

SECCION II. De la revocación de los testamentos y de su caducidad.

ARTICULO 1. De la revocación,

§ I. DE LA REVOCACIÓN POR EL TESTADOR.

175. La definición que da el artículo 893 del testamento dice que el testador puede revocarle. Esto es de esencia en el testamento, que no es más que proyecto, pues el testador no dispone sino para un tiempo en que ya no ha de vivir; puede cambiar, pues, su voluntad, y en cambiando ella, no priva de ningún derecho, por no tener todavía ninguno el legatario. El testador no puede prohibirse á sí mismo, ni tampoco enervar á cualquiera hora su testamento; en efecto, renunciando la facultad de revocarle, llegarán á ser los legados liberalidades actuales, y por consiguiente entre vivos, y esas liberalidades no se pueden hacer por donación.

En otro tiempo se acostumbraba á insertar en los testamentos una cláusula por la cual declaraba el testador que era su voluntad que ningún otro testamento que pudiera hacer en lo sucesivo se ejecutara, á menos que contuviera una sentencia tal como lo indicara; ésto era lo que se llamaba cláusula revocatoria. Considerábanse estas cláusulas como una garantía contra la debilidad ó la violencia á que teme una persona ceder al hacer testamento contra su voluntad; el testamento estaba de antemano atacado de nulidad, si no contenía la sentencia que encerraba la cláusula revocatoria. El Estatuto de 1735 abrogó tal costumbre, y pues que no la reconoció el código, fuerza es concluir que

no está autorizada, puesto que tenía por efecto coartar la libertad del testador. (1)

176. Las disposiciones testamentarias pueden revocarse expresa á tácitamente. En lo cual se aplica el derecho común en cuanto al principio. En efecto, revocar un testamento es mantener una voluntad contraria á la que se había expresado en el testamento que se revoca. Mas la voluntad puede manifestarse de una manera expresa, por medio de una declaración verbal ó escrita, como puede manifestarse también por un hecho. De ahí el principio de que por regla general, el consentimiento puede ser expreso ó tácito. La ley admite su principio para la revocación de los testamentos. Hay revocación expresa cuando declara el testador su cambio de voluntad en un nuevo testamento ó en un instrumento auténtico. Hay revocación tácita cuando, sin revocar las primeras disposiciones que hizo, el testador hace otras nuevas que son incompatibles con las anteriores, ó cuando algún hecho prueba que el testador ha cambiado de voluntad (arts. 1,035-1,038).

El código deroga los principios generales en lo que concierne á la revocación expresa. Según el derecho común, no debe manifestarse la voluntad por escrito, y menos en instrumento solemne, en tanto que la voluntad de revocar un testamento no puede expresarse más que por testamento ó por instrumento autorizado. Es difícil dar con la razón de tal derogación. Comprenderíase que el legislador hubiera establecido como principio que las formas prescriptas para la confección de los testamentos debieran observarse también para su revocación; porque el testamento es un acto solemne, y si no existe legalmente la voluntad de legar sino cuando la ha expresado el testador en la forma de la ley, la consecuencia rigurosa es que la revocación se debe hacer con las propias solemnidades, puesto que

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 331, númer. 698 y todos los autores.

implica una nueva disposición. Nunca se ha admitido esta consecuencia rigurosa; siempre se ha reconocido en el testador el derecho de revocar tácitamente sus disposiciones. Pero si es válida la revocación tácita, no se ve por qué es necesario un instrumento solemne para la revocación expresa. Que se exija un escrito para no dejar abandonada á la fe incierta de los testigos la revocación de tan importante acto, lo comprendemos; pero ¿por qué es necesario otro testamento, ó un instrumento auténtico, cuando puede ser tácita la revocación? El proyecto del código civil era aún más severo; sentaba la regla de que las donaciones testamentarias no se podían revocar más que por una declaración del cambio de voluntad hecha en alguna de las formas en que se puede testar. De acuerdo con la proposición de Tronchet se admite que podría hacerse la revocación por instrumento auténtico. (1) Si así se puede, ¿por qué no por instrumento privado? Nada hay acerca de la razón jurídica de esta diferencia. Lo único que se puede decir, es que los autores del código quisieron prevenir las discusiones á que se prestan los documentos privados más fácilmente que los auténticos. Pero el sistema del código da también lugar á muy serias dificultades.

Núm. I. De la revocación expresa.

177. Dice el artículo 1,035: "Los testamentos no podrán revocarse, en todo ó en parte, sino por un testamento posterior ó por un instrumento otorgado ante notario, que exprese el cambio de voluntad". De aquí resulta que la revocación es un acto solemne: no existe, pues, sino cuando se ha hecho en la forma de la ley; el escrito no sirve de prueba, y es necesario para la existencia del acto. Por consiguiente, si no hay testamento ni instrumento auténtico revocatario, no hay revocación. Así, no puede discutirse

¹ Sesión del consejo de Estado de 27 ventoso, año 11, núm. 14 (Loctré, t. 5º, pág. 272). Toullier, t. 3º, 1, pág. 384, núms. 615-621.

mitimos para el examen de la cuestión al título del *Mandato*. Cuando éste es verbal, apenas cabe duda. La revocación de un testamento es un acto solemne, y por lo mismo es menester que la voluntad de revocar se manifieste en la forma legal. De aquí se sigue que el mandato conferido verbalmente no puede producir ningún efecto; y así se declaró en casación. (1)

1. De la revocación por instrumento auténtico.

180. Conforme al artículo 1,035, la revocación no se puede hacer sino por instrumento ante el notario. Es, pues, la revocación un documento solemne, como lo acamos de decir (núm. 177). Síguese de aquí que no se puede aplicar el artículo 1,318, según el cual, el instrumento que no es auténtico por incompetencia ó incapacidad del funcionario que le autoriza, ó por defecto de forma, equivale á un documento privado, si fué firmado por las partes. El artículo 1,318 supone que se trata de una cuestión de prueba, y la prueba puede consistir en documento privado, lo mismo que en uno auténtico; pero cuando la ley exige que haya uno solemne, en vano sería invocar un escrito privado, y la revocación no existe cuando no se ha hecho con las formalidades de la ley. (2) Aplicando este principio se resolvió en Francia que no era válida la revocación cuando el instrumento se había recibido por un notario, hallándose ausente el otro. En Bélgica se ha entendido siempre así la ley de ventoso; en Francia, la ley de 21 de Junio de 1843 exigió la presencia de otro notario más. En apoyo de la doctrina consagrada por la jurisprudencia, Troplong cita el proverbio *Quod nullum est, nullum producit effectum*. (3) La razón no es buena, porque el artículo

1 Denegada, 1º de Septiembre de 1812 (Dalloz, núm. 2,515). Comparese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 372, núm. 667; Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de testamento*, pfo. 1º, núm. 4 (t. 30, pág. 67).

2 Demolombe, t. 22, pág. 125, núm. 143.

3 Troplong, t. 2º, pág. 212, num. 2,052 y los autores que cita.

1,318 prueba precisamente lo contrario; el instrumento, aunque nulo como auténtico, puede ser válido como privado. Si no hay revocación, es en razón de la solemnidad del instrumento.

181. El artículo 1,035 dice que el instrumento debe contener la declaración de cambio de voluntad, y está resuelto que la ley no exige una declaración expresa de la voluntad de revocar, bastando que tal voluntad resulte de las palabras usadas por el testador en el instrumento de revocación. (1) ¿Es menester concluir de aquí, con Troplong, que la ley autoriza todas las conjeturas y presunciones, de las cuales irresistiblemente se puede sacar la consecuencia de que el testador no quiso perseverar en su primera resolución? (2) Nos parece que esto es ir más allá que la ley; ella exige una declaración del cambio de voluntad, y esa declaración debe hacerse en instrumento auténtico; esto supone una manifestación de voluntad con palabras, lo cual excluye las conjeturas y las presunciones.

182. El testador revoca su testamento por una donación; y se halla que ésta es nula por falta de aceptación. Se pregunta si la cláusula de revocación será válida. La afirmativa ha sido declarada en juicio, y la doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia. Lo único que exige la ley para la validez de la revocación, es que la voluntad de revocar se haga constar en instrumento autorizado, mas la donación, aunque nula, como tal, es un instrumento autorizado y válido como tal también; por tanto, nos hallamos dentro de los términos y del espíritu de la ley. (3) Esta opinión parécenos no obstante dudosa; vamos á examinar

1 Limóges, 9 de Mayo de 1809 (Daloz, núm. 4.147).

2 Troplong, t. 2º, pág. 217, núm. 2,064. Demolombe, t. 22, página 124, núm. 142.

3 Casación, 25 de Abril de 1825 (Daloz, núm. 4.260). Compárense á Coin-Delisle, pág. 494, núm. 5 del artículo 1,035; Troplong, t. 2º, pág. 230, núms. 2,088, 2,089, Demolombe, t. 22, pág. 126, núm. 147.

una cuestión análoga, y es la de si una revocación hecha en instrumento auténtico es válida cuando el instrumento es nulo como testamento pero válido como instrumento autorizado. La jurisprudencia está por la negativa; sobre todo, por la razón de que sostener la revocación, cuando se anulan disposiciones nuevamente hechas por el testador, es quebrantar su voluntad y obligarle á decir lo que no quiso decir. ¿No sucede lo mismo cuando el testador hace una donación revocando un testamento anterior? No quiso revocar pura y simplemente, sino que revocó al mismo tiempo que otorgaba una nueva liberalidad; ¿y se puede anular la liberalidad y sostener la revocación? ¿No es esto quebrantar también la voluntad del disponente? Preferiríamos decidir que el testador quiso, no simplemente revocar, sino hacer una donación con revocación, de suerte que la nulidad de la primera entrañara la de la segunda.

II. De la revocación por un testamento posterior.

183. Dice el artículo 1,035, en términos generales, que los testamentos pueden revocarse por otro posterior. No hay, pues, que distinguir cuál es la forma del testamento posterior; con tal que sea válido éste, contendrá una revocación. Así, un testamento auténtico puede revocarse por otro ológrafo; y uno ordinario puede revocarse por otro privilegiado. El principio es sencillísimo, pero su aplicación da lugar á multitud de dificultades.

1. Del testamento ológrafo ó místico.

184. El testamento ológrafo ó cerrado debe ser válido como tal, para que la cláusula revocatoria que contenga produzca revocación. Si es testamento ológrafo se necesita que vaya escrito, fechado y firmado por el testador. El tribunal de Colmar desconoció este principio elemental

revalidando una revocación que carecía de fecha. (1) Es verdad que la fecha es cierta, en cuanto á que la cláusula de revocación era posterior al instrumento en que el testador había instituido un legado en favor de su doméstico, pero tal certidumbre no suple á la fecha en un documento solemne. Era, pues, nulo el testamento y lo era, por consiguiente, la revocación. Si la sostuvo el tribunal, fué por consideraciones de un orden moral: tratábase de un criado infiel é ingrato, que ciertamente merecía que se le privara de la liberalidad otorgada en favor suyo por su ama. Pero los tribunales, antes que todo, son los guardianes de la ley, y no pueden sacrificarla, ni aun en provecho de la moral. Ejemplo funesto sería esto, porque habría magistrados que sacrificaran el derecho á una conciencia mal ilustrada.

