicable cuando el testador hizo nuevas construcciones sobre las que ya existía; pero, dicen, cuando el legado recae en un fundo no edificado y en ese fundo construye el testador, caduca, lejos de aumentarse, el legado; pues la cosa legada no existe ya, toda vez que el testador donó un fundo, y á su muerte hay una casa. Volveremos á la cuestión de revocación al tratar de la de los legados. A nuestro juicio, subsiste el legado, y comprende las nuevas construcciones: así lo dice el artículo 1,019. Se objeta que al hablar de *nuevas* construcciones, supone la ley que ya habla otras; pero contestamos que la expresión *nuevas* construcciones significa también construcciones nuevamente hechas, es decir, posteriores al testamento. Esta interpretación está en armonía con los principios y con la mente del testador. El legado tiene por objeto la propiedad

1 Pau, 26 de Junio de 1824 (Daloz, núm. 3,704, 3^o). Caen, 12 de Julio de 1835 (Daloz, núm. 3,961, 2^o).

del fundo; luego recae sobre los accesorios de ésta, y tales son las construcciones. De este modo es como la hipoteca se extiende á las construcciones hechas en un fundo. Es verdad que en el momento en que construye el testador, todavía no existe el legado; de derecho no, pero si en el pensamiento del testador; y si construye en el fundo sin revocar el legado, su intención es aumentar éste, sabiendo que las construcciones son accesorio del suelo, y que por ese capítulo deben aprovechar al dueño del suelo; de modo que si es su voluntad que no se aproveche de ellas el legatario, y es su ánimo revocar el legado, tiene que decirlo expresamente. (1)

El legatario se aprovecha de las construcciones aunque no se hayan pagado; ésta sería deuda contraída por el difunto, y las deudas no son de cargo del legatario particular, aun cuando hayan sido contraídas en provecho suyo, sino que los sucesores universales deberán pagarlas. Hemos dicho más arriba que lo mismo sucedería en el caso de que las construcciones se hubieran hecho por un locatario á virtud de un arrendamiento obligatorio para el legatario.

147. El artículo 1,020 dice: "Si antes del testamento ó desde él, la cosa legada fué hipotecada para asegurar una deuda de la herencia, ó hasta de un tercero, ó si fué gravada con un usufructo, no está obligado á libertarla, el que debe pagar el legado, á menos que se le haya encargado hacerlo en una disposición expresa del testador."

El código deroga el derecho antiguo en lo relativo á la hipoteca cuando la deuda garantizada con ella era la del testador, el heredero estaba obligado á libertar la cosa, es decir, á pagar la deuda. Fundábase tal obligación en el

1 Duranton, t. 9º, pág. 272, núm. 267; Coin-Delisle, pág. 476, números 9 y 10 del artículo 1,019. Demolombe, t. 21, pág. 643, número 714. En sentido contrario, Vazeille, t. 3º, pág. 68, art. 1,019, núm. 5. Bayle-Monillard comentando á Grenier, t. 2º, pág. 753, número 317, nota a. Marcadé, t. 4º, pág. 100, núm. 2 del artículo 1,019.

principio de la entrega: el heredero obligado á entregar, decláse, debe por lo mismo procurar al legatario la libre posesión y goce de la cosa, debiendo en consecuencia libertarla de la hipoteca que sobre ella pesa. Si la cosa estaba hipotecada por la deuda de otro, también debía libertarla el heredero, en el caso de que el testador tuviera conocimiento de la hipoteca. El principio contrario establecido por el código es más jurídico y racional. No está bien decir, que el heredero debe procurar al legatario el goce libre de la cosa, pues esto es confundir la obligación del heredero con la del vendedor. Este se obliga á transferir la propiedad ó por lo menos la posesión libre; mientras que el heredero se obliga, nada más, á poner al legatario en posesión y entregarle la cosa en el estado en que se halle, es decir, desmembrada por un derecho real, si así la legó el testador. Tal es también la intención del mismo, que quiso darla hipotecada, y así la adquiere por consiguiente, el legatario. De aquí no resulta que debe pagar la deuda con que fué gravada la cosa legada; ya hemos dicho que no es tal el sentido del artículo 1,020 (núm. 95); de modo que si al perseguirle el acreedor hipotecario sale él vencido, podrá repetir contra el deudor.

El artículo 1,020 aplica el mismo principio al usufructo. Lo propio sucedía ya en la jurisprudencia antigua que, en este punto, había derogado al derecho romano, y ello es la aplicación de los principios que acabamos de exponer. Si ya el usufructo estaba establecido en el momento en que dispone de la cosa el testador, no lega más que la nuda propiedad, y así el legatario no tiene derecho más que á ella. El testador no podría ni siquiera legar directamente el usufructo, puesto que esto sería legar una cosa ajena. Si el testador es quien grava con usufructo la cosa legada, disminuye el legado desmembrando la cosa, y hace una revocación parcial.

Lo que el código dice del usufructo se aplica á todos los derechos reales inmuebles, servidumbres personales ó reales, enfiteuses y superficie: la razón que hay en ambos casos es idéntica.

En otro tiempo se invocaba, en apoyo de la opinión contraria, la intención del testador. Este puede sin duda imponer al deudor del legado la carga de desgravarle, pero si tal es su voluntad, es necesario que lo diga, y por una disposición expresa. ¿Por qué quiere la ley una disposición así? Porque tal obligación es una derogación de los principios generales. Por derecho común, el heredero debe entregar la cosa tal como fué legada, y sólo por excepción está obligado á más; mas toda excepción exige una disposición formal. La excepción engendra una ligera dificultad: si el heredero está encargado de comprar de nuevo un derecho real cualquiera, y si el dueño de éste se niega á cederle, ¿deberá el deudor del legado indemnizar al legatario? Hemos resuelto ya afirmativamente la cuestión y la solución no es dudosa, á nuestro entender; tal es la mente del testador, que quiso que el legatario tuviese el goce de la cosa; si el tercero no quiere ceder su derecho, es necesario que el legatario adquiera el equivalente del goce; por tanto la obligación de desgravar la cosa se convertirla en una indemnización que el heredero pagará al legatario. (1)

Núm. 4. Legado de cosas indeterminadas.

148. ¿Es válido el legado de una cosa indeterminada? Sí, cuando puede ella determinarse; no, cuando no se puede determinar. ¿Cuándo es determinable, y cuándo no lo es? Este es punto de hecho, como todo lo relativo á la interpretación de los legados. Dejamos á un lado las distin-

1 Ninguna duda hay en estos puntos. Nosotros nos limitamos á citar el último autor (Demolombe, t. 21, pág. 654, núms. 726-730).

ciones que hacen los autores, porque con ellas sólo se consigue embrollar la dificultad; el juez resolverá aplicando las reglas de interpretación que estableceremos más adelante. (1)

Es también indeterminado el legado cuando es alternativo. Véase un ejemplo recientemente ocurrido. Una testadora encarga á sus legatarios universales que entreguen una pensión de 300 francos anuales á su criada, salvo que ésta prefiera 3,000 francos por una sólo vez. Muere la legataria horas después que la testadora sin haber tenido conocimiento del testamento. Habiéndose abierto en su persona el derecho al legado, le transmite á sus herederos. ¿Pero ¿en qué consiste ese derecho? El código dice que la obligación alternativa se convierte en pura y simple, cuando perece una de los dos cosas (art. 1,193); y hay que aplicar por analogía esta disposición al legado alternativo. El derecho á la pensión acabó con la muerte de la legataria, y por lo mismo sus herederos pueden pedir los 3,000 francos. Así se resolvió el caso por el tribunal de Pau. (2) Pero queda una duda. ¿No pertenecía la elección á la persona de la legataria? Bien podía sostenerse esto en el caso; pero no tomamos parte en la discusión, puesto que más bien es de hecho que de derecho la dificultad.

149. El testador lega ó un caballo ó un tonel de vino: ¿á quién corresponderá escoger? El artículo 1,022 dice: "Cuando se haga un legado de cosa indeterminada, no estará obligado el heredero á entregar una de mejor calidad, ni podrá ofrecer otra de inferior." Así la elección pertenece al heredero, es decir, al deudor del legado. Esto es de derecho común. En caso de duda, la ley se declara siempre en favor del deudor (arts. 1,162, 1,190). El mismo

1 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 249, núm. 240; Coin-Delisle, página 483, núms. 1 y 2 del artículo 1,022; Troplong, t. 2º, pág. 182, número 1,955.