185. Sucede con harta frecuencia que añade el testador una cláusula de revocación después de fechar y firmar su testamento: ¿será válida la cláusula revocatoria, si está firmada, pero no fechada? Hay sobre este punto dos sentencias al parecer contradictorias. El tribunal de Burdeos admitió la validez de una cláusula revocatoria que carecía de fecha, por causa de que la dicha cláusula se confundía con el testamento, al cual no hacía más que explicar: esto es la aplicación de los principios que hemos sentado al tratar de los testamentos ológrafos. (2) La sala de casación anuló, por el contrario, una cláusula de revocación que no tenía fecha; pero en el caso de que se trataba, la cláusula revocabía el testamento mismo después del cual la había escrito el testador. Era, pues, una disposición independiente del testamento, puesto que tendía á anularle; por tanto, no podía tener valor como disposición testamentaria, lo

1 Colmar, 5 de Abril de 1824 (Dalloz, núm. 2,607). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 494, núm. 7 del artículo 1,035. Massé y Vergé comentando Zacharie, t. 3º, pág. 292, nota 2.

2 Burdeos, 23 de Enero de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 199).

cual no implica que debía ser escrita, fechada y firmada por el testador. (1)

186. Si el testamento ológrafo ó místico revoca simplemente el testamento anterior, sin contener nueva disposición de bienes, ¿será válida la revocación? Generalmente se admite la afirmativa, y si pudiese resolverse en teoría la cuestión con abstracción de la ley, no dejarían lugar á duda los principios. Pero dicha cuestión lo es de ley. El artículo 1,035 quiere que haya un *testamento posterior*; y ¿qué es testamento? Según la definición legal, el testamento es un acto por el cual *dispone* el testador, para un tiempo en que ya no ha de vivir *de todo ó parte de sus bienes*. No hay, pues, testamento mientras no haya disposición de bienes. De donde un instrumento escrito, fechado y firmado, que no contenga ninguna disposición de bienes, no es testamento; lo cual resuelve la cuestión.

Contra esto se objeta que el instrumento que revoca un testamento contiene una disposición implícita en favor de los herederos *ab intestato*. El argumento es de alguna fuerza en razón de la tradición; y en el derecho antiguo sedujo á dos de nuestros mejores jurisconsultos. Domat enseña que el que revoca su testamento sin hacer otro, instituye por heredero al pariente que le debe suceder *ab intestato* por una institución tácita en la expresión y expresa en la intención. Voet comienza por decir que nada más natural que un testador pueda revocar su testamento de la propia manera que le hizo; y añade: en este caso, se reputa que el testador instituyó por herederos á aquellos á quienes vuelve la herencia en virtud de la ley. (2) Es menester tener razón dos veces para atreverse á combatir una opinión que tiene en su apoyo la autoridad de Domat y de Voet. Pe-

1 Denegada, 15 de Noviembre de 1864 (Dalloz, 1865, 1, 185).

2 Domat, *Leyes civiles*, parte 2^a, libro 3^o, tit. 1^o, sec. 5^a, núm. 12, en la nota. Voet, *ad Pand.*, libro 28, tit. 3^o, pfo. 1 (t. 2^o, pág. 287).

ro, en nuestro caso, la tradición, por muy imponente que sea, debe hacerse á un lado. Nuestros antiguos jurisconsultos no estaban sujetos á una ley, como nosotros, y les hemos dado la razón desde antes en el terreno de los principios. Falta saber si la explicación que ellos dan es conciliable con el artículo 1,035 y con el 895. ¿Es cierto que el testador que revoca su testamento por medio de instrumento escrito, fechado y firmado por él, dispone en favor de sus herederos? Estos sucederán, no á virtud del testamento, que no los llama á la herencia, sino á virtud de la ley; no serán, pues, legatarios, sino herederos *ab intestato*. Si fuese testamento el instrumento privado y revocatario, lo sería también el instrumento autentizado que revocara el testamento anterior; y es un hecho que no pasa así, puesto que el artículo 1,035 opone la revocación *por testamento* á la revocación *por instrumento autorizado ordinario*. (1)

Haciendo á un lado la tradición, hemos respondido ya al mismo tiempo á los autores modernos y á la jurisprudencia, que se apoyan en el argumento tradicional. (2) Algunos autores recientes han comprendido lo que hay de débil en una argumentación que choca con la ley, y han tratado de dar otro sentido al artículo 1,035, apoyándose en los trabajos preparatorios. El proyecto del código civil estaba redactado como sigue: "No podrán revocarse los testamentos sino por instrumento que revista las formalidades legales de un testamento." Esta redacción zanjaba la dificultad; no se necesitaba testamento; no se necesitaba más que un instrumento escrito, fechado y firmado por el testador. Pero cambió el proyecto; ¿por qué? ¿con qué fin? ¿Para hacer más difícil la revocación? Al contrario, para

1 Bugnet comentando á Pothier, t. 8º, pág. 308. Marcadé, t. 4º, pág. 121, núm. 2 del artículo 1,035.

2 Troplong, t. 2º, pág. 212, núm. 2,051; Aubry y Rau, t. 6º, página 183 y nota 3; Demolombe, t. 22, pág. 119, núms. 140, 141 y los autores que citan. Denegada, 17 de Mayo de 1814 (Dalloz, número 4,155, 1º).

facilitarla; puesto que, conforme á la disposición primitiva, los que no pudieran escribir, habrían debido hacer un instrumento, para revocar su testamento, con las formalidades difíciles del público ó del cerrado; y los autores del código quisieron permitirles que revocaran por medio de un simple instrumento auténtico. Esta modificación, propuesta por el tribunado, trajo una recomposición del artículo 1,035; pero la nueva redacción no implica un cambio de sistema, y así es menester admitir que el principio consagrado por el proyecto siguió siendo el mismo. Conclúyese de aquí que la fórmula actual, de que no podrán revocarse los testamentos sino por *otro posterior*, tiene el sentido de la primitiva, sobre que tal revocación podía hacerse por *un instrumento revestido de las formalidades legales de un testamento.*⁽¹⁾ La explicación es ingeniosa, pero basta, para rechazarla, ver el fin, á que se dirige. Dice el código: No se puede revocar el testamento más que por un *testamento* ológrafo, cerrado ó auténtico; y se le hace decir que puede revocarse por un instrumento escrito, fechado y firmado por el testador. Hácese que diga la ley cosa distinta de la que dice, y por consiguiente, se la altera, se la cambia, ó se hace un nuevo código.

Tal es, dicen, el espíritu de la ley, y el espíritu debe pre-
valecer sobre la letra. ⁽²⁾ Cuando ésta es oscura, sí; pero no, cuando es clara y terminante. Y es difícil que haya letra más clara que la del artículo 1,035. Remitimos, pues, al legislador todo lo que los autores dicen del espíritu de la ley. Nosotros deseamos, como ellos, que se notifique la ley, pero no reconocemos al intérprete la facultad de hacerlo.

No es tan cierta la jurisprudencia como se dice. Sólo el fallo de casación de 1,814 es el que resuelve la dificultad

¹ Mourlon (según Valetle), t. 2º, pág. 386.

² Duranton, t. 9º, pág. 413, núm. 431.

en términos formales. En todos los demás casos que se han presentado, el acto que importaba revocación, contenía una disposición expresa ó implícita de bienes; en este caso, hay testamento, y por tanto se está en los términos de la ley. (1)

187. No basta un testamento posterior; se necesita que el testamento contenga una declaración del cambio de voluntad (art. 1,035). Lo que hemos dicho del cambio de voluntad en el testamento auténtico se aplica al cambio de voluntad por testamento (núm. 184). No hay términos sacramentales, sino que se necesita una *declaración*. El tribunal de Nîmes resolvió que hubo revocación en el siguiente caso: "Queriendo que el presente testamento ológrafo sea el único válido." Resulta de aquí necesariamente que el testamento anterior no es válido, y por lo mismo fué revocado. (2)

2. Del testamento por instrumento público.

188. Para que el testamento por instrumento público produzca revocación, son menester, lo mismo que para el ológrafo, dos condiciones: primero, que haya un testamento recibido con las formalidades de la ley, y después una declaración relativa al cambio de voluntad. La condición relativa á la forma da lugar á una dificultad muy grave.

El testamento público es un instrumento solemne, que debe recibirse con las formalidades prescriptas por la ley, so pena de que no exista, ni por consiguiente pueda producir revocación. Hay un caso en que no es dudosa esta solución. Si el testamento es nulo, no sólo como instrumento de última voluntad, sino como instrumento autorizado, nada hay escrito, ni testamento, ni instrumento auténtico, y por tanto, no hay revocación. Si pues tiene alguna

1 París, 10 de Abril de 1811 (Dalloz, núm. 4,156, 2º); Denegada, 7 de Junio de 1832 (Dalloz, núm. 4,156, 1º). Burdeos, 27 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 193).

2 Nîmes, 30 de Julio de 1819 (Dalloz, núm. 4,157).

incapacidad el notario, no hay testamento, ni instrumento auténtico, ni revocación expresa. Pero el testamento puede ser nulo como tal, y válido sin embargo como instrumento auténtico. Del mismo modo, si el testamento se recibió por un notario y cuatro testigos, uno de éstos incapaz, el testamento será nulo; pero el instrumento valdrá siempre como auténtico, puesto que para los auténticos basta con dos testigos. Se pregunta si, en tal caso, valdrá el instrumento como revocatorio hecho ante el notario.