2 Pau, 12 de Noviembre de 1872 (Dalloz, 1873, 2, 47).

principio se observaba en la jurisprudencia antigua, la cual, en este punto, se había apartado del derecho romano; no había ninguna razón fundada para establecer una excepción á la regla general en favor del legatario. Nuestro derecho común es la herencia *ab intestato*, y así, tendremos que declararnos siempre en favor del heredero ó de los que entran en su lugar. La ley señala los límites dentro de los cuales permite al heredero la elección. Esto supone que en realidad la cosa legada es indeterminada. Si el mismo testador limitó las cosas entre las cuales podía elegir el heredero, no se puede aplicar el artículo 1,022. Por ejemplo, hay dos cosas comprendidas en una alternativa: el heredero tiene derecho de dar una de esas dos cosas, y debe hacerlo, aun cuando la cosa no sea de mediana calidad, puesto que así lo quiso el testador. Del propio modo, si éste lega un caballo que se haya de escoger entre los de su cuadra, ó un barril de vino de los de su bodega, el heredero tiene derecho de escoger entre las cosas de la herencia sin que le pueda reclamar el legatario, pretendiendo que la cosa escogida no es de mediana calidad. En este caso, no es aplicable el artículo 1,022, y sobre esto están acordes los autores y la jurisprudencia. (1)

150. Puede el testador derogar el artículo 1,022, pues todo depende de su voluntad. Puede dejar al heredero una elección ilimitada, en lugar de la limitada que supone la ley. Puede también dejar al legatario la elección limitada ó ilimitada. Esto pertenece á la interpretación de la voluntad, y así es punto de hecho. Si el testador dijo simplemente que el legatario tendría la elección, ¿estará sometido éste á la restricción que el artículo 1,021 fija para el derecho del heredero? No, esta disposición es especial para el caso que la ley prevee, y es más bien excepción que

¹ Aubry y Rau y los autores que citan, t. 6º, pág. 167 y notas 15 y 16.

regla; porque, en general, la oposición implica un derecho ilimitado de escoger. (1) ¿Quiere esto decir que la elección que haga el legatario, cuando se le deje, es ilimitada, en el sentido de que puede tomar todo lo que él quiera? Esto depende de la disposición testamentaria, y, como se trata de legados particulares, la naturaleza misma del legado implica un límite. Así lo declaró en un caso importante el tribunal de Bruselas.

Hace la testadora un legado en favor de su hermana casada y sin sucesión, en estos términos: "Suplico á mi hermana que escoja lo que sea de su agrado en un mobiliario para que se acuerde de mí." A virtud de este derecho de oposición, la legataria reclamó gran número de objetos muebles ó reputados como tales, entre otros una máquina de vapor, una cantidad considerable de piedras (¿preciosas?...) y dos efectos de comercio que valían, el uno 5,300 francos y el otro 5,300 libras tornesas. El fondo de beneficencia, legatario universal, se opuso, y el tribunal pronunció sentencia en su favor. Para justificar su codicia, la legataria invocaba la significación que el artículo 535 da al mobiliario, comprendiendo en ello todo lo que la ley reputa como cosa mueble. Esto es cierto, dijo el tribunal, pero la cláusula litigiosa prueba que la testadora no entendió la palabra *mobiliario* en el sentido legal. Aquella quería dejarle un recuerdo á su hermana, es decir, un objeto que pudiera tener constantemente á la vista para acordarse siempre de la hermana á quien la muerte había arrebatado de su lado. Esto excluía evidentemente los artículos de comercio destinados á convertirse en dinero: como excluía también objetos que aunque ciertamente muebles, en razón del uso para el cual están destinados, apenas si pueden servir para evocar un recuerdo. Por último, implicaba

1 Duranton, t. 9^o, pág. 269, núms. 261 y 262; Demolombe, t. 21, pág. 659, núms. 733. 735 y todos los autores.

aquello, que el legatario no tenía derecho más que á un objeto y no á siete ú ocho, como lo había declarado la sentencia de primera instancia de una manera completamente arbitraria. (1)

Núm. 5. Legado de un hecho.

151. Conforme al artículo 1,142, toda obligación de hacer ó de no hacer se resuelve en daños y perjuicios, en caso de que no se cumpla por parte del deudor. Es la única sanción que trae una obligación cuya ejecución forzosa y directa no se puede conseguir, por no poderse compeler al deudor á que haga lo que no quiere hacer. Síguese de aquí que también el legatario puede invocar esa disposición. Un ascendiente dice en un documento que reviste las formas testamentarias: "Mando, ó quiero, si se me permite expresarme así, que mi criado quede en mi casa de....., en calidad de camarista, durante su vida, á razón de 100 francos anuales." Los hijos oponen á esto, haciendo ver que pues el testador dividió sus bienes entre ellos, ya no tenía derecho para modificar esa partición añadiendo á ella una condición ó una carga. Se resolvió que la disposición litigiosa no era cláusula del instrumento de partición, sino un legado que el ascendiente podía establecer á cargo de sus herederos, puesto que ellos eran los obligados á pagar todas las deudas y cargas de la herencia. Se combatía la existencia misma del legado, por no haber ordenado positivamente el testador lo que deseaba. La respuesta se encontraba ya en la ley que permite disponer en toda clase de formas. Faltaba determinar cuál sería el efecto del legado si los herederos se negaban á conservar al doméstico que se les había impuesto por el testador. El tribunal declaró que el legado se resolviera en daños y perjuicios. (2)

¹ Bruselas, 15 de Junio de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 409).

² Angers, 19 de Mayo de 1853 (*Dalloz*, 1853, 2, 204).

§ VI. INTERPRETACIÓN DE LOS LEGADOS.

Núm. 1. Reglas generales de interpretación.

152. ¿Es menester aplicar á la interpretación de los legados la regla que se sigue para las leyes? La comisión encargada de disponer un proyecto de código civil había formulado una regla de interpretación que, es fundamental y está en uso, aun cuando no se halle inscrita en la ley. Desgraciadamente, con frecuencia se la echa en olvido. Cuando una ley es clara y no es dudoso el sentido de ella, ¿pueden eximirse de aplicarla en su sentido literal, invocando el espíritu de la ley contra la letra de la misma? Portalis responde que esto sería eludir la ley, no aplicarla. Su espíritu está en lo que quiere el legislador; y como cuando éste habló claramente, es cierta su voluntad, síguese que hay que estarse á ella; de lo contrario, so pretexto de penetrar al espíritu de la ley, se hace que diga el legislador cosa distinta de la que decir quiso. (1)

¿Se aplica este principio á las disposiciones del hombre? El artículo 1,156 parece establecer la regla contraria al preferir el espíritu á la letra. “En los contratos hay que buscar la intención común que hayan tenido las partes contratantes, antes que apegarse al sentido literal de las palabras.” ¿Quiere decir esto que hasta en el caso de que haya duda en cuanto al sentido de algún contrato, puede el juez apartarse de la letra del contrato mismo, fundándose en la intención de los contratantes? Esto sería dar al artículo 1,156 una extensión que no tiene, como lo veremos en el título de las *Obligaciones*. No hay lugar á interpretar sino cuando hay oscuridad en una disposición del hombre; pero cuando todo está claro deben ejecutarse los contratos, como conteniendo la ley que se impusieron los contratantes; no hay que interpretar sino que ejecutar.

1 Véase el tomo 1.^o de mis *Principios*, pág. 387, núm. 273.

Sin embargo, existe una diferencia entre las leyes y las disposiciones del hombre, y de ello es prueba el artículo 1,156. En razón de su importancia y de la solemnidad que precede al ejercicio del poder legislativo, se redactan las leyes con un cuidado que no se pone al redactar disposiciones de interés privado. Maduramente preparadas de ordinario por una comisión de hombres especiales, sometidas en seguida á una discusión preparatoria en el seno de las secciones ó de una nueva comisión, y por fin discutidas públicamente en debates repetidos, son las leyes, á lo menos muy á menudo, la expresión de la voluntad refleja del legislador. No sucede lo mismo en la redacción de un contrato. Las partes mismas son las que le escriben, ignorando el derecho y el lenguaje jurídico; á veces los escriben notarios ó agentes de negocios, de ignorancia también muy grande, como se ve por los innumerables litigios á que dan lugar los testamentos. En cuanto á éstos, que ordinariamente se disponen próximo á morir el testador, hay una razón de más que impide una redacción clara y limpia de la voluntad del disponente, y es la turbación inevitable que aquel momento supremo ocasiona en los espíritus más fuertes, debilitados, además, por la edad, por la enfermedad y por las dolencias; ¿cómo se quiere que en circunstancias tales, se pesen las palabras y se escojan, como se hace cuando el legislador procede á la discusión de una ley?

Los jurisconsultos romanos lo hicieron notar ya; no hay, dicen, que apegarse demasiado á los términos empleados por los testadores, porque los más de ellos se sirven de palabras impropias y expresiones que varían mal su pensamiento; (1) á pesar de los progresos que ha realizado la instrucción, todavía podemos decir hoy lo mismo. Débese,

1 "*Cùm q̄lerique abusibe loquantur nec proprius nominibus et vocabulis utantur*" (L. 65, pfo. 1, D., de Legat., 3º).

pues, aplicar á los testamentos la regla de interpretación que el artículo 1,156 formula para los contratos. (1) Pero la regla misma es incierta y vaga como lo es también la aplicación que hacen de ella los tribunales. ¿Debe entenderse en el sentido de que siempre puede invocarse el espíritu contra la letra? Esto sería olvidar que la letra es, en general, la manifestación de la voluntad del que habla ó escribe. ¿Es menester decir, por el contrario, que siempre ha de prevalecer la letra sobre el espíritu? Tal cosa equivaldría á desconocer lo que hay de necesariamente imperfecto en la expresión de la última voluntad de un moribundo. Es necesario, pues, concluir que si la letra es clara y no deja lugar á duda, debe observarse, como que expresa la verdadera intención del testador. Esto es lo que dicen también los jurisconsultos romanos. (2) Pero, en la interpretación literal, debe tomarse en consideración la ignorancia de los testadores y la turbación en que hallan. En suma, gozan los jueces de gran amplitud en esta materia; deben buscar cuál fué la verdadera voluntad del testador, y para ello consultar la letra y el espíritu, prefiriendo unas veces éste sobre aquella, y al contrario, haciendo que prevalezca la letra cierta sobre una intención siempre dudosa.