La cuestión está muy discutida. Creemos que la nulidad del testamento trae consigo la de la revocación. La sala de casación, que ha consagrado ésta, la funda en un argumento de ley que no parece decisivo. Conforme al artículo 1,035, de dos maneras puede el testador revocar su testamento: ó por un simple documento autorizado, ó por otro testamento. Si lo hace por testamento, debe observar las formalidades que la ley prescribe para el testamento, formalidades que son necesarias para la existencia del acto; y si no se observan, ni hay testamento, ni por lo mismo revocación por testamento. (1) Contra esto hay sus objeciones, una de ellas muy especiosa. Un instrumento puede ser nulo como tal, y válido no obstante bajo otro aspecto. Así, un testamento nulo, como cerrado, puede ser válido como ológrafo; (2) un instrumento nulo como auténtico puede ser válido como privado (art. 1,319). ¿Por qué un instrumento nulo como testamento no habría de ser válido como auténtico? Y si vale como tal, se habrá llenado la condición de la forma, puesto que la ley permite que se revoque un testamento por un instrumento autorizado. Respondemos que ninguna analogía hay entre los casos que se

1 Denegada, 20 de Febrero de 1821 (Dalloz, núm. 4,163) y 10 de Abril de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 145). Hay un faillo del tribunal de Turín de 19 de Marzo de 1810, que desarrolla muy bien este principio (Dalloz, núm. 4,163). Comparese con lo resuelto en Pau à 27 de Agosto de 1835 (Dalloz, núm. 3,216, 2º).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 572, núm. 428.

citan y el que se discute. Cuando un testamento cerrado es nulo como tal, pero está escrito, fechado y firmado por el testador, es un sólo y mismo instrumento que vale en todo, puesto que se observaron las formalidades de la ley; á más de que la intención del testador es ciertamente la de que valga el testamento como ológrafo, si no puede valer como cerrado. Sigue lo mismo cuando un instrumento auténtico se sostiene como privado; hay aquí un escrito firmado por las partes, que la ley admite como prueba documental por razón de esa firma, y le admite la ley como prueba completa. Segúu nuestra hipótesis, por el contrario, el testador quiso hacer otro testamento revocando el primero, quiso testar. Esta voluntad se halla que fué ineficaz, en razón de que no existiendo el instrumento como testamento, se estima que el testador no quiso testar; y si no quiso tal, tampoco quiso revocar su testamento anterior, puesto que nada queda de su voluntad, la cual se considera como no existente. ¿Qué hacer en la doctrina que impugnamos? Que se dividen un instrumento y una voluntad igualmente indivisibles. El testador, dicen, hizo dos cosas muy distintas, que fueron testar y revocar su testamento; y el instrumento contiene por lo mismo dos hechos jurídicos muy distintos, un nuevo testamento y la revocación de otro anterior. De aquí se saca por consecuencia que el testamento puede ser nulo y válida la revocación. Respondemos que ésto es dividir una voluntad indivisible. No está bien decir que el testador quiso hacer dos cosas distintas, testar y revocar; sólo una cosa quiso, testar; pues la revocación no es más que la consecuencia de su testamento; no habría revocado sus disposiciones anteriores si no hubiese hecho otras nuevas; ese nuevo testamento es un cambio de voluntad, en la cual hay dos cosas: nuevas disposiciones y la revocación de las anteriores: dos elementos que

están estrechamente unidos y que en realidad sólo forman uno, que es la voluntad de testar.

No se puede, pues, dividir ésta y decir: se estima que el testador no quiso testar, puesto que es nulo el testamento, pero se estima que quiso revocar, puesto que es válido el instrumento de revocación. Es menester decir: el testador quiso al mismo tiempo testar y revocar, y si el acto por el cual manifestó su última voluntad es nulo, se reputa que nada quiso, ni testar ni revocar. Lo que decimos de la voluntad se aplica naturalmente á lo escrito, que es la expresión de la voluntad. Si ésta es indivisible, lo será también lo escrito. El difunto quiso hacer un testamento; pero éste es nulo, no existe para la ley, es nada: ¿y se divide la nada? ¿y puede la nada ser válida en parte?

Invócanse los trabajos preparatorios. En el derecho antiguo se discutía ya la cuestión que hoy discutimos. En el consejo de Estado, lo hizo notar Berlier pidiendo que se zanjara la dificultad. Aquel autor opinaba que, aunque nulo en cuanto á su forma, el testamento debía producir revocación si contenía alguna cláusula revocatoria, y que en consecuencia debía abrirse la herencia *ab intestato*. Tronchet dijo igualmente que el segundo instrumento, aunque nulo, indicaba, no obstante, un cambio de voluntad en el testador, cambio cuyo efecto debía ser destruir aquel testamento. El consejo de Estado resolvió que se convirtiera en disposición la proposición de Tronchet. (1) Pero nada se siguió á aquella resolución, y así nos hallamos frente á una resolución del consejo que no se llevó á cabo. Lo cual quiere decir que no se la puede tomar en consideración. (2)

189. Hay fallos en sentido contrario, pero de poca im-

1 Sesión del consejo de Estado de 27 septiembre, año 11, núm. 21 (Looré, t. 5º, pág. 272).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 183, nota 5, pfo. 725; Demolombe, t. 22, pág. 181, núm. 155; Dalloz, núm. 4,162 y los autores que citan.

portancia. Uno de ellos, del tribunal de Grenoble, apenas si motivado está. El otro, de Bruselas, no toca la verdadera dificultad; es un punto de ley; y el tribunal no contesta á aquel argumento decisivo. Dice que es favorable volver al orden natural de las sucesiones. Indudablemente, puesto que ese orden natural es el derecho común; pero la ley permite que se le derogue, y así es menester respetar la voluntad del testador. Pues bien, éste hizo testamento; pero se quiere que su testamento sea revocado por otro nuevo, y hállase que esta nueva voluntad, á los ojos de la ley, no existe. Luego subsiste el anterior. El tribunal de Bruselas dijo que el legislador favorece la revocación de los testamentos, puesto que permite que se haga ésta por medio de un instrumento autorizado, siendo así que no basta uno auténtico para la validez del testamento. Esto es verdad, pero hay que agregar que el testador no escogió el medio fácil del documento autorizado, sino que quiso hacer un testamento; y lo que él quiso, no lo hizo, puesto que un testamento nulo en cuanto á la forma no tiene existencia legal. En suma, tenemos delante una voluntad legalmente manifestada, que subsiste por no haber sido revocada, dado que la pretendida revocación no tiene ninguna fuerza legal. (1)

Hay resoluciones que se fundan en la intención del testador para declarar que él no quiso revocar su primer testamento, y que por tanto subsiste ese testamento y debe ejecutarse. Contiene el segundo testamento una cláusula revocatoria que casa y anula expresamente todos los demás testamentos: suponiendo que sea válida la cláusula, á pesar de la nulidad del testamento, no revoca el primero, si se respetan las disposiciones del mismo y á favor del mismo legatario en el segundo testamento, con ligeras mu-

1 Bruselas, 20 de Julio de 1807 y Grenoble, 16 de Marzo de 1812 (Dalloz, núm. 4,165, 1º, y 2º).

taciones. Así, en un testamento, cierta mujer instituye á su marido; en el segundo que hace, reproduce esa institución, añadiendo una ligera modificación, que consiste en la carga de pagar 500 francos á los hospitales: no hubo revocación, dice el tribunal de Limoges, porque no hubo cambio de voluntad, por haber sido siempre la de la testadora beneficiar á su marido. Lo mismo se resolvió en Nimes. (1)

Cierto, hay casos en que la revocación hecha por medio de un testamento nulo como tal, pero válido como instrumento autorizado, sería evidentemente contraria á la mente del testador. En un caso resuelto por el tribunal de Bruselas, el segundo testamento instituía al mismo legatario, que era el marido de la testadora, aumentando la liberalidad; el segundo testamento era nulo; si se hubiese sostenido la validez de la cláusula revocatoria, habría quedado revocado el primer testamento, y por consiguiente la herencia se habría deferido á los herederos *ab intestato*, lo cual habría equivalido indudablemente á desconocer la voluntad de la testadora. (2) Si embargo, creemos que se engañan los tribunales con acogerse á la mente del testador. No está bien decir, como lo dicen ellos, que el segundo testamento no contiene cambio de voluntad, ni por lo tanto revocación. La voluntad no es la misma, puesto que el segundo testamento no es una reproducción literal del primero. Hay, pues, un cambio de voluntad, y así debería haber revocación, según la voluntad expresa del testador, si esa voluntad se hubiera manifestado con arreglo á la ley. Pero no lo fué, puesto que es nulo el segundo testamento, y en tal virtud es insubsistente la cláusula revo-

¹ Limoges, 8 de Julio de 1803; Nîmes, 7 de Diciembre de 1821 (Daloz, núms. 4,172 y 4,173, 1º). Compárese á Duranton, t. 9º, página 432, núm. 439 y los autores que cita.

² Bruselas, 2 de Marzo de 1822 (*Pasicrisia*, 1822, pág. 80 y Daloz, núm. 4,168).

catoria, lo mismo que las otras cláusulas del testamento nulo. Puesto que no hay voluntad, no se le puede invocar para inferir que el testador quiso mantener el primer testamento.

La crítica que hacemos de aquellos fallos, aunque en el fondo sean de nuestra aprobación, tiene una consecuencia importante. Si fuera decisiva la cuestión de intención habría que aplicar la cláusula revocatoria en el caso en que la mente del testador fuera preferir sus herederos *ab intestato* á los legatarios que había instituido en el primer testamento, caso de revocación del segundo. Así, después de instituir á Pedro como legatario universal, hace el testador otro testamento en el que lega todos sus bienes á Pablo, sin dejar nada á aquél á quien al principio había instituido su heredero. El segundo testamento es nulo, pero válido como documento auténtico. Si lo fuera también la cláusula revocatoria, indudablemente habría que aplicarla contra el primer legatario, conforme á la mente del testador; porque éste debe de haber tenido motivos de descontento muy poderosos contra un legatario á quien priva de todo lo que le había dado; debería decirse, pues, si fuera decisiva la intención del testador: el difunto prefirió al segundo legatario sobre el primero, pero si hubiese previsto que se anularía el segundo testamento, habría añadido indudablemente que, en ese caso, prefería á sus herederos *ab intestato* sobre su primer legatario. Así, ateniéndose á la mente del testador, unas veces habría revocación y otras no; lo cual llevaría hasta la arbitrariedad más absoluta, y la suerte de los testamentos dependería de la apreciación que el juez hiciera de la mente del testador. Esta mente, en realidad, no puede tomarse en consideración, porque no hay voluntad de revocar, mientras no se exprese con las formalidades de la ley; la que no se exprese así, no es voluntad.

190. ¿Es decir esto que absolutamente se debe tomar en

cuenta la mente del testador? El artículo 1,035 dice lo contrario, al querer que el testador declare su cambio de voluntad; y ved ahí el elemento intencional de la revocación. Pero no debe tomársela en cuenta sino cuando se haya manifestado legalmente, quiere decir, cuando haya testamento válido. Surge entonces la cuestión de saber cuál sea esa voluntad. Puede ser ella pura y simple, y puede ser condicional; puede tener por objeto revocar todo el testamento anterior, ó sólo una parte de él. En esto tienen los tribunales una facultad de apreciación que no sería posible disputarles, puesto que la tienen cada vez que se trata de una cuestión de intención. Citaremos un ejemplo notable tomado de la jurisprudencia.

Un testador hace tres testamentos ológrafos. En el primero, instituye como legatarios á su hermana y á los representantes de dos de sus hermanos; en cuanto á los herederos de otro hermano, los excluye en un codicilo injurioso por indignos, acusándolos de haber robado la herencia de uno de sus hermanos ya difunto. El testador añade: "Todo testamento hecho antes de hoy es nulo de derecho." Iguales disposiciones contenía el segundo testamento, además de una explicación relativa á la mejora debida á su mujer. El tercer testamento instituía á los mismos legatarios, pero sólo en el usufructo, legando la nuda propiedad á sus sucesores, y al final del testamento se leía: "Todo el testamento anterior es nulo de derecho." Los sobrinos desheredados reclamaron la nulidad del legado de nuda propiedad contenida en el tercer testamento, y reclamaron también esa propiedad como herederos *ab intestato*, en virtud de que sólo el último testamento debía ser el subsistente por la cláusula expresa de revocación que contenía respecto de todo testamento anterior. En París se resolvió que era nulo el legado de nuda propiedad hecho á la sucesión de los legatarios, como hecho á personas inciertas,

pero el tribunal interpretó la cláusula revocatoria en el sentido de que estaba subordinada á la condición de que se ejecutara el testamento que la contenía; en consecuencia, el tribunal la declaró no realizada, por haberse anulado el testamento.