153. Decimos que si la letra del documento es clara, hay que atenerse á ella. Una testadora lega "el cuarto del mobiliario que se encuentre en su casa cuando fallezca, como ropa, objetos de plata, y en general el cuarto de todo." Se cree que la plata contante, no está comprendida en el legado, y para probarlo se compara el que la testadora hizo en favor de sus criados con el que hizo en favor de otras

1 Denegada, 15 de Enero de 1823 (Dalloz, núm. 3,486).

2 "*Non aliter à significatione verborum recedi oportet quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.*" (L., 69, pr., D., de Legat., 3°). "*Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæ satio.*" L. 25, pfo. 1, D., de Legat., 1°).

personas. El tribunal de Burdeos resolvió que no era admisible esa interpretación. Desde luego, la palabra *mobiliario*, según la define la ley, comprende la plata contante (art. 535). Después la testadora había dicho expresamente que el cuarto de todo su mobiliario, sin excepción, era lo que legaba. Era, pues, clara la disposición, y no podía dar lugar á duda. Ahora bien, dice el tribunal, cuando se expresó en términos claros y sin ambigüedad un testador, no se puede recurrir á la interpretación para sustituir con una interpretación presunta una voluntad positiva y poner conjeturas en lugar del sentido legal y natural de la disposición. En apelación se resolvió que el tribunal de primera instancia había aplicado con exactitud la ley. (1)

Cierto testador lega por medio de un testamento primero al hijo natural de su hija ya difunta una sexta parte de sus bienes muebles é inmuebles; y en otro nuevo testamento, hace un legado particular en favor de su criada, declarando que revoca todos sus testamentos anteriores. Ninguna duda dejaba la cláusula revocatoria, que era clara y terminante y traía consigo la revocación del legado instituido en favor del hijo natural. Pretendíase, en provecho del legatario, sostener que aquella cláusula era una de tantas de cajón y estilo como erróneamente introducen los notarios en sus iustrumentos y sosteníase que el testador no había tenido la intención de revocar el legado que había establecido en favor de su nieto natural. Probable era esto, según las circunstancias del caso; pero el tribunal de Bruselas declaró que la cláusula de revocación era general y absoluta; que, formulada en términos claros y precisos, no dejaba lugar á duda ni ambigüedad, y que no podía, por consiguiente, caber allí interpretación. El tribunal motivó su resolución en un considerando que con-

1 Burdeos, 23 de Febrero de 1831 y denegada, 1.º de Mayo de 1832 (Dalloz, palabra *Bienes*, núm. 232).

firma plénamente nuestra opinión: "Si se permite al juez interpretar los términos de que se sirvió el testador para dar á conocer su última voluntad, eso no puede tener lugar sino cuando los mismos términos envuelven un sentido dudoso ó presentan alguna ambigüedad; pero esta facultad cesa cuando se halla clara y terminantemente expresa la voluntad del testador. (1)

154. Por el contrario, se ha resuelto que para apreciar la naturaleza de una disposición testamentaria, hay que buscar cuál fué la voluntad del disponente y no detenerse en el sentido literal de las palabras que usó para calificar su liberalidad. La fórmula es demasiado absoluta. Hay que separarse de la letra del instrumento cuando es un hecho que se opone á la voluntad del testador. Califica éste de universal un legado de usufructo de unos bienes y de propiedad de otros: el testador se engañó y su error no puede hacer ley. (2)

Otro testador que quiso legar á su mujer todo lo que la ley permite darle se sirve de la palabra *gozar*, que indica el usufructo: también se engañó, y repara el tribunal su error estableciendo su verdadera idea. (3) Las expresiones que usa el testador pueden ser claras, pero si el sentido que ofrecen está en pugna con lo demás del testamento, tiene facultad el juez para interpretarlas y ponerlas en armonía con la mente del testador. (4)

155. Cuando se habla del espíritu en materia de legados, entiéndese la voluntad del difunto. El es la única parte y, en general, puede lo que quiere. Si expresó mal su idea, hay que investigar su intención. ¿Cómo puede cono-

1 Bruselas, 7 de Diciembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 282).

2 Ruan, 2 de Marzo de 1853 (*Dalloz*, 1854, 2, 111).

3 París, 30 de Agosto de 1853 (*Dalloz*, 1854, 2, 111).

4 La Haya, 21 de Junio de 1815; *Pasicrisia*, 1815, pág. 420). Com. párese con lo resuelto en Gaud á 30 de Julio de 1859 (*Pasicrisia*, 1861, 2, 403).

cerla? El artículo 1,161 dice: "Todas las cláusulas de los contratos se interpretan unas por otras, dando á cada una el sentido que resulta del instrumento entero." Esta es una regla de interpretación que debe seguirse en toda clase de documentos. Sin embargo, hay una diferencia entre los testamentos y los contratos: éstos no tienen por objeto más que un sólo hecho jurídico con el cual se relacionan las diversas cláusulas del documento, lo cual obliga al juez á explicar las unas por medio de las otras. Esta unidad no siempre se halla en los testamentos: puede haber en ellos cláusulas absolutamente independientes entre sí, y entonces hay que interpretar cada una de ellas por separado. Pero también cuando están relacionadas las disposiciones, se aplica el artículo 1,161. En este sentido se ha formado la jurisprudencia. (1)

Conforme al artículo 1,159, lo que es ambiguo en los contratos se interpreta por la costumbre del lugar donde se celebraron. En el derecho antiguo, frecuentemente se aplicaba esta regla por razón de la diversidad de costumbres; era de principio que, así en los testamentos como en los actos entre vivos, se reputaba que los disponentes habían querido conformar sus disposiciones á la costumbre bajo la cual vivían. El tribunal de Bruselas tuvo ocasión de aplicar esta regla en la cláusula de *hermanación*. (2) En el país de Lieja, la *hermanación* tenía por objeto hacer que sucedieran las hermanas con los hermanos en los bienes de que la costumbre excluía á las hijas; y el tribunal declaró que era menester interpretar cláusula en ese sentido. (3) Hoy la cuestión no se puede presentar en los mismos términos. Pero, aunque abolidos, sobreviven los usos largo tiempo en las costumbres, y los testadores continúan ins-

1 Denegada, 5 de Febrero de 1839 (Dalloz, núm. 4,215, 4º) y 13 de Agosto de 1840 (Dalloz, núm. 3,495).

2 Stockmans, *Resoluciones*, núm. 27.

3 Bruselas, 15 de Febrero de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, pág. 309).

pirándose en ellos aun vigente el código civil. Si, pues, alguien testa conforme á los antiguos usos, debe interpretarse su voluntad según los mismos antes que conforme á la significación que tendrían las palabras en nuestro derecho actual. El tribunal de Bruselas aplicó este principio al orden de sucesión conocido con el nombre de *paterna paternis*. (1) Bajo el imperio de las costumbres de Bruselas y de Lovaina, los bienes volvían á los parientes más cercanos al tronco de donde provenían, aun en el caso de que dejara el difunto herederos más próximos en grado. Si el testador dispuso conforme á la regla *paterna paternis*, diciendo que tales bienes debían volver á los *parientes más próximos*, debe entenderse esta expresión, no de los herederos más primeros en grado, sino de los parientes más primeros al tronco de donde proceden los bienes. (2)

Se pierde ya el recuerdo de nuestras costumbres, y pronto se perderá del todo. Por consecuencia, los usos locales á los que se remite el artículo 1,159 en materia de contratos, ya no ejercerán influencia en la interpretación de los legados. Lo que domina en los testamentos es la individualidad del testador, porque se trata de su voluntad, y así de sus sentimientos y de sus ideas íntimas. El juez debe penetrarse de ellas para interpretar las disposiciones testamentarias. Esto es lo que el tribunal de París hizo al interpretar el testamento de Napoleón. Instituyó éste un legado en favor de su antiguo general Dugommier, y á falta de él, en favor de la viuda del mismo. Presentose á reclamar el legado un hijo adulterino, y el tribunal declaró que ningún derecho tenía el hijo, apelando á los sentimientos del testador, que sin duda no se había propuesto favorecer el adulterino á expensas de una mujer legítima. (3)

1 Véase sobre esta manera de suceder, el tomo 7º de mis *Principios*, pág. 651, núm. 489.

2 Bruselas, 12 de Diciembre de 1832 (*Pasicrisia*, 1832, pág. 290).

3 París, 9 de Mayo de 1831 (Dalloz, núm. 3,455, 1º). Compárese

El tribunal de Bruselas dió una resolución análoga en un orden de ideas bien distinto. A la sombra de la libertad de asociación, hay congregaciones que se reconstituyen sirviéndose de la ley para violarla; y adquieren y poseen como tales congregaciones, por más que no tengan existencia legal. Cuando las familias reclaman contra el despojo que se consuma en ellas, los supuestos legatarios contestan que ellos son los verdaderos agraciados por el testamento. ¿Puede oponérseles que como tales superiores no pueden recibir los bienes, puesto que no poseen como propio ni aun el vestido? La afirmativa fué confirmada por el tribunal de casación de Bélgica, y no hay duda en ella. (1) Se trata de investigar la mente del testador al mismo tiempo que la de los legatarios: ¿quieren reponer las comunidades que abolió la ley? Si el legatario no quiere ni puede recibir, no puede haber tenido el testador ánimo de darle; por lo mismo, la intención de ambos fué agraciarse á la congregación, que es incapaz de recibir el legado.