He aquí, pues, una cláusula de revocación, válida por su forma declarada no realizada en virtud de la mente del testador. La dicha cláusula era, en verdad, terminante, pero también era incierta la mente del testador de no darle efecto sino ejecutándose el testamento en que se encontraba. Supongamos que el tribunal hubiese aplicado esa cláusula, que fué lo que hizo el tribunal de primera instancia. ¿Qué habría sucedido? Que los herederos legítimos habrían recibido la herencia, es decir, precisamente los sobrinos desheredados por el difunto en tres testamentos sucesivos. Había añadido él, se dirá una cláusula revocatoria de los testamentos anteriores. Sí, pero con la creencia de que se ejecutaría su última voluntad. Si hubiese previsto que se atacaría su último testamento, sin duda habría subordinado la cláusula revocatoria á la validez del testamento mismo. Pero, pues que su voluntad era cierta, los jueces debían interpretar aquella cláusula conforme á esa voluntad. Tal fué lo que se hizo en París, y recurrido el fallo, la sala de casación dió uno denegatorio fundado en que el derecho de interpretar los actos de última voluntad y decir cuál fué la mente del testador, pertenece exclusivamente á los jueces del conocimiento. El segundo fallo hacia ver que el tribunal de París había tomado los elementos para su resolución de los testamentos anteriores, lo cual parece opuesto al principio sostenido en casación con rigor sumo, sobre que el juez debe interpretar el testamento por sí mismo, sin recurrir á pruebas extrínsecas. Había una respuesta decisiva que dar á la objeción y era la de que, en el caso, estaban sometidos varios testamentos

á la consideración del tribunal; y se trataba de saber si había de subsistir alguno de los anteriores, atenta la cláusula revocatoria que contenía el último; por lo cual debía el tribunal tomar en consideración todos los testamentos, puesto que todos estaban sujetos á debate. (1)

191. Hay un caso en el que no es dudosa la cuestión de intención. El testador revoca su testamento por un documento hecho en la forma testamentaria, pero sin hacer nueva disposición de bienes. Un instrumento hecho en la forma testamentaria que no contiene ninguna disposición de bienes, no es testamento; y debe aplicársele lo que acabamos de decir del ológrafo (núm. 186). Si fué hecho por ante notario, será ó no válido, según que se hubieren observado ó no las formalidades prescriptas por la ley; poco importa que se hayan observado las especiales del testamento, porque aquello no será tal, sino que deberá tenerse como instrumento ordinario. Si el testamento es válido en cuanto á su forma, habrá revocación, y no la habrá si es nulo también en cuanto á la forma. En uno y otro caso, quedará fuera del litigio la intención del testador. Este quiso revocar, pero su voluntad sólo existe, expresada legalmente; la revocación depende, pues, de la validez del instrumento. (2)

192. Cuando la cláusula revocatoria es válida en cuanto á su forma, la extensión de esa cláusula es cuestión de interpretación de voluntad; por consiguiente, corresponde al juez de los autos resolver cuáles son las disposiciones anteriores que quedan revocadas por el último testamento. El testador instituye un legatario universal y revoca toda disposición anterior que sea contraria á esa institución. Se pretendía que la cláusula revocatoria traía consigo por ser general, la revocación del legado particular

¹ Denegada, 10 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 454).

² Denegada, 1º de Junio de 1870 (Daloz, 1871, 1, 110).

hecho por la testadora en otro testamento anterior. El tribunal de Donai desechó esa interpretación como contraria á la voluntad de la difunta, quien había hecho aquel legado para conformarse á la mente de su marido; por tanto, en su voluntad estaba una carga que debía incumbrir á su heredero quien quiera que fuese. Contra esto se objetaba que la cláusula revocatoria, entendida así, no tenía sentido, porque no había otras disposiciones testamentarias; pero el tribunal dijo que la cláusula es una medida de prudencia cuando los testadores, de edad ya muy avanzada, desconfien de su memoria, respecto de los actos de última voluntad ejecutados por ellos anteriormente. (1)

Por el contrario, la cláusula revocatoria concebida en términos generales absolutos, anula todas las disposiciones anteriores, si tal es la mente del testador, aun cuando por su último testamento sólo haya dispuesto de una parte de sus bienes; los bienes de que no dispone los recibirán, en ese caso, los herederos *ab intestado*. Dispone la testadora en su primer testamento de sus bienes muebles é inmuebles, y después hace otro en el cual declara expresamente que revoca todos los testamentos que haya podido hacer hasta ese día, queriendo que se tengan como si no hubieran sido hechos. Era imposible discutir acerca de la extensión de aquella cláusula revocatoria; el primer testamento debía considerarse, pues, como no pasado. Quedaba el segundo que no disponía más que de los inmuebles; y así el mobiliario se había devuelto á los herederos *ab intestato*. No se podía decir que, pues no se había revocado el legado del mobiliario, tenían derecho á él los primitivos legatarios en virtud del testamento anterior; es muy cierto que no había ninguna incompatibilidad entre los dos testamentos en cuanto al mobiliario, y si no hubiese habido revocación

1 Donai, 29 de Diciembre de 1838 (Dalloz, núm. 4,185).

expresa, la tácita no habría anulado el primer testamento sino en cuanto á los inmuebles. Pero la revocación era expresa y tan absoluta, que destruía el primer testamento. Esto resolvía la dificultad en favor de los herederos *ab intestato*. (1)

3. Del caso previsto por el artículo 1,037.

193. El artículo 1,037 dice: "La revocación hecha en un testamento posterior producirá todo su efecto, aunque este nuevo instrumento quede sin ejecutar por la incapacidad del heredero instituido ó del legatario, ó por su negativa á recibir." ¿Cuál es el motivo de esta disposición? Los autores del código le tomaron del derecho antiguo, en que se la justificaba diciendo que el difunto había expresado válidamente su voluntad de revocar el primer legado, y que esa voluntad no podía alterarse por un hecho ajeno al testador. (2) Esto supone que desde que es válida la revocación por su forma, es absoluta en cuanto á que produce su efecto aun cuando dejan de ejecutarse las nuevas disposiciones. Pero esta suposición es contraria á un principio fundamental en esta materia. La revocación se liga con las nuevas disposiciones del testador; hace, pues, surgir la cuestión de intención: ¿subordina el testador su revocación á la ejecución del segundo testamento, ó entiende que el primero queda revocado aun cuando llegara á caducar el segundo? Puesto que la intención del testador puede ser la de mantener su primer testamento en el caso de anularse el nuevo, debía haber dado el legislador al juez facultad para apreciar la voluntad del difunto. Tal es el principio (núm. 190); y no habría razón para separarse de

1 Caen, 2 de Dicembre de 1847 (Dalloz, 1849, 2, 84). Todo el mundo está de acuerdo sobre este punto. Véanse los autores citados por Dallos (1849, 2, 84, en nota).

2 Ricard, parte 3^a, núm. 281. Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de testamento*, pfo. 1, núm. 3.

ella. Siendo contrario á los verdaderos principios el artículo 1,037, podría verse en él excepción, y por lo mismo restringírsele al caso previsto por él mismo. Mas para interpretarle, es menester ponerse en el punto de vista que los autores del código; los cuales, consagrando una regla tradicional, comprendiéronla como la comprendían en el derecho antiguo, es decir, como una aplicación de los principios generales.

194. Esta resuelto que el artículo 1,037 debe aplicarse por analogía al caso en que el heredero instituido llega á fallecer. El texto mismo de la ley es aplicable. En efecto, la primera condición exigida para suceder es existir (art. 906); puede decirse, pues, que el que ya murió cuando muere el testador es incapaz. Esta condición se ha discutido ante la sala de casación, la cual resolvió que el fallo recurrido, al sostener la revocación en caso de muerte del legatario, lejos de haber aplicado falsamente el artículo 1,037, había hecho una sana interpretación de la ley. (1) Hay, en todo caso, una razón de analogía que no se podría negar. La revocación es válida por su forma, y el segundo testamento llega á caducar por un hecho independiente de la voluntad del testador; puesto que se destruye viviendo todavía el testador, éste pudo hacer nuevas disposiciones; si no las hace es porque quiere mantener la revocación y transmitir sus bienes á sus herederos *ab intestato*.

195. Se ha pretendido que el artículo 1,037 debía aplicarse también cuando el segundo testamento era nulo por perturbación de las facultades mentales del testador. La sala de casación rechazó tan extraña interpretación. Cuando el testamento que contiene una cláusula revocatoria es nulo por aquella causa, no hay testamento, ni por lo mismo cláusula revocatoria, la cual está viciada por la ex-

1 Denegada, 13 de Mayo de 1834 (Dalloz, núm. 4,175). Duran-ton, t. 9º, pág. 450, núm. 450 y todos los autores.

presada causa, como lo están todas las demás, y debe caer junto con el testamento. (1)

Resulta de aquí una consecuencia importantísima, á saber: que en todo caso en que la nulidad del testamento se debe á incapacidad del testador, la cláusula revocatoria viene abajo con el testamento. Hace el menor uno en favor de su tutor: el testamento es nulo, lo mismo que la cláusula revocatoria que contiene. Efectivamente, la prohibición del artículo 907 se funda en la presunción de que la voluntad del testador no fué libre; y tal presunción la creó el legislador por el dominio que el tutor ejerce en el ánimo de su pupilo. De allí que el testamento hecho por un menor en favor de su tutor es nulo, por no contener la expresión de la libre voluntad del testador; y así la cláusula revocatoria está viciada lo mismo que el testamento. Se objeta que también el tutor, heredero instituido, es incapaz, y se halla, por tanto, dentro de los términos del artículo 1,037. La sala de casación responde que se trata principalmente de la incapacidad del disponente, lo cual hace inaplicable el artículo 1,037. (2)

196. Si es nulo el segundo testamento por contener una sustitución, ¿será válida la cláusula revocatoria que contenga? El artículo 1,037 no prevee este caso, y tampoco puede decirse que se trata de una incapacidad del testador. Se está, pues, dentro del principio relativo á la revocación (núm. 190): la revocación es válida en cuanto á la forma, puesto que, á pesar de la nulidad de la sustitución, el testamento sigue siendo la expresión de la voluntad del testador. Falta saber cuál es esa voluntad. Se resolvió ya que la cláusula revocatoria debe venir abajo en el segundo testamento, por razón de que el legatario instituido era el mismo y que el testador entendía gratificarle, á pesar de

1 Denegada, 22 de Agosto de 1836 (Dalloz, núm. 4,387).

2 Casación, 11 de Mayo de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 187).

la cláusula revocatoria, en el sentido de que esa cláusula era, según su mente, condicional, y sólo debía valer en el caso de que el segundo testamento produjera efecto. (1) La sala de casación dió un fallo en el propio sentido, sosteniendo como principio que cuando el testamento está arreglado en cuanto á su forma, las disposiciones que contiene reciben toda su fuerza de la voluntad del testador; mas el buscar esa voluntad es del dominio de los jueces. En un caso concreto, el testador había hecho dos testamentos en favor de la misma legataria; y de allí concluyó el tribunal de Riom que la voluntad perseverante del difunto había sido la de transmitir sus bienes á la legataria, que tal era el motivo dominante de sus disposiciones; de donde resultaba la consecuencia de que la cláusula revocatoria contenida en el segundo testamento no había destruido la institución contenida en el primero sino condicionalmente, en el supuesto de que ese segundo testamento produjera su efecto. (2)