Por último, para conocer la mente del testador, dice la sala de casación, se pueden consultar las circunstancias del caso. (2) Aplicando este principio de interpretación, el tribunal de Bruselas resolvió que era universal cierto legado, bien que sus términos ofrecieran cierta anfibología que era difícil aclarar. (3) ¿Cuáles son las circunstancias que el juez puede tomar en consideración? ¿Serán aquellas que resultan del testamento mismo, ó puede tener en cuenta hechos exteriores, y por tanto la prueba testimonial, para interpretar las cláusulas de un testamento? Aquí tocamos una cuestión muy controvertida y muy difícil.

156. La sala de casación de Francia estableció como con lo resuelto en Metz á 20 de Julio de 1839 (Daloz, número 3,495).

1^o Denegada, 17 de Mayo de 1862 (*Pasicrisia*, 1862, 1, 274).

2^o Denegada, 5 de Febrero de 1839 (Daloz, núm. 4,215, 4^o).

3^o Bruselas, 29 de Abril de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 172).

principio que en el testamento mismo es donde el juez tiene que buscar los motivos para resolver, y no en la prueba testimonial. De allí casó la consecuencia de que "no se puede invocar la prueba testimonial ni para *crear disposiciones* que no están escritas en el testamento, ni para *explicar* las oscuras, ni para *revocar* ó modificar las redactadas en la forma prescripta, ni, en una palabra, para *investigar la voluntad del testador*." (1) La sala se mantuvo fiel á esta doctrina, bien que no siempre la haya enunciado en términos tan explícitos. Sucedió muchas ocasiones que la sala de apelación invocara hechos exteriores para interpretar la mente del testador; y si desechó el recurso, fué porque los fallos apelados se fundaban también en cláusulas del testamento; concluyendo de ahí el tribunal supremo que estaba por demás y era accesorio que los magistrados hubieran recurrido á pruebas extrañas al testamento; lo cual implica que, en concepto del tribunal, jamás se pueden invocar tales pruebas. (2) El último fallo dictado para el tribunal es notable por su laconismo. En el informe que produjo al sustanciarse el recurso, el consejero informante Alméras-Latour dijo que la fórmula del fallo de 1818 es excesiva, confiesa que con justicia la criticó M. Demolombe, y hasta pretende que poco á poco se ha ido abandonando esa jurisprudencia. El informante propone la distinción enseñada por Demolombe y Dalloz. "Cuando se trata, dice, de constituir el testamento, de tomar la voluntad del testador en su formación y en los elementos que hacen que regularmente se la conozca, como, por ejemplo, en el caso de que es menester fijar la verdadera fecha del testamento en forma clógrafa, para sustituir con ella otra errada, es indudable que el juez debe ceñirse siempre y exclusiva-

1 Véase el tomo 13º de mis *Principios*, págs. 114 y 142, núms. 106 y 129.

2 Denegada, 13 de Agosto de 1840 (Dalloz, núm. 3,495), y 7 de Julio de 1869, (Dalloz, 1870, 1, 76).

mente á la sustancia del testamento. *Ex propriis verbis testamenti, non extrinsecus*. Pero si alguna disposición, aunque en sí misma regular, contiene términos ambiguos y simplemente se trata de explicarlos para darles un sentido más ó menos lato y fijar bien su aplicación, entonces es lícito á los tribunales robustecer con pruebas extrínsecas las pruebas que se saquen del testamento mismo." La sala de casación no consagró tal distinción. Tratábase de saber si la disposición litigiosa constituía un legado universal; el testamento era, pues, válido en cuanto á su forma; la voluntad del testador se había manifestado legalmente y sólo sediscutía acerca de la extensión de la disposición. Era por tanto, el caso de aplicar la doctrina preconizada por el informante, enseñando que los jueces tenían que recurrir á pruebas extrínsecas. En lugar de esto, dijo la sala que para resolver que la disposición encierra un legado universal, el fallo impugnado se funda en que aquella voluntad del testador se dedujo de lo demás del testamento litigioso donde encarga á su madre que haga un regalo á un amigo, le llama como testigo de sus proyectos de liberalidades y le encarga que distribuya sus dones. El tribunal agrega en seguida: "Así, pues, en el testamento mismo es donde los jueces del conocimiento han tomado los elementos para su interpretación; poco importa que después y á mayor abundamiento hayan robustecido esa interpretación con presunciones tomadas de la situación de las partes." Bueno es rechazar la distinción propuesta por M. Demolombe. (1)

1 Dalloz, 1869, 1, 78. Demolombe, t. 21, pág. 34, núm. 37. Dalloz, núm. 3,495. Un fallo reciente del tribunal de primera instancia establece como principio que para interpretar una disposición de última voluntad, los jueces del hecho pueden recurrir tanto á pruebas extrínsecas como á las enunciaciones mismas del testamento (Julio, 31 de 1872, Dalloz, 1873, 1, 104). Nosotros creemos que la fórmula se extralimita de la idea del tribunal. Aquél no es un fallo de principio, sino de especie.

157. La sala de casación de Bélgica estuvo por opinión contraria, diciendo que ninguna ley prohíbe al juez que, para explicar el sentido y la extensión de unas disposiciones testamentarias, recurran á circunstancias extraordinarias al testamento. (1) Se puede decir que esa resolución no es tan absoluta como lo parece. Ella supone un testamento válido en su forma, y así una voluntad legalmente expuesta; se trata sólo de fijar su sentido. Tomada así, la resolución no recaería más que en una de las hipótesis que acabamos de distinguir. Pero el motivo que dice el tribunal realmente es general y se aplica á todos los casos. Además, el caso en que recayó aquella resolución volvía á la primera hipótesis más bien que á la segunda. Sosteníase que un nuevo testamento había revocado el primero y fundábanse en que el segundo estaba encerrado en una cubierta con esta inscripción: *Ultima voluntad de...* El debate versaba, pues, acerca de la existencia misma del primer testamento, y se declaró que no existía por haber sido revocado por el segundo. La doctrina admitida por la sala de casación de Bélgica es, pues, esta: que el juez siempre puede recurrir á una prueba extrínseca.

158. Tres opiniones tenemos á nuestra vista. La primera que tiene de su parte á la sala de casación de Francia rechaza toda prueba tomada fuera del testamento y en cualquier hipótesis. La segunda, para la cual puede invocarse el fallo del tribunal de casación de Bélgica, admite la prueba extrínseca. La tercera propone una distinción. Nosotros nos hemos declarado ya por la primera opinión, pero con una restricción. (2) El principio parécenos indiscutible, y la restricción es la única difícil de definir. Respecto del principio que prohíbe recurrir á una prueba extrínseca, es muy cierto, como lo dice la sala de casación

1 Denegada, 6 de Junio de 1853 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 404).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 140, núm. 128.

de Bélgica, que en ninguna parte está escrito, pero resulta de la esencia misma del testamento. Esto es lo que dice el citado tribunal: "Resulta de los artículos 893, 969, 1,001 y 1,035 que las disposiciones de última voluntad no son válidas sino cuando se consignan por escrito y con las formalidades de la ley; siguiéndose de aquí que, *por regla general*, en los documentos donde se consignan, únicamente, y no en circunstancias extrínsecas ó en deposiciones de testigos, hay que buscar la mente del testador." (1) Dice la sala que tal cosa es *por regla general*, lo cual quiere decir que hay excepciones. Comprendemos que la sala de casación de Francia haya desechado esas excepciones, porque comprometen la regla. En efecto, si se admiten las pruebas extrínsecas para interpretar la voluntad del testador, resultará de ello que, por medio de la prueba testimonial ó de cualquier otra escritura, podrán extenderse ó restringirse las disposiciones testamentarias; habrá, pues, una voluntad del testador que no se haya consignado con las formalidades de la ley: ¿no es esto desconocer y arruinar la esencia misma del testamento?

Si eso no obstante, hemos admitido que no es tan absoluto el principio como lo dice la sala de casación de Francia, es por ser esa la tradición. Y la tradición debe gozar de gran autoridad en una materia que el código no ha reglamentado de una manera expresa y que por lo mismo queda bajo el dominio de la doctrina. Pero es difícil precisar la excepción. Antes de formular una teoría, importa consultar los hechos. Si la jurisprudencia ha admitido las pruebas extrínsecas, es que la fuerza de las cosas ha empujado á ello á los jueces. Es menester desconfiar de teorías azás absolutas en derecho, que se chocan casi siempre con necesidades ó imposibilidades en la vida real.

159. Cierta testador lega por medio de un primer tes-

1 Bruselas, 7 de Diciembre de 1864 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 282).

tamento á una señorita una pensión anual de 600 florines, que encarga á sus herederos paguen. A los cinco años hace nuevo testamento, y en él lega la misma renta á la propia legataria, además de la habitación de una casa, dejando el pago de contribuciones á cargo de sus herederos y concediendo una hipoteca para garantizar sus liberalidades. El legatario reclamó ambos legados, y el tribunal resolvió en primera instancia que el segundo testamento revocaba el primero. En apelación, el legatario ofreció probar con testigos que la intención del testador había sido mantener el primer legado siempre haciendo en su favor otra liberalidad del mismo valor. El tribunal de Gand desechó la demanda, diciendo: "Las últimas voluntades que legalmente se manifiestan en un testamento son las únicas que tienen el privilegio de poder obrar después de la muerte de un testador; por otra parte, es de principio, *quod testamentorum jura ipsa per se firma esse debeant* (l. 32, D., de *hæred inst.*); y de ahí que sólo en el testamento, y no fuera de él ni en las deposiciones de testigos, se permite inquirir la voluntad ó intención del testador. (1)

Creemos que el tribunal falló bien, aunque su resolución casi no se concilia con la de la sala de casación de Bélgica que acabamos de citar (núm. 157). Admitir, en el caso, la prueba testimonial, habría sido hacer depender de testigos la existencia misma del testamento; y puede admitirse que la voluntad del testador sea ó no válida, ó por mejor decir, que exista ó no, según que los testigos vengán á declarar que el testador quiso ó no quiso mantener su primer testamento al tiempo de hacer el segundo? De ese modo, ya el testamento no sería el acto solemne que ha querido la ley que sea. Sin embargo, para demostrar cuánta es la incertidumbre que reina en esta materia, citaremos la opinión contraria de Duranton. Después de decir que

esta materia era admisible en derecho romano la prueba testimonial, añade ese autor que con más dificultad se había de admitir esta prueba entre nosotros cuando no viniera sostenida por un principio de prueba por escrito. Nos parece que no es posible invocar las reglas generales de las pruebas, cuando se trata de establecer la existencia de un testamento, esto es de un acto solemne. En vano se dice que no constaba la existencia del testamento y que se trataba de saber si había sido ó no revocado: ¿quién no ve que en definitiva el resultado es idéntico, puesto que se reputa como no existente el testamento, si es que se le invoca? Duranton añade que por lo menos los tribunales podrían recibir la prueba testimonial *según las circunstancias y la importancia del objeto litigioso*; porque, dice, no se trataría más que de interpretar una voluntad dudosa en un caso en que la ley misma no establece ninguna presunción, ora en favor del heredero ora en el del legatario. (1) Esto es abdicar todo principio y dar á los tribunales un poder absoluto, discrecional en materia de pruebas, cuando se trata de resolver si existe ó no un acto solemne. Tal cosa nos parece inadmisibile.

160. He aquí un caso en que se admite la prueba extrínseca. Un testador lega su quinta con sus construcciones, dependencias, tierras y praderas existentes en tal pueblo. Se resolvió que ese legado comprendía todo el laborio rural, y por tanto los inmuebles situados en otros pueblos. Para resolverlo así, el tribunal se fundó en el conjunto de hechos y circunstancias del caso; y el fallo dijo terminantemente que resultaba del texto mismo del testamento y de las circunstancias *extrínsecas* invocadas por los primeros jueces que la testadora había legado la quinta completa sin entender separar de ella las partes situadas

1 Duranton, t. 9º, pág. 361, núm. 373.

en otros lugares y que de años atrás se venían comprendiendo en el mismo laborio. (1) Por aquí se ve el peligro de la prueba extrínseca. Se trata de saber si tales bienes habían sido legados ó no; por consiguiente, lo que no se le litiga es la existencia del legado, ó sea del testamento. ¿Y pueden hechos buscados fuera de él determinar cuál fué la voluntad del testador? Muy dudoso nos parece esto, y no nos atreveríamos á sostenerlo.

161. ¿Cuál ha de ser nuestra conclusión? ¿Es necesario en todo caso hacer á un lado toda prueba extrínseca? Hemos dado ya las razones que nos obligan á desechar esta opinión asáz absoluta (t. XIII, núm. 128), que tendería á una consecuencia que bien podemos llamar absurda, cual es la de que en fuerza de querer la certidumbre en la expresión de la voluntad del testador, se llega á destruirla. Mas ¿en qué casos se admitiría la prueba extrínseca? La regla es precisamente la que consagró la sala de casación de Francia, y ella nos pone en camino de la excepción: debe interpretarse el testamento por sí mismo, sin que se pueba buscar con pruebas extrínsecas la voluntad del testador. Pero si el testamento contiene ó implica hechos que se discuten por los interesados, hay necesidad de hacer constar esos mismos hechos, y esto no se puede hacer sino de acuerdo con el derecho común. (2) Sólo, pues, accesoriamente, como lo dice un fallo de la sala de casación, se puede recurrir á una prueba testimonial (núm. 156); lo cual reduce á casos muy raros la aplicación de la excepción, y en otro lugar hemos dado ya algunos ejemplos (t. XIII, núms. 125-129). No hay ley, como lo dice el tribunal de casación de Bélgica, y el espíritu de la ley es el que tiene que resolver. Ahora bien, conforme al espíritu

1 Lieja 3 de Diciembre de 1864 (*Basiscrisis*, 1867, 2, 281).

2 Esto es poco más ó menos lo que enseñan Aubry y Rau, t. 6º, pág. 141 y nota 4 del párrafo 172.

de nuestra legislación, la sucesión testamentaria es una excepción; la regla es la sucesión *ab intestato*. Para que haya lugar á la excepción, es necesario una voluntad expresada en la forma legal, y voluntad clara y precisa; en esta teoría, no se comprende ningún legado que sea dudoso. Puede suceder que por causa de la duda, no se ejecute lo que realmente quiso el testador; pero tal es la consecuencia forzosa de la solemnidad de los actos de última voluntad. No basta con que la haya habido, es menester que haya sido escrita en la forma que la ley quiere. Sólo, pues, en raras excepciones y por vía de prueba accesorias se puede interpretar la voluntad del testador recurriendo á pruebas extrínsecas.

162. ¿Puede el juez corregir los errores cometidos, ya por el notario en el testamento público, ya por el testador en el ológrafo? En un testamento público escribió el notario por inadvertencia la palabra *muebles* en lugar de inmuebles. El que era al parecer legatario de los muebles pidió que se declarara que los inmuebles eran los que en realidad se le habían legado. Había, en el caso, pruebas que resultaban del testamento, bastantes para poner de manifiesto el error. Había también una prueba extrínseca, y era la de que el testador había otorgado ya otro testamento idéntico al segundo, excepto una cláusula accesorias que se explicaba en éste; mas en el primero se había escrito la palabra *inmuebles* en lugar de la palabra *muebles* que se leía en el segundo. La prueba de la voluntad del testador era terminante en pudiéndose invocar el primer testamento para interpretar el segundo; pero el tribunal, á pesar de indicar tal argumento, añade: *en pudiendo invocarse el testamento*. El no le invocó, y, á nuestro juicio, obró con rectitud; pues tal cosa habría sido determinar el ánimo de legar los inmuebles, conforme á una circunstancia extraña al testamento, lo cual es inadmisibile.

El tribunal de Tolosa dió una resolución análoga en un caso en que el testador dijo: *mi* sucesión, siendo que había querido decir *su* sucesión, esto es, la del legatario. De donde resultaba otro sentido y por ende una disposición absolutamente distinta. El citado tribunal corrigió el error fundandose en las cláusulas del testamento que manifestaban la mente del testador, y el fallo se confirmó en casación. (1)

163. Queda la última voluntad, y es grande. Supónese que subsiste la duda: ni las cláusulas del testamento, ni las circunstancias exteriores, cuando es lícito invocarlas, llegan á disipar la oscuridad del testamento; y se pregunta si debe el juez, en esa duda, inclinarse á favor del legatario ó del heredero deudor del legado. Los autores distinguen: si recae la duda sobre la existencia del legado, se le interpreta en favor del legatario; que es la aplicación de la regla de interpretación establecida por el art. 1,157 para las obligaciones convencionales. "Cuando una misma cláusula es susceptible de dos sentidos, debe entenderse la más bien en aquél con el cual puede tener algún efecto, que en aquel con el cual no podría producir ninguno." Se mantiene, pues, el legado dudoso, á fin de que la voluntad del testador produzca efecto. Si, por el contrario, es cierta la existencia del legado pero se cuestiona sobre su extensión, se declara en favor del heredero por la regla en cuya virtud, en caso de duda, se interpreta el convenio contra el acreedor y en favor del deudor (art. 1,162). (2) La jurisprudencia se ha manifestado en favor de esta distinción, (3) pero no sin alguna duda. Así, un fallo del tri-

1 Denegada, 11 de Abril de 1838 (Dalloz, núm. 3,492).

2 Merlin, *Cuestiones de derecho*, palabra *Legado*, pfo. 1 (t. 9º, página 266), Duranton, t. 9º, pág. 352, núm. 369 y pág. 350, núm. 364. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 141 y siguientes, pfo. 712 y las notas. Demolombe, t. 21, pág. 667, núm. 742.