La sala civil dió un fallo en un caso análogo, resolviendo que el artículo 1,037 se podía aplicar por analogía. (3) En el mencionado caso, el segundo testamento contenía también una sustitución y una cláusula revocatoria, la cual fué mantenida. Realmente, no hay contradicción en ello; porque en el asunto que ocurrió en la sala de lo civil, el debate no versaba acerca de la intención del testador; si se hubiese tratado de ese punto, habría sido dudosa la resolución, pues los legatarios instituidos en los dos testamentos no eran los mismos y la revocación resultaba precisamente de la contrariedad y de la incompatibilidad de las disposiciones que encerraban los dos actos. El debate no

1 Nîmes, 7 de Diciembre de 1821 (Dalloz, núm. 4,173, 1º).

2 Denegada, 5 de Julio de 1858 (Dalloz, 1858, 1, 385), y 10 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 454).

3 Denegada, 25 de Julio de 1849 (Dalloz, 1849, 1, 321 y una consulta de Duvergier, en el mismo sentido, *ibid.*).

recaía, pues, más que acerca de un punto de derecho: ¿hay que mantener la voluntad de revocar, legalmente manifestada, á pesar de la nulidad del segundo testamento? La sala de casación resolvió el punto afirmativamente, declarando que era aplicable por analogía el artículo 1,037. Creemos que tal resolución fué azas absoluta; la cuestión será siempre cuestión de intención más bien que de derecho. Solo que no es atribución de la sala de casación resolver acerca de la intención.

Hay un fallo de casación más reciente que parece decidir lo contrario; pero el caso es distinto, y vamos á referirle para demostrar cuán peligroso es invocar precedentes cuando los hechos difieren de un caso á otro. Una viuda lega á su hijastro la parte que le corresponda á ella, el día de su fallecimiento, en los inmuebles que dependan de la sociedad que hubo entre ella misma y su marido. Por otro testamento posterior, lega los mismos inmuebles al propio legatario, con la carga de sustitución en favor de todos sus hijos nacidos y por nacer. La sustitución, autorizada en Francia en el momento de testar la viuda, fué anulada desde antes de su muerte por la ley de 7 de Mayo de 1849, que abolió la ley de 17 de Mayo de 1826, y puso en vigor el artículo 896 del código civil. Desde luego el segundo legado era nulo, así respecto del instituido como de los sus titutos. Pero el segundo testamento contenía una cláusula en forma que revoca el primero. ¿Era necesario mantener la revocación á pesar de la anulación del segundo legado? Conforme á derecho, no hay duda que no fué válida la cláusula revocatoria. Quedaba la cuestión de intención. El tribunal de Caen había declarado, fundándose en la voluntad *presunta* de la testadora, que, cayendo el segundo legado, debería caer también la cláusula revocatoria; pero esta resolución fué casada. ¿Por qué motivo? Entendió la sala de casación decir que siempre debe producir efecto la cláusula re-

vocatoria, sin que sea lícito buscar la voluntad del testador? No, que la sala dijo, en el caso, que esto era inadmisible, porque tal interpretación conduciría á la violación del artículo 896, el cual es de orden público. En efecto, si el primer legado se había de ejecutar, el legatario recibiría los inmuebles que, conforme al segundo, no podía conservar, pues esto tendería á mantener la institución anulando la sustitución. (1) Dudamos que tal argumentación sea muy decisiva. El instituido no puede aprovecharse de la sustitución á virtud del testamento que la contiene, por ser esto contrario al orden público; pero, en el caso no recibía los inmuebles á virtud de una sustitución prohibida, sino del primer legado que no estaba inficionado de sustitución. Quedaba, pues, en pie la cuestión de intención, cuestión en la cual no nos metemos, porque estos debates son de hecho y no de derecho.

3. De la retractación de la revocación.

197. Que la reyocación de un testamento puede retracrarse, es indudable. Se trata de una disposición que concierne á la última voluntad del testador; y la voluntad del hombre es mudable hasta que él muere. El testador cambió de voluntad al revocar su testamento, como puede cambiar de nuevo retractando su revocación. Falta saber cuál será el efecto de esa retractación.

Ocurre desde luego una dificultad: ¿quedá restablecido el testamento revocado? Grenier dice que es nulo como si jamás hubiese existido, y que por lo mismo es imposible que reviva el testamento revocado, puesto que nunca tuvo vida. (2) A veces se hallan esas expresiones en las cláusulas revocatorias, expresiones que emplea el testador para manifestar energicamente su voluntad de revocar sus pri-

1 Caen, 17 de Enero de 1865 (Daloz, 1865, 2, 149) y Casación 23 de Julio de 1867 (Daloz, 1867, 1, 329).

2 Grenier, t. 3º, pág. 75 y siguientes. núms. 347 y 347 bis.

meras disposiciones. Pero hay que cuidarse de hacer de esto una regla de derecho. La cuestión se había presentado ya en la jurisprudencia antigua, y d' Aguesseau estableció perfectamente que el testamento revocado no es un testamento nulo. La nulidad proviene de un vicio que inficiona la esencia del testamento, y como éste es un acto solemne, puede decirse que el testamento nulo jamás tuvo existencia á los ojos de la ley. No se puede decir otro tanto del testamento revocado: era válido, expresaba la voluntad del testador y existía á los ojos de la ley; ¿por qué entonces no produce efecto? A causa de un cambio de voluntad. Pero ese cambio no afecta á la forma; el acto era válido como testamento, y la voluntad que cambia no puede producir el efecto de viciar el primer testamento, el cual sigue siendo en sí mismo válido; solo que se hace ineficaz, porque el testador cambió de voluntad; pero este cambio no es definitivo, sino que aquél puede volver á su primitiva voluntad, tal como quedó consignada en el primer testamento. (1) La revocación no es, pues, obstáculo para que reviva el testamento. La única dificultad está en saber cómo ha de revivir.

198. El testamento revocado puede revivir si el testador declara que tal es su voluntad, retractando la revocación en un testamento. Esto no es dudoso. Sin embargo, se discutió el punto, aunque inútilmente, ante la sala de cassación. (2) El primer testamento subsiste, aunque revocado, como expresión legal de la voluntad del testador; la revocación le hizo ineficaz probando que el testador cambió de voluntad; pero él es libre para cambiar de nuevo, y por lo mismo puede volver á su primera voluntad;

1 D'Aguesseau, alegato 46. Troplong, t. 2º, pág. 218, núm. 2,065.

2 Denegada, 4 de Diciembre de 1811, citada por Merlin, con las abogacías (*Repertorio*, palabra *Revocación de testamento*, yfo. 5º, número 7 (t. 30, pág. 70). Los autores están de acuerdo (Daloz, número 4,170).

si declara que tal es su intención en un instrumento revestido de las formas testamentarias, en realidad hace un testamento, quitando el obstáculo que había para que se ejecutara el primer testamento, y era la revocación. ¿Por qué se le había de obligar á transcribir las disposiciones del primer testamento, puesto que subsisten ellas y no les falta más que una cosa para ser eficaces, quitar de delante la revocación? Y bien, el testador destruye ese obstáculo manifestando su voluntad por un testamento.

¿Puede el testador declarar también en un instrumento auténtico su voluntad de retractar la revocación y hacer que reviva el primer testamento? En esto hay alguna duda. No hay testamento sino cuando el difunto manifiesta su última voluntad con las formalidades de la ley; y como la voluntad del testador resulta del instrumento en que retracta su revocación, la retractación, dicen, deberá hacerse en testamento, puesto que un instrumento autorizado ordinario no puede contener disposiciones testamentarias. En teoría, es muy plausible esta opinión, pero no está en armonía con el tenor ni con el espíritu del código civil. No se trata de hacer nuevas disposiciones testamentarias; éstas existen ya, y se expresaron en forma legal; solo que la voluntad que expresan había sufrido una modificación, y se quiere remover esta modificación para volver á la voluntad primitiva. Y es de principio que un acto puede quedar disuelto de la propia manera que se formó. ¿Cómo se hace la revocación? O por instrumento auténtico, ó por un nuevo testamento; puesto que la retractación es revocación de la revocación, puede también hacerse en una ú otra forma. En vano es decir, que la retractación difiere de la revocación en que ésta es un nuevo testamento, mientras que no lo es la revocación: porque á esto respondemos con la sala de casación que es introducir en el artículo 1,035 una dis-

tinción que no contiene. Un acto revocatorio puede revocarse por medio de otro revocatorio; por tanto, la revocación puede revocarse por instrumento auténtico, lo mismo que por testamento, porque la ley los pone á los dos exactamente en la misma línea. Esto se funda también en la razón. No es exacto decir que la retractación es un nuevo testamento, sino que es el antiguo que revive, y revive por un acto revocatorio que quita de enmedio la revocación, único obstáculo que se oponía á la ejecución del primer testamento. Por lo cual hay necesidad de aplicar los principios relativos á la forma de los actos revocatorios, y no los relativos á los testamentos. (1)

199. El testador retracta el acto revocatorio: ¿bastará esto para que reviva el testamento revocado, ó es necesario que declare formalmente el testador que es su voluntad que reviva el primer testamento? Punto de intención es éste, y por lo mismo del dominio de los jueces, quienes le resolverán conforme á las circunstancias del caso. Los autores gustan de establecer reglas generales destinadas á resolver todos los casos particulares que ocurran. Este método escolástico tiene sus inconvenientes, y hace que se imponga una regla absoluta á hipótesis que pueden variar de carácter de un caso á otro; con lo cual se va corriendo el riesgo de desconocer la voluntad del testador. Nos parece que vale más referirse á la prudencia del juez, quien podrá apreciar la diversidad de circunstancias de modo que siempre observe la voluntad del testador. (2)

Los autores distinguen. Hay un caso en el que todos ellos están de acuerdo. El instrumento revocatorio es simplemente una revocación, ninguna nueva disposición contiene. Si se retracta esa revocación, la retractación, dicen, hace que reviva de pleno derecho el testamento revoca-

1 Casación, 22 de Marzo de 1837, y en nota, Dijón, 8 de Marzo de 1838 (Dalloz, núm. 4,182).

2 Marcadé, t. 4º, pág. 128, núm. 2 del artículo 1,037.

do. (1) No nos agrada esta expresión de *pleno derecho*, porque algo se hace de pleno derecho cuando se hace en virtud de la voluntad del legislador, en el cual caso, queda ligado el juez por la decisión de la ley. Mas no la tenemos respecto de la retractación de la revocación, y si el legislador hubiese dictado alguna, se habría cuidado muy bien de ligar al juez en una materia en que todo depende del testador. Además, la voluntad del hombre es mudable hasta que él muere, y es también infinitamente caprichosa; de suerte que siempre ha de ser peligroso afirmar que, al retractar la revocación, no ha podido tener otra intención que la de hacer revivir el primer testamento. Dejemos al juez lo que esencialmente es de su dominio, la apreciación de la voluntad.