3 Burdeos, 10 de Junio de 1833 (Dalloz, núm. 3,457). Gand, 28 de

bunal de Lieja interpretó la extensión de un legado dudoso, no en favor del heredero deudor, sino del legatario acreedor. (1) Por otra parte, hay un fallo de Aix que conduce á una opinión totalmente opuesta. Era el caso de una testadora que había expresado claramente su intención de otorgar dos liberalidades: una era de 2,000 francos, y había olvidado indicar la cantidad en que consistía la otra. ¿Era la misma cifra? No se sabía, ni había elemento alguno que pudiera servir para disipar la duda; y se declaró, que aquel legado no podía producir ningún efecto. Puede decirse que este caso entra en el primero de la distinción generalmente seguida, y que, por consiguiente, el tribunal de Aix consagró la opinión dominante. Pero los considerandos exceden con mucho á la resolución. Se lee en ellos que, para tener efecto una disposición, no debe dejar duda acerca de la verdadera intención del testador; que el juez debe sancionar las voluntades legalmente expresadas, pero no suplir la falta de una voluntad que no estuvo bastante explícitamente manifestada. (2) La conclusión es que, en caso de duda sobre la existencia del legado, no hay legado.

En esto, á nuestro juicio, está la verdadera doctrina; si hay duda, el heredero debe vencer siempre al legatario, y sobre todo hay que resolver en su favor aun cuando la existencia del legado sea dudosa. Siguiendo la teoría del código respecto de las sucesiones, no se concibe que haya un legado dudoso en cuanto á que haya duda sobre si el difunto le quiso hacer. La sucesión legítima es la regla, y la testamentaria la excepción; mas para que haya excepción, es menester que esté claramente establecida; y desde que no la hay, subsiste la regla. Supone el testamento que se engañó el legislador, quiere decir que en un caso particu-

Febrero de 1860 (*Pasicrisia*, 1860, 2, 162). Angers, 11 de Marzo de 1870 (*Dalloz*, 1871, 2, 24).

1 Lieja, 18 de Diciembre de 1853 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 269).

2 Aix, 20 de Marzo de 1833 (*Dalloz*, núm. 3,488, 2°).

lar, no estaría conforme con la equidad ni con las obligaciones del difunto el orden de sucesión tal como le estableció aquél. Esto implica una voluntad muy cierta y claramente manifestada; y en caso de duda, el legislador debe sobre pujar al testador.

Núm. 2. Aplicaciones.

164. La interpretación de los legados da lugar á multitud de dificultades, cuya solución deja el código á la prudencia judicial. No prevee él más que una (1). El deudor hace un legado en favor de su acreedor: el artículo 1,023 establece que no se considera ese legado como compensación de la deuda, y después aplica esta solución al caso en que el amo hace un legado á su doméstico; ese legado no se estimará como compensación de los salarios. Puede, pues, reclamar el legatario su legado y su crédito á un tiempo mismo. Esto se halla en armonía con el carácter de las disposiciones testamentarias; el testador dispone á título gratuito, pues todo legado es una liberalidad. No había para qué establecer una excepción á la regla, cuando el legatario es acreedor del testador; la calidad de acreedor no es incompatible con la de legatario. Se necesitaba, pues, mantener el principio, á salvo el derecho del testador, para manifestar una voluntad contraria á la que la ley ha debido suponer en él. En este sentido dice el artículo que no *se estima* el legado como compensación del crédito. La ley interpreta la mente del testador, que puede tener otra distinta. Pero su voluntad es que el legado haga veces de pago, es menester que lo diga, puesto que deroga una presunción legal; si no expresa terminantemente una voluntad contraria, debe seguirse la interpretación de la ley. Se pregunta qué interés puede tener un

1 Hemos hablado ya de las definiciones dadas por los artículos 533, 536 (t. 6º, núms. 514-524).

legado hecho como compensación de la deuda. Generalmente el legado sería inútil; razón de más para ver en él una liberalidad. Sin embargo, puede suceder que el legado aproveche al acreedor, aunque se haga como compensación de la deuda; como: si el acreedor no tiene título, ó si su crédito no es exigible. (1)

Según el código civil, el legado concedía, además, una hipoteca legal al acreedor; nuestra ley hipotecaria no ha mantenido esa hipoteca, no hay en ella más que una testamentaria, y esa hipoteca sólo puede establecerse para garantizar los legados, es decir, las liberalidades del testador.

165. Entre las muchas dificultades que han ocurrido en los tribunales, nos fijaremos en algunas por vía de ejemplos. Los precedentes en esta materia, son de poca importancia, porque siempre versa la discusión acerca de la intención; es decir, que el debate es más bien de hecho que de derecho, y las circunstancias cambian de un caso á otro.

¿Qué comprende el legado del *dinero* que posea el testador al fallecer? Conforme al lenguaje usual, el dinero que posee se entiende únicamente de las piezas acuñadas y de los billetes de banco que hacen veces de dinero, puesto que circulan como tal y pueden convertirse inmediatamente en especies. El legatario no tiene pues derecho á los créditos, los cuales tienden á depositar dinero en manos del acreedor, pero sin ser dinero. Se creía que en el lenguaje local las palabras que había empleado el testador tenían un significado particular. Esto daba lugar á duda, y en la duda, dijo el tribunal, hay que preferir la interpretación más favorable al heredero. (2)

Se pregunta si el dinero contante comprende las canti-

1 Duranton, t. 9º, pág. 267, núm. 258. Coin-Delisle, pág. 484, número 1 del artículo 1,023. París, 19 de Julio de 1809 (Dalloz, número 3,801).

2 Augers, 11 de Marzo de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 24).

dades que un mandatario recibió para el testador y de las cuales no dió cuenta á éste en vida. La cuestión fué resuelta ya negativamente en un caso en que el legatario mismo había sido el mandatario. Lo que éste recibe no se hace de la propiedad del mandante, cuando son cosas fungibles; en efecto, el mandatario no es deudor de las especies que recibe siro del alcance de su cuenta, y le paga, sea en especies de las que ha recibido, sea en cualesquiera otros valores; por consiguiente lo que él debe, ó por mejor decir, lo que deberá en virtud de la cuenta que rendirá no es dinero. (1) Decimos lo que *deberá*, porque es posible que nada deba.

El mismo tribunal dió, en otro caso, un fallo que parece estar en pugna con el que acabamos de analizar. Un testador lega á su ejecutor testamentario todas las rentas, letras de cambio y *obligaciones*, sin reservarse ni exceptuar una sóla. El legatario reclamó los créditos debidos del difunto por sus receptores, por causa de los caídos que habían recibido por cuenta del difunto. Su demanda no fué admitida. Comprendemos que las deudas de los receptores no se incluyan bajo el nombre de *obligaciones*; este es punto de intención, que corresponde al juez resolver negativamente. Pero los considerandos del fallo van más lejos, pues se lee en él que la propiedad de los denarios recibidos por un mandatario en su calidad de tal se transmite al mandante, porque el deudor tiene intención de pagar á éste y porque el mandatario recibe por él mismo. Es indudable que la deuda se pague al mandante: ¿es decir ésto que las especies pagadas se hacen de su propiedad? El tribunal había resuelto lo contrario en el primer fallo, y esta resolución es la buena. (2)

Una cuestión análoga ocurrió ante el mismo tribunal en

1 Bruselas, 15 de Junio de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 394).

2 Bruselas, 27 de Noviembre de 1816 (*Pasicrisia*, 1816, pág. 240).

el siguiente caso. El testador, que era receptor, lega á su hermana todo su dinero contante: ¿comprendía ese legado las cantidades que el disponente había recibido como mandatario? Tal era lo que se sostenía. Si ésta fuera cuestión de derecho, habría tenido razón el legatario; el dinero que recibe el mandatario se hacen de su propiedad, con cargo de pagar al mandante la suma que recibió. Pero la cuestión de intención es distinta. El mandatario que recibió 10,000 francos para entregarlos al mandante no entiende legar ese dinero que, en su mente, no le pertenece. En este sentido lo resolvió el tribunal. (1)

166. ¿Qué comprende el legado de un crédito? El testador no lega una cantidad de dinero, sino una acción, el derecho que tiene para proceder contra el deudor. Se supone que él mismo obra y que también percibe el monto del crédito: ¿podrá el legatario reclamar los caudales que recibió el testador? Si se tratara de una cuestión de derecho, habría que responder negativamente. El crédito se extingue por el pago; por consiguiente, la cosa legada ya no existe á la muerte del testador, y así, acabó el legado. Pero la cuestión de derecho está dominada por la de intención; y fundándose en ésta, el tribunal de París declaró que subsistía el legado y que el legatario tenía derecho á la suma cobrada por el testador. En apelación, se revocó el fallo; leyéndose en los considerandos que, aun suponiendo la duda, el tribunal debió haber preferido la interpretación que daba fuerza y valor á la disposición, sobre aquella que la dejaba sin efecto. (2) Esa es la regla de interpretación admitida por la jurisprudencia y que hemos creído deber combatir. Si se la admitiera, siempre quedaría como válido el legado del crédito, después de haber

1 Bruselas, 15 de Mayo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 133 y Dalloz, palabra *Bienes*, núm. 250).

2 Denegada, 8 de Diciembre de 1852 (Dalloz, 1853, 1, 218).

sido pagado, puesto que siempre hay duda acerca de la mente del testador. En el caso, el tribunal de París resolvió bien, porque la intención del testador no era dudosa.