Cuando el acto revocatorio se halla en un testamento, se resuelve que la retractación de ese testamento no hace que revivan las disposiciones del primero, sino en tanto que el testador expresó que tal era su intención. (2) Otros autores opinan que así en el segundo como en el primer caso basta la retractación, sin que se necesite una declaración de voluntad; (3) pero no hacemos mérito de esta segunda opinión, que es la que acabamos de combatir. Cuanto á la que exige una declaración formal de la voluntad del testador, nos parece también opuesta á los verdaderos principios. ¿Puede el intérprete imponer al testador una condición que la ley ignora? Puesto que el código no se ocupa en la retractación de la revocación, la cuestión de saber lo que el testador quiso al retractar la revocación, es una cuestión de hecho que el juez decidirá conforme á las circunstancias. ¿Por qué exigir una declaración formal de volun-

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 185 y nota 6, pfo. 725. Demolombe, tomo 22, pág. 139, núm. 161.

² Aubry y Rau (véase pág. 218, nota 3).

³ Duranton, t. 9º, pág. 436, núm. 441.

tad cuando, conforme á los principios generales de derecho, la voluntad se puede expresar también por hechos? (1)

200. La jurisprudencia, más prudente que los autores, se ha formado en este sentido. La sala de casación resolvió que corresponde á los jueces del conocimiento resolver sin recurso si un testador que retractó la revocación que había hecho de un testamento, entendió hacer revivir el testamento mismo. En el caso ocurrido, el tribunal de Caen había declarado que el tercer testamento, que revocabía el segundo, nada contenía que expresara ó hiciera presumir que el testador había tenido intención de hacer revivir sus primeras disposiciones testamentarias, sino que, antes bien, resultaba de las circunstancias que el testador no había enterido devolver á su primer testamento el efecto que había perdido éste con la revocación contenida en el segundo. (2)

Hay un fallo que admite que la retractación de la revocación de un testamento le hace revivir de pleno derecho. Pero ese fallo no tiene autoridad alguna, pues apenas si motivado está. (3)

Núm. 2. De la revocación tácita.

I. De la revocación por disposiciones posteriores.

1. Principio.

201. Dice el artículo 1,036: "Los testamentos posteriores que no revoquen de una manera expresa los anteriores, no anularán en éstos sino las disposiciones contenidas en ellos que sean incompatibles con las nuevas, ó bien contrarias." Esta disposición consagra el principio del derecho consuetudinario. En derecho romano, el segundo testa-

1 Demolombe, t. 22, pág. 139, núm. 162.

2 Denegada, 7 de Febrero de 1843 (Dalloz, núm. 4,180, 3º). Comparese con lo resuelto en Lyon á 18 de Mayo de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 47).

3 Grenoble, 14 de Junio de 1810 (Dalloz, núm. 4,181).

mento anulaba necesariamente el primero. La razón es que el testamento era la distribución completa de la herencia, pues nadie podía morir *partim testatus, partim intestatus*; no se podía, pues, testar la segunda vez sin cambiar completamente de voluntad, y de ahí la imposibilidad de la coexistencia de dos testamentos. Las costumbres no admitían la regla romana ni las consecuencias que dimanaban de ella; permitían, pues, hacer varios testamentos; y el segundo no revocaba el primero sino cuando contenía una cláusula revocatoria ó disposiciones inconciliables con los precedentes. (1)

202. Como para demostrar lo caprichoso de la voluntad de los hombres, ha sucedido que un testador haya dejado dos testamentos ológrafos fechados el mismo día, y, además, uno de ellos revocaba el otro. La cláusula revocatoria no podía tener efecto, puesto que no se sabía cuál de los dos testamentos era el último. Ambos se tuvieron, pues, como uno sólo, manteniéndose todas las disposiciones que no eran inconciliables. (2) En otro caso idéntico, pretendiese ante la sala de casación, que la cláusula revocatoria añadida á cada uno de los dos testamentos los destruía á los dos, lo cual producía el absurdo resultado de que se estimara que el difunto que había hecho dos testamentos no había hecho ninguno. La sala declaró que no podía aplicarse la cláusula revocatoria á ninguno de los dos, por importar la revocación necesariamente una diferencia de fecha, y faltaba ejecutar los dos testamentos en tanto que se pudieran conciliar sus disposiciones. (3)

En otro caso, el único legatario instituido en los dos testamentos ológrafos, pretendía acumular los dos legados por no haber absolutamente cláusula revocatoria, y las dos

1 Argou, *Institución al derecho francés*. 2º, 17 (t. 1º, pág. 409). Trop-long, t. 1º, pág. 219, núms. 1,067 y siguientes).

2 Limoges, 6 de Marzo de 1840 (Dalloz, núm. 4,199).

3 Denegada, 5 de Junio de 1834 (Dalloz, núm. 4,202, 3º).

disposiciones eran muy compatibles. Esto no es probable, dijo la sala. El que en dos testamentos lega 8,000 y 12,000 francos, habría hecho un legado de 20,000 francos, si hubiere sido su intención legar esa cantidad. Era menester, pues, dar preferencia á uno de los dos testamentos; y los herederos ofrecían pagar el legado más alto, lo cual hubiera puesto fin al pleito. En este sentido lo resolvió el tribunal á virtud de la facultad discrecional que tienen los tribunales de apreciar la mente del testador. (1)

El tribunal de Lieja tuvo que declarar otro tanto en un caso análogo. En dos testamentos ológrafo que tenían la misma fecha, el testador había dispuesto de sus bienes en favor de los hijos de sus dos hermanos; la institución era la misma, pero diferenciaba el modo de partición, la cual admitía por cabeza uno de los testamentos, y por estirpe el otro. Pretendíase, por una parte, que uno de los testamentos anulaba el otro y que era menester deferir la sucesión *ab intestato*; y por la otra, se sostenía que no había incompatibilidad más que en las dos cláusulas relativas á la partición. El tribunal prefirió esta última interpretación, la más razonable sin contradicción: ¿cómo creer que el difunto hubiera querido morir *intestado*, siendo así que había instituido á los mismos legatarios en dos testamentos hechos uno á continuación del otro? Faltaba la dificultad de la partición; las dos cláusulas eran incompatibles, ambas venían abajo, puesto que no se sabía cuál era la última; y la resolución tendía á la partición por cabezas entre todos los legatarios. (2)

203. Conforme al artículo 1,036, hay revocación tácita cuando los dos testamentos contienen disposiciones *incompatibles ó contrarias*. ¿Hay diferencia entre las disposiciones *incompatibles* y las *contrarias*? HÁSE Dicho que dos dis-

1 Búrgos, 15 de Marzo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 140).

2 Lieja, 26 de Abril de 1849 (Pasicrisia, 1850, 2, 309).

posiciones son *incompatibles* cuando se hacen en favor de la misma persona, comprendiendo la segunda de ellas, aunque con menos extensión, lo que ya se le había dado al legatario por la primera: tales serían el legado de la propiedad y el del usufructo hechos en favor del mismo legatario en dos testamentos sucesivos. Dícese que dos disposiciones son *contrarias* cuando se hacen en favor de dos personas distintas, y son de tal naturaleza que la segunda implica el ánimo de abandonar la primera. (1)

Estas distinciones no han sido aceptadas. No tienen ningún apoyo, ni en la ley, ni en los trabajos preparatorios, ni en la traducción, además de que son inútiles, porque se confiesa que no hay regla que sirva para decidir si tales disposiciones son ó no contrarias. Las expresiones de que se sirve la ley son de un sentido muy claro; el legislador quiere decir que si no se pueden conciliar dos disposiciones escritas en épocas distintas, la última prevalecerá sobre la primera, por ser la última expresión de la voluntad del testador. Si es posible la conciliación, las dos voluntades se ejecutan al mismo tiempo. (2)

204. La doctrina y la jurisprudencia distinguen la incompatibilidad material de la intencional. Son materialmente incompatibles dos disposiciones cuando es absolutamente imposible que se ejecuten las dos al mismo tiempo. Comienzo por legar á Pedro la plena propiedad de un fondo, y después le lego el usufructo del mismo fondo: hay absoluta imposibilidad de que al propio tiempo sea Pedro propietario y usufructuario, porque no se puede ser usufructuario de cosa propia. *Ressua nemini servit*. En consecuencia, el segundo legado revoca necesariamente el primero. Hay incompatibilidad intencional cuando sería po-

1 Mourlon, t. 2º, pág. 388. Coin-Delisle, pág. 409, núm. 3 del artículo 1,036 y los autores que cita.

2 Baile-Monillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 55, Demo-lombe, t. 22, pág. 151, núm. 168.

sible que simultáneamente se ejecutaran las dos disposiciones, pero no puede hacerse tal, porque sería contrario á la mente del testador. (1)

Se ha sostenido entre los tribunales que la incompatibilidad debía ser material. La ley no habla de la intención del testador; el artículo 1,036 quiere que la voluntad de revocar resulte de la naturaleza misma de las disposiciones, de su incompatibilidad, ó de su contrariedad. Y tal parece también ser el espíritu de la ley, á juzgar por el discurso del orador del tribunado, en el cual discurso se lee: "En cuanto á la revocación de los testamentos, se ha apartado del principio, según el cual se reputaba revocado el testamento por otro posterior. Se presumía que tal había sido la mente del testador. Esa presunción podía, ciertamente, ser contraria á la verdad. La ley no debe establecer más que presunciones ciertas e infalibles. Conviene, pues, exigir que el segundo testamento contenga la declaración del testador de que cambia de voluntad, que es lo que dice el proyecto." (2)

Los tribunales no han estado por tan rigurosa interpretación de la ley, que tendería casi siempre á desconocer la voluntad del testador; y la ley no dice lo que se quiere que diga. La ley quiere que sean incompatibles ó contrarias las disposiciones, pero sin definir lo que se debe entender por contrariedad ó incompatibilidad. Si éstas resultan de la voluntad del testador, debe el juez admitir la abrogación tácita, porque, en materia de testamento, debe ante todo, hacer que se cumpla con esa voluntad. No dice lo contrario el orador del tribunado. El explica por qué el código civil se aparta del derecho romano, y lo explica muy mal; el principio del derecho romano no estaba fundado en una presunción. También Favard se expresa

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 187, pfo. 725.

2 Favard, Discursos, núm. 21, (Looré, t. 5º, pág. 372).

con inexactitud diciendo que el artículo 1,036 exige una declaración; la exige, sí, para la revocación expresa, pero sería absurdo que la exigiera también para la tácita. Es menester siempre que haya voluntad de revocar, pero puede manifestarse esa voluntad, ya por una declaración expresa, ya por la naturaleza de las disposiciones. Por tanto, la revocación expresa ó tácita es esencialmente una cuestión de voluntad, y siempre tiene que buscarla el juez.