167. Los valores industriales y comerciales han adquirido una importancia tal, que exceden á las fortunas inmuebles. Se llaman de diversos modos, y esto es un manantial de pleitos. Lega el difunto sus *billetes*; encontrándose en su herencia reconocimientos de 2,000, 4,000 y 10,000 francos. Se resolvió que tales reconocimientos se comprendían en la denominación de *billetes*. (1)

¿El legado de *obligaciones* comprende las *acciones*? Conforme á derecho, no; puesto que son valores distintos. Sin embargo, se ha resuelto que una testadora que legó sus obligaciones entendió legar también sus acciones; y el tribunal se fundó en que la testadora, extraña á los negocios, confundió en el nombre de *obligaciones* los diversos valores que poseía. (2).

Lega el testador su cartera: y á virtud de ese legado, reclama el legatario todos los créditos activos de la herencia, tales como billetes, vales, promesas, letras de cambio, obligaciones, arriendos de tierras y valores de plaza, por formar todos estos créditos la cartera del testador. La palabra *cartera* comprende, en efecto, en su más lato sentido, todos los valores civiles, comerciales é industriales; pero es menester ver lo que el testador entendió con aquella palabra. Se resolvió que el legatario no tenía derecho más que á los efectos comerciales y negociables. (3)

168. Hay legados de cosas muebles é inmuebles que varían de extensión conforme á la intención del testador, tanto como los legados de valores comerciales é industriales. Tal es el legado de la comunidad. Si el testador dijo que legaba todos los muebles, efectos muebles y créditos,

1 Denegada, 6 de Julio de 1847 (Dalloz, 1847, 4, 313).

2 Bruselas, 22 de Marzo de 1859 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 214).

3 Riom, 3 de Diciembre de 1816 (Dalloz, núm. 3,998).

el legatario tendrá derecho aun á las extracciones ó recompensas que se deberían al difunto como precio de sus inmuebles vendidos. (1) Si el testador hubiese legado todos los *efectos* que compusieran la comunidad, el legado tendría también mayor extensión y comprendería las ganancias de la sociedad, porque la ley da ese sentido lato á la palabra *efectos* en materia de sociedad, y se estima que el testador, salvo prueba en contrario, usó las palabras en su significación legal y tradicional. (2)

Cuando el legado comprende los bienes de la sociedad, excusado es decir que el legatario tiene derecho á las ganancias. Pero si uno de los cónyuges lega al otro los inmuebles que aquél compró y adquirió durante el matrimonio, es dudoso el caso. Conforme á derecho, la palabra *adquirir* se entiende de los bienes obtenidos por herencia, puesto que ésta es un medio de adquisición. Mas la intención del testador puede ser distinta; y se declaró que el testador no entendió legar más que las *ganancias*, y no los bienes propios y hereditarios. (3)

169. El legado de cuadros ¿comprende los gravados? Se resolvió que el legatario no tenía derecho á éstos, y, en el caso, casi no había duda. El testador era artista; debía, pues, usar las palabras concernientes á su arte en el sentido que rigurosamente les corresponde, sentido que por otra parte es el del lenguaje usual. (4) Serían menester circunstancias especiales para que el legado de cuadros se extendiese á los gravados conforme á la mente del testador.

170. Hay una dificultad más común que ha dado lugar á largas discusiones. Se distingue entre los legados hechos

1 Rennes, 24 de Agosto de 1812 (Dalloz, núm. 3,995).

2 Denegada, 5 de Enero de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 150).

3 Bruselas, 12 de Abril de 1843 (Dalloz, núm. 3,995 y *Pasicrisia*, 1843, 2, 108). Compárese con lo resuelto en Bruselas á 27 de Octubre de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 228).

4 Lyon, 22 de Mayo de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 467)

con *asignación demostrativa* y los que se hacen con *asignación limitativa*. Es *demostrativa la asignación* cuando el testador designa la cosa que debe servir para pagar el legado, sin que entienda subordinar su efecto á la existencia de la cosa misma, sino queriendo sólo indicar la que debe proveer para pagar el legado. Tal es el que se concibió así: "Lego á Pedro una renta de 1,000 francos, que se tomará de los atrasos de mi renta de Pablo." Aun cuando llegara á hacerse insolvente Pablo, no por eso dejaría de deberse la renta á Pedro pagándola de mis otros bienes. Pero si la cláusula se hubiese redactado de manera que se manifestara que mi intención fué restringir el efecto del legado á la renta que me debía Pablo, habría *asignación limitativa*. Cítase como ejemplo el legado de cierta cantidad de vino del que se cosechará en tal fundo; si se cosecha menos vino que el que legué, no deberá el heredero pagar más que el producido por la viña. (1)

Variando mucho en cuanto á sus efectos el legado, según que la asignación es demostrativa ó limitativa, importa distinguir el caso en que la designación hecha por el testador es demostrativa ó limitativa. Varias distinciones se han propuesto por los intérpretes. He aquí la que, inventada por un glosador, Bartole, ha sido de la aprobación de Dumoulin y de Loiseau. Si la cosa designada por el testador se halla colocada en la sustancia misma del legado, en lo que se llama lo dispositivo, se reputa que el testador quiso limitar su liberalidad, reduciéndola á esa cosa que fué el primer objeto de su intención. Pero si la cosa designada se halla, no en el dispositivo, sino en la cláusula relativa á la ejecución del legado, á la manera de pagarle, en ese caso hay simple demostración. La distinción, dice Aguesseau, sería excelente si en todo el legado se encontrara de una manera distinta un dispositivo y una cláusula de ejecución;

1 Duranton, t. 9º, pág. 343, núm. 354 y pág. 345, núm. 359.

pero nada hay, y cuando no se puede distinguir lo que mira á la disposición de lo que mira al pago, ¿qué sucede con la regla de interpretación que imaginó Bartole? Es ingeniosa, pero inútil. Hay legados demostrativos y limitativos, como toda especie de legados: el juez debe buscar la intención del testador conforme á los términos del testamento y al fin que tuvo en mira. Los autores modernos han dejado las sutilezas de los glosados para atenerse al prudente consejo de Aguesseau. (1)

Está resuelto que el legado de una renta sobre un terreno designado es demostrativo. El tribunal de París se fundó, para resolverlo, en la voluntad del testador, descargando todas las *sutilezas* (son palabras del fallo), por medio de las cuales se había ensayado probar que el legado era limitativo. (2) Una testadora lega la cantidad de 120,000 francos al tres por ciento, que se había de tomar de tal deuda. A su muerte, había cobrado ya gran parte del crédito designado por ella y había enagenado la mayor parte de sus rentas; los legatarios universales pretendieron que el legado de 120,000 francos estaba limitado á aquellas rentas y que sólo estaban obligados á pagar las que todavía se hallaban en la herencia, á salvo el derecho del legatario para perseguir su pago sobre la parte del crédito asignada, que aún no estaba pagada. El tribunal de Burdeos desechó tales pretenciones como contrarias á la intención de la testadora que, al indicar un crédito con el cual debía pagarse el legado, no había tenido el propósito de limitar el legado á lo que sobrara en la sucesión del dicho crédito. (3)

Es necesario también ceñirse á la intención del testador

1 D'Aguesseau, alegato 54. Merlin, *Repertorio*, palabra *Legado*, sec. 4^a. pfo. 3^o, núm. 7 (t. 28, pág. 40). Troplong, t. 1^o, pág. 141, número 373.

2 París, 19 ventoso, año 11 (Dalloz, núm. 3,942, 1^o).

3 Burdeos, 15 de Julio de 1831 (Dalloz, núm. 3,911, 3^o).

cuando, al legar una cosa cierta, la designó mal. Dijo la testadora: "Lego á mi esposo el reconocimiento *entero* que otorgó en mi favor y ante notario después de nuestra unión, y el cual reconocimiento es de 5,000 francos." Y se halló que el dicho reconocimiento subía á 17,200 francos. Había, pues, un error evidente, puesto que la voluntad de la difunta había sido legar á su marido el reconocimiento *entero*: esa voluntad cierta debía prevalecer sobre una falsa designación. (1)

§ VII. DE LAS ACCIONES QUE NACEN DEL LEGADO.