205. En ese sentido se ha formado la jurisprudencia. Se lee en un fallo de la sala de casación: "La ley no exige que sean materiales la incompatibilidad ó la contrariedad, las cuales pueden resultar de la intención del testador claramente expresada en el segundo testamento, de no dejar subsistir al mismo tiempo las disposiciones que contiene y las anteriormente hechas." De allí que los jueces de los autos resuelvan sin recurso las cuestiones de abrogación. No deja de ser peligrosa esta facultad discusional, y no está en armonía con el espíritu de nuestras modernas instituciones. Pero estuvo en el deber del legislador conceder al juez esa facultad, so pena de que se desconociera la voluntad del testador. Un fallo del tribunal de Grenoble ofrece un ejemplo notable de ello. (1)

Comienza aquel tribunal por recordar el principio que domina en materia de testamentos y que quiere que, ante todo, se busque en ellos la verdadera voluntad del testador: ¿no es por esto por lo que se llaman los legados disposiciones de última voluntad? cuando cambió la del testador, el juez está llamado á apreciar cuál es la última y á hacer que se ejecute. Debió, pues, el legislador dejar al juez la facultad de interpretar la voluntad del difunto. En el caso ocurrido, la testadora había hecho nuevo testamento en el cual instituía á la misma legataria, pero sin repro-

1 Denegada, 10 de Marzo de 1851 (Dalloz, 1851, I, 74). Comparese con la denegada de 5 de Abril de 1870 (Dalloz, 1871, I, 22).

ducir las disposiciones del primero. Se quería que, pues nada contenía el nuevo de incompatible con aquellas disposiciones, deberían ejecutarse ellas. El tribunal responde que es menester ver si en la mente de la testadora estuvo que el segundo testamento no revocara en todo el primero. Ahora bien, casi no era dudosa la afirmativa, que resultaba de las disposiciones mismas del segundo testamento. Desde luego, instituía al mismo heredero y reproducía casi todos los legados contenidos en el primero: lo cual prueba ya que la mente de la testadora había sido hacer, no una simple modificación ó una adición á sus primeras disposiciones, sino un testamento completo destinado á reemplazar los precedentes. Después la testadora encarga á su hermana, legataria universal, que supla todas las omisiones en que hubiera podido incurrir al formalizar sus últimas disposiciones, lo cual no permitiría poner en duda que aquel último testamento fuese la expresión completa de su voluntad; si había habido omisiones, esto es, otras disposiciones que hacer, remitíase la testadora al efecto y al desinterés de su heredera. Lo cual era decir claramente que, en su mente, la testadora consideraba como no escrito lo que no lo estaba en su último testamento, porque todo lo no escrito era una omisión, y ella se remitía á su hermana para reparar toda omisión. Objétabase, como á menudo se objeta contra la abrogación de los testamentos anteriores, que la testadora los había conservado cuando tan fácil le habría sido desvanecer cualquier duda sólo con destruirlos. Ciento es, pero los jueces no tienen que atender á lo que hubiera debido hacer el testador; sino que tan pronto como estén convencidos de que el testador quiso revocar sus testamentos anteriores, no pueden tomar aquello en consideración.

206. Añade el tribunal de Grenoble que no por tener los jueces la facultad de apreciar, deben usar de ella de una

manera arbitraria. Nuestra legislación permite la coexistencia de varios testamentos; de modo que pudiendo coexistir el segundo con el primero, debe el juez hacer que se ejecuten ambos, á menos que haya tenido ánimo el testador de revocar el primero con el segundo; pero dice la ley que si no es expresa tal intención, no puede admitírsela sino cuando resulte de la contrariedad de las disposiciones. Ahora bien, es un principio que la voluntad tácita debe tener el mismo carácter de certidumbre exigido por la ley para la expresa. De aquí concluye el citado tribunal que sólo es admisible la revocación tácita cuando se manifiesta de una manera expresa, cierta y clara la mente del testador. (1) Tal es el verdadero principio que formulan los tribunales, á veces en términos muy absolutos y que sin duda van más allá de lo que querían decir. Así el de Burges dice que, no habiendo trazado la ley regla alguna tocante á la incompatibilidad, ó contrariedad de las disposiciones, por este mismo hecho se remite completamente á la conciencia de los jueces; que éstos pueden por lo mismo hacer que resulten que la incompatibilidad no sólo de la naturaleza de las cosas legadas, sino también de la voluntad del testador manifestada, ya por el tenor de los instrumentos, ya por los hechos y circunstancias de la causa de que son los supremos apreciadores. (2) Es cierto que la ley no ha definido las disposiciones incompatibles y contrarias; pero no es exacto que ninguna regla haya dado sobre este particular. La regla, como lo acabamos de ver, resulta de los principios generales que miran al consentimiento tácito y de la disposición especial del art. 1,036 que, al exigir una declaración expresa para la revocación también expresa, exige implícitamente una declaración de voluntad igualmente cierta cuando la revocación es tácita.

1 Grenoble, 17 de Marzo de 1853 (Daloz, 1855, 2, 331).

2 Búrgos, 15 de Marzo de 1847 (Daloz, 1847, 2, 146).

207. Es muy difícil apreciar con certeza la voluntad del testador; lo más frecuente es que todavía quede alguna duda, porque si hay motivos para admitir la revocación, los hay también para mantener las primitivas disposiciones. En caso de duda, qué deberán hacer los tribunales? Decidirán que no hay revocación. (1) En eso está precisamente la regla de interpretación que siguen los tribunales; muéstranse, generalmente, favorables para mantener los testamentos, y por consiguiente, para ejecutar simultáneamente disposiciones testamentarias que se hicieron en diferentes fechas. Un testamento es una ley, dice el tribunal de Montpellier, y, como todas las leyes, impone la obediencia y el respeto, mientras no aparece de una manera cierta que fué abrogado. El tribunal ordenó, en consecuencia, la ejecución simultánea de dos testamentos por los cuales un padre legaba á su hijo la parte disponible, afectando tales bienes en el primer testamento y tales otros en el segundo. Casi no había duda acerca de la intención del testador, sobre todo si se tenían en cuenta unas cartas que el padre había dirigido á su hijo, en las cuales se echaba de ver bien claramente la voluntad del padre de mejorar á su hijo mayor; de suerte que el último legado debía considerarse como imputación, respecto del primero, y no como abrogación. (2) Mas, como lo diremos luego, muchas veces mantienen los tribunales las primeras disposiciones, siendo que el testador hizo otras nuevas en favor de la misma persona. Así, en un primer testamento, lega el testador una renta vitalicia, y en otro nuevo lega al mismo legatario inmuebles y todos sus efectos muebles. El tribunal mantuvo ambos legados, por razón de que el respeto debido á la última voluntad del testador es la ley suprema para el juez, y de que cuando no es cierto que el difunto

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 188 y nota 16, pfo. 725.

2 Montpellier, 17 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 97).

haya cambiado de voluntad, es menester ejecutar todo lo que él quiso. (1) El principio es indiscutible; pero, ¿es que al aplicarle, admiten los jueces muy fácilmente la persistencia de la voluntad del testador? Así lo creemos. Los tribunales interpretan los testamentos como si fuesen leyes, ó, por lo menos, como si fuesen la obra de un jurisconsulto, mientras que los testamentos ológrafos casi siempre se redactan con una ignorancia absoluta de las reglas más elementales de la ortografía, que apenas si hace presumir que se conozca el derecho. Y la redacción de los testamentos por instrumento público, ¿hace nacer una presunción más favorable? Debería, pues, colocarse el juez en el punto de vista del testador, esto es, de un hombre que ignora el derecho. Ahora bien, el que después de legar una renta vitalicia, hace á la misma persona un legado considerable en muebles é inmuebles, ¿entiende mantener su primera liberalidad? El jurisconsulto responde: Sí, porque nada tienen de incompatible los varios legados. Poniéndose en lugar de los testadores que no saben lo que es incompatibilidad, sería menester resolver en otro sentido; si el testador hubiese tenido intención de mantener su primer legado, habría manifestado su voluntad recordando su primera liberalidad en el segundo testamento, ó bien diciendo que entendía que los dos testamentos se habían de ejecutar al mismo tiempo. Véase en verdad el pensamiento más natural para todo hombre extraño á la ciencia del derecho y que sólo tiene por guía su buen sentido. ¿No haría bien el juez consultando el buen sentido más bien que la ciencia cuando se trata de dar con la mente de los testadores?

208. No hay cuestiones más difíciles que las de la revocación tácita de los testamentos. Casi siempre hay conflicto entre el derecho y la intención del testador. Si el juez se

1. Lieja, 23 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 120).

atiene al derecho, desconoce la voluntad del difunto. Si busca el pensamiento del difunto, dominanese los hechos y por consiguiente el favor ó desfavor de la causa; todo está en la impresión que dejan en su ánimo las circunstancias del caso. En el que se llevó ante el tribunal de Montpellier, que acabamos de citar (núm. 207), hubo cinco opiniones: cuatro estaban por la revocación, que era el sistema de los primeros jueces; y la quinta sostenía que no había habido revocación. Esta última fué la que prevaleció. Todos reconocen los principios; y no hay quien discuta acerca de la incompatibilidad intencional, pero todo depende de la interpretación que se les dé. (1) Citaremos dos casos, y al entrar en pormenores, veremos cómo abundan las dificultades.

Hay un fallo cuyos considerandos se acercan á la opinión que acabamos de emitir. La testadora instituye en su primer testamento á su hermana como heredera universal, haciendo un legado considerable en dominios y otros objetos en favor de una sobrina, y otros de considerables cantidades de dinero en favor de otros sobrinos; después, en otro testamento, nombra legatario universal á la sobrina privilegiada, y á su hermana, legataria particular, dejando para sus demás sobrinos cantidades menores que en el primer testamento. Aquí la cuestión de saber si el segundo testamento revocó el primero. Nosotros sin vacilar habríamos respondido afirmativamente, colocándonos en el lugar de la testadora. Esta había cambiado de voluntad y hecho nueva distribución de bienes, que, en su mente, venía á revocar la primera. Sin embargo, había para dudar. En su primer testamento había incluido una cláusula expresa de revocación, mientras que no la había en el segundo. ¡Es-
crúpulos de legista! ¿Por qué preguntábase esta diferen-

1 Véase sobre la doctrina y la jurisprudencia, la nota de Dalloz, (1869, 2, 97).

cia? ¿No prueba eso que la testadora quería mantener las primeras liberalidades hechas en favor de los sobrinos más beneficiados? Al interpretar los testamentos, no hay que exigir razones de sobra; que ésto sería olvidar que se trata de un acto hecho delante de la muerte y en circunstancias en que hombres de ánimo más sereno se turban; de ahí viene que hay pocos testamentos en los que no se hallen omisos inexplicables. En nuestro caso, la testadora había gratificado á todos sus sobrinos, pero designándoles cantidades menores que las designadas anteriormente. Que estos legados, en derecho fueran compatibles con los primeros, era indudable; pero también lo era que no entendía que el primer testamento se fuera á ejecutar simultáneamente con el segundo; que si tal hubiese sido su intención, habría hecho referencia al primer testamento, y vemos que en lugar de eso, aumentó la predilección que al principio tenía por su sobrina, y que quiso mejorarla más y más, no legando á su hermana más que el usufructo de un dominio y disminuyendo los legados hechos en favor de los demás miembros de su familia; después añadía: "Muerta mi hermana, mi sobrina llevará absolutamente toda mi herencia, pagando *mis legados*." Por expresión *mis legados* no entendía ciertamente la testadora más que los legados que acababa de hacer. Si no habla de su testamento anterior, es porque le considera como revocado por la existencia de un nuevo testamento; (1) y tal es el pensamiento de toda persona extraña al derecho, que hace una distribución completa de todos sus bienes por otro nuevo testamento.