171. El legatario tiene una acción personal contra el heredero ú otro de los sucesores que sea el deudor del legado. Al decir que los deudores del legado están personalmente obligados á pagarle cada uno, á *prorata* de su parte y porción hereditaria, el artículo 1,017 dice también claramente que los legatarios son acreedores y tienen, con ese título, acción personal contra su deudor. ¿De dónde nace esa deuda? Pothier dice, y con él, todos los autores enseñan, que al aceptar la herencia el heredero, se obliga *ex quasi contractu* con los legatarios á la presentación de los legados con que está gravado respecto de ellos; y que de esa obligación nace la acción personal *ex testamento* que tienen los legatarios para ser pagados. (2) El código civil no coloca la aceptación de la herencia entre los cuasi-contratos (arts. 1,730 y sig.). Lo que caracteriza los cuasi-contratos, es que producen obligaciones sin que haya habido concurrencia del consentimiento; son hechos, dice el artículo 1,370. ¿Se puede decir que la aceptación de una herencia es un hecho? Aceptar una herencia, es manifestar la voluntad de ser heredero; el que acepta consiente, pues, en ser heredero *ab intestato* ó testamentario y, al aceptar, ma-

1 Nîmes, 26 de Noviembre de 1824 (Dalloz, núm. 3,942, 2°).

2 Pothier, *Introducción á la costumbre de Orleans*, núm. 76. Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 6°, (t. 10, pág. 467).

nifiesta la voluntad de pagar las deudas y cargas anexas á la herencia. Por su parte, el legatario, al aceptar el legado, expresa también su consentimiento de querer aprovecharse de las liberalidades del difunto. El uno consiente, pues, en pagar y por esto se convierte en deudor, el otro consiente en recibir y se convierte en acreedor. Por lo que se puede decir que hay concurso de consentimientos, y en consecuencia contrato.

La acción personal que pertenece al legatario contra los deudores del legado no es otra que la acción para pedir la entrega. Sólo consintiendo en ella es como se hace definitiva la obligación del heredero. La aceptación de la herencia le sujeta, en verdad, á la acción por la cual pide el legatario el pago del legado; pero el heredero puede objetar la validez del mismo, y así únicamente la entrega voluntaria ú obligada es la que establece entre el heredero y el legatario las relaciones de deudor y acreedor. Esto confirma nuestra opinión respecto á la naturaleza de la obligación á que está sujeto el heredero: la entrega implica un consentimiento, voluntario ú obligado, y por lo tanto un contrato. (1)

172. ¿Contra quién se intenta la acción personal? Los deudores del legado ¿están obligados á el *ultra vires*, ó hasta donde concurre su emolumento? Hemos respondido antes á estas preguntas al tratar de la acción para pedir la entrega. Nos falta decir una palabra acerca del efecto de la obligación contraída por el heredero. ¿Está obligado á la garantía? El legado es una donación; es menester, pues, aplicar, por analogía, á las liberalidades testamentarias lo que hemos dicho de las liberalidades entre vivos (t. XII, núm. 387). El donatario no tiene derecho á la garantía. Los autores deducen este principio del artículo 1,021 que declara nulo el legado de cosa agena. Esto no es exac-

1 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 364, núms. 374 y 377.

to. La ley dice también que la venta de cosa ajena es nula (art. 1,599); y sin embargo, ella obliga al vendedor á la garantía. Así, pues, en lo gratuito del legado hay que buscar la razón del principio, en el cual, por lo demás, todos están de acuerdo. Dicho principio casi no se aplica á las cosas muebles; porque el legatario puede invocar la máxima "En cuanto á muebles, la posesión equivale al título;" y así, está á cubierto de la reivindicación si es de buena fe. Si se le priva judicialmente de un inmueble, no tiene recurso.

Se admiten muchas excepciones á la regla que acabamos de establecer. Si el legado tiene por objeto una cosa indeterminada, el legatario á quien se priva de la posesión puede reclamar otra cosa del mismo género y calidad. Esto no es una acción de garantía propiamente dicha, la cual es esencialmente una acción de daños y perjuicios. Hay que aplicar más bien los principios relativos al pago. El heredero es deudor; paga una cosa de que se privó al legatario, garantiza la bondad del pago, en cuanto á que el legatario puede pedir la nulidad del pago. Si se priva al legatario, aunque sea de una cosa cierta, por culpa del heredero, tendrá todavía un recurso, pero no una acción para pedir la garantía, sino la acción que nace de un cuasidelito ó la acción que nace de un contrato de entrega, esto es, en cualquier hipótesis, de una falta. Cítase como ejemplo el hecho de que los herederos no entregan al legatario los títulos de propiedad que poseen, sea por dolo, ó por negligencia. (1) Por aquí se ve la diferencia que hay entre la acción para pedir la garantía y la que nace de la culpa y dolo. Si los herederos estuviesen obligados á dar garantía, el legatario tendría derecho é interés en llamarlos al juicio desde que se le turba; porque si no los llamara, podrían

1 Aubry y Ran, t. 6º, pág. 166 y nota 9. Compárese con Duranton, t. 9º, pág. 264, núm. 254.

ellos objetar que se defendió mal y que por culpa suya salió vencido. El legatario perturbado no tiene derecho de llamar al heredero, pues sólo tiene el derecho que nace del dolo ó culpa de éste; es una simple acción de daños y perjuicios.

Hay un fallo que parece resolver que el legatario tiene acción á la garantía si tal fué la mente del testador. Lega éste una cosa que cree pertenecerle. Se presume que le habría dado al legatario una cosa de igual valor, á haber sabido que la que legó no le pertenecía. ¿Cuándo se puede admitir esta presunción? El tribunal de Grenoble responde que ella puede resultar del vínculo de parentesco ó alianza que haya entre el testador y el legatario, ó de los servicios que haya prestado éste al difunto; de suerte que las circunstancias del caso prueban que el testador tuvo en mira más bien los intereses del legatario que los de sus herederos. (1) Estas deducciones carecen de fundamento. No hay legado presunto; los herederos no están obligados á garantizar, y el recurso que el tribunal de Grenoble abre al legatario no es tampoco una acción para pedir garantía, sino una acción fundada en una presunción que la ley ignora y que no puede admitir el juez, puesto que ella tiende á crear un legado. El legado presunto es herejía jurídica.

173. También tiene el legatario la acción reivindicatoria si la cosa legada es cierta y determinada; para aplicar este principio, hay que distinguir. La acción que el legatario tiene contra el heredero no es acción reivindicatoria, (2) sino entrega; no puede aquél proceder por sí á reivindicar una cosa de la cual no se le reconoce aún como propietario, pues sólo por medio de la entrega se hace tal de una

1 Grenoble, 31 de Enero de 1815 (Dalloz, núm. 3,796).

2 Duranton confunde las dos acciones (t. 9º, pág. 365, núm. 378).
P. de D. TOMO XIV—27

manera definitiva. Esto es también cierto con relación á tercero, en cuanto á que el legatario no puede pedir la reivindicación mientras no haya conseguido la entrega de su legado. (1) ¿Puede reivindicar cuando el heredero fué quien vendió la cosa? Hay que aplicar los principios relativos á la petición de herencia. Si se admite que el heredero aparente puede enagenar, el legatario no podrá reivindicar. Siguiendo nuestra opinión, dicho heredero no puede enagenar; si enagena una cosa que fué legada, enagena aquello de que no es propietario, puesto que el derecho á la cosa está en el dominio del legatario; y así, éste debe tener derecho de reivindicar. (2)

No debe confundirse la acción reivindicatoria con la petición de herencia. Esta última acción pertenece al heredero testamentario, lo mismo que al heredero *ab intestato*. Es menester, pues, aplicar al legatario lo que hemos dicho en el título de las *Sucesiones*. (3)

174. El artículo 1,017 dice que los herederos del testador ú otros deudores del legado, están obligados hipotecariamente por el todo hasta la concurrencia del valor de los inmuebles de la herencia de los cuales son detentadores. De aquí se concluía, vigente el código civil, que los legatarios tenían una hipoteca legal independiente de la separación de patrimonios que pueden demandar. Esta hipoteca legal no se ha mantenido por la ley hipotecaria belga; el legatario no tiene hipoteca sino cuando el testador se la concede, y la hipoteca testamentaria está sometida á las reglas generales de especialidad y publicidad establecidas para las hipotecas convencionales. Nos remi.

1 Denegada, 24 de Abril de 1837 (Dalloz, núm. 3.900), Merlin, *Repertorio*, palabra *Legatario*, pfo. 6º, núm. 11 (t. 16, pág. 462).

2 Véase el tomo 8º de mis *Principios*, pág. 748 y siguientes, números 561-565.

3 Véase el tomo 8º de mis *Principios*, pág. 674 y siguientes, números 503 y siguientes.

timos en esta materia al título de las *Hipotecas*, que es su lugar. En el de las *Sucesiones*, nos ocupamos en la separación de patrimonios.