Lo mismo se resolvió en Agen en un caso análogo, de un testamento que instituía á un legatario universal haciendo legados particulares, y otro nuevo testamento que nombraba otro legatario universal sin reproducir los particulares.

1 Esta es la observación del fallo de Grenoble, de 8 de Marzo de 1849 (Dalloz, 1850, 2, 93).

¿Quedaban éstos revocados? Un legista puede dudar y decir que no hay incompatibilidad entre dos testamentos en lo que mira á los legados particulares, y que debe respetarse la voluntad del testador, por ser una ley. Pregúntese á personas extrañas al derecho, y se obtendrá una contestación absolutamente distinta; pues dirán que la testadora, que al principio había instituido á su primer marido como legatario universal, agregando otros legados para sus parientes, y que en seguida instituyó á su segundo marido como heredero, sin reproducir aquellos legados particulares, entendía darle todos sus bienes sin disminución alguna. Esto no se había olvidado. Como de costumbre, el segundo matrimonio de la testadora había traído el descontento en la familia, la viuda, vuelta á casar y viviendo lejos de sus parientes, había acabado por no verlos, y concentró todo su afecto en su segundo esposo dejándole todos sus bienes. ¿Por qué, se dirá, no añadir una cláusula expresa de revocación? Cuestión de legista. Semejante idea no le podía ocurrir á una señora; ella disponía de todos sus bienes en favor de su marido, sin dejar nada á sus parientes; ¿podían pensar en revocar liberalidades que, en su pensamiento, estaban revocadas por lo mismo que ella no las reproducía? (1)

2. Aplicación.

209. Se lee en Toullier: "Si después de instituir á Pedro por mi heredero universal en un primer testamento, hago otro instituyendo á Pablo, el primero quedaba revocado de pleno derecho, según el romano, porque no pueden existir al mismo tiempo dos testamentos ó dos instrumentos de heredero. Otra cosa sucede bajo el imperio del código, según el cual los testamentos posteriores, sin exceptuar los que contienen una institución de heredero, no revocan más

1 Agen, 28 de Julio de 1867 y denegada, 23 de Julio de 1868 (Dalloz, 1868, 1, 495).

que las disposiciones incompatibles ó contrarias á las nuevas. Mas no hay incompatibilidad en instituir á dos ó más herederos que se dividan la herencia."

La argumentación sería perfecta cuando todos los testadores hubiesen estudiado el derecho romano y el civil; pero no teniendo la más pequeña noción de derecho las tres cuartas partes de ellos, es necesario ver lo que, según el testador, significa la institución nueva de un legatario universal. Todos dirán: Es un cambio absoluto de voluntad. Aquél que al principio quería gratificar á Pedro ya no quiere dejarle nada, sino que instituye, como heredero universal á Pablo, quiere decir por lo mismo dejarle todos sus bienes: lo cual quiere decir que sólo él es su heredero y que nada debe llavar Pedro en la herencia. Si el testador hubiese querido instituir conjuntamente á Pedro y á Pablo, habría cuidado de manifestarlo, sin haber tenido que agregar más que un nombre á su disposición, ese nombre no le agregó, y tal silencio equivale á una revocación. He aquí en conflicto la mente del testador y el derecho que hemos señalado (núm. 208). ¿Quién prevalecerá? La voluntad del testador, por ser ella la que forma ley, no interviniendo el derecho más que para darle ejecución. Nada más débil que las razones que se alegan para apoyar la opinión de Toullier, porque los mejores jurisconsultos participan de ella. (1) Es menester, dicen, interpretar la voluntad del testador de modo que se les dé efecto á los dos legados. No, es menester investigar ante todo esa voluntad, y si según el testador, el segundo legado ha de revocar el primero, con qué derecho se daría efecto á un legado que el testador no quiere mantener?

Los intérpretes están de tal manera habituados á racio-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 356, núm. 646. Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de legado*, pfo. 2º, núm. 2 (t. 30, pág. 32). Coin-Delisle, pág. 500, artículo 1,036, núm. 5. Dalloz, núm. 4,205).

cinar y decidir conforme á los principios de su ciencia, que hasta los mismos que sostienen que el primer legado universal queda revocado por el segundo, invocan motivos de derecho, cuando todo depende de la mente del testador. Dicen que hay incompatibilidad entre los dos legados: (1) es la única razón que da la sala de casación. (2) No, conforme á derecho, no hay incompatibilidad, puesto que la definición que da el artículo 1,003, del legado universal, implica que puede haber varios legatarios universales. Pero no se trata de lo que puede hacerse en virtud de la ley, sino que es menester ver lo que quiso el testador. (3) Ahora bien, éste quiso dar todos sus bienes al legatario universal, á quien instituye en su segundo testamento; llamar á la herencia al primero, no sería dar al segundo más que la mitad de los bienes, y por consiguiente desconocer la voluntad del testador. (4)

210. ¿Puede concurrir un legado universal con un legado á título universal? Conforme á derecho, esto ni cuestión es, puesto que lo dice la ley terminantemente. Segundo el artículo 1,011, los legatarios á título universal están obligados á pedir la entrega á los universales; por tanto, los dos legados se deben ejecutar simultáneamente. No hay dificultad cuando el primer testamento instituye un legatario universal y el segundo otro á título universal, los dos legados se concilian perfectamente, por ser uno de ellos desmembración del otro; y de hecho, no se puede decir que haya sido la intención del testador revocar su primer testamento en todo, puesto que en el segundo no dispone de todos sus bienes; y así subsiste la institución universal,

1 Duranton, t. 9º, pág. 442, núm. 446.

2 Denegada, 1º de Septiembre de 1812 (Dalloz, núm. 2,526); París, 18 de Julio de 1831 (Dalloz, núm. 4,206, 2º).

3 Bayle-Mouillard, comentando á Grenier, t. 3º, págs. 56 y siguientes. Demolombe, t. 22, pág. 160, núm. 173.

4 Burdeos, 28 de Abril de 1830 (Dalloz, núm. 4,206, 3º).

aunque disminuida por el legado á título universal. (1) Sin embargo, puede haber revocación del legado universal por uno á título universal; y el caso ocurrió ante el tribunal de Bruselas. En el primer testamento, el testador había instituido conjuntamente á dos legatarios universales; y en otro segundo, lega todos sus muebles á uno de sus legatarios; esto era revocar el legado universal que le había hecho, porque no se puede ser al mismo tiempo legatario universal y legatario de los muebles. El otro legado quedaba como universal, puesto que no se había derogado en el primer testamento en lo que le concernía, pero de hecho se había reducido á los inmuebles por concurrir el legatario de los muebles. (2)

La cuestión se controvierte en la hipótesis contraria. Por un testamento, el testador hace un legado á título universal, y después instituye un legatario universal. A nuestro juicio, no es dudosa la intención del testador, quien cambió de voluntad; al principio quería disponer solamente de una parte de sus bienes; pero en seguida los lega todos, no á aquél á quien quiso gratificar en su primer testamento, sino al nuevo legatario; y puesto que todo lo da á éste, le quita al primero lo que le había dado, y hay, por consiguiente, revocación. El tribunal de Nimes resolvió lo contrario, y los más de los autores aprueban su resolución. Se trataba de una testadora que, después de legar la sexta parte de sus bienes, había hecho una institución universal en favor de un nuevo legatario. El legado del sexto, dice el fallo, es compatible con el de todos los bienes; lejos de ser opuestas ambas disposiciones están reunidas por la ley misma, que sujeta al legatario de una parte alicuota de los bienes á pedir la entrega al legatario universal. Este

1 Bayle-Mouillard, comentando á Gronier, t. 3º, págs. 57 y siguientes.

2 Bruselas, 3 de Mayo de 1854 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 289).

es el punto de vista legal. ¿Es también el punto de vista de la testadora? ¿Conocía ella el artículo 1,013 y la teoría de la entrega? Duranton combate largamente la resolución del tribunal de Nimes; bastaba decir que el tribunal descuidó la intención de la testadora para no ver sino lo que la ley permite; se trata de saber lo que la testadora quiso, y esa voluntad no es dudosa. (1)

211. Está resuelto, en términos generales, que los legados á título particular hechos en un primer testamento no quedan revocados por el universal hecho en el segundo. Todas las razones que da el tribunal de Briom están tomadas del derecho, y sin embargo se trataba de un testamento hecho por una mujer. No hay incompatibilidad, dice el tribunal, entre los dos legados, puesto que los admite simultáneamente el artículo 1,009 al disponer que el legatario universal estará obligado á pagar los particulares. ¡Hola! ¿y quién lo niega? Si los dos legados se hacen por un mismo testamento, excusado es decirlo; pero si se hacen en dos testamentos distintos, surge una cuestión de voluntad, y esa cuestión no está ciertamente resuelta por el artículo 1,009. El tribunal de Riom añade que el legado particular que recaiga en una cosa cierta debe ser preferido al universal, cuyos efectos son eventuales ó generales, y que por su naturaleza comprende la masa indeterminada de bienes que se hallan libres en el momento de la disposición. Esto quiere decir, en otros términos, que los legados particulares son una disminución del universal. Según derecho, y una vez más, esto es indiscutible; pero no se trata de derecho, sino de la voluntad del disponente. Ahora bien, el testador que instituye un legatario universal entiende que le deja todos sus bienes, aun aquellos de los cuales dispuso en su primer testamento.

1 Duranton, t. 9º, pág. 443, núm. 447. Compárese á Bayle-Mouillard, comentando á Grenier, t. 3º, pág. 58, Demolombe, t. 22, página 163, núm. 177.

La jurisprudencia se ha formado en el sentido del fallo de Nimes. Ordinariamente, los legados particulares acompañan al universal, del cual son una desmembración. Cuando el testador instituye otro legatario universal, reproduciendo los legados á título particular con modificaciones, se pregunta si los legados hechos en los dos testamentos se deben ejecutar simultáneamente. Ya hemos respondido á esta pregunta (núm. 208): es una cuestión de derecho. Tal idea no le ocurriría ni á un testador que no está iniciado en nuestra ciencia. Una distribución completa de bienes sustituida por otra distribución de bienes igualmente completa, implica un cambio completo de voluntad; tan evidente parece esto á los testadores que casi nunca piensan en inscribir una cláusula revocatoria en el instrumento que contiene sus últimas disposiciones. ¿Qué importa que los legados sean ó no idénticos? El tribunal de Grenoble insiste en este punto, (1) erróneamente, á nuestro entender: ¿no es esencial en la voluntad del hombre el que cambie? Despues de todo, no es la naturaleza de las cosas legadas la decisiva; lo que resuelve la cuestión de voluntad, es que el testador no se contenta con derogar su testamento anterior, sino que le rehace, y le rehace por entero, y así revoca lo hecho.

No entendemos decir que siempre queden revocados los legados particulares por el universal. Esto es cuestión de voluntad, y por sólo ello la resolución no podría ser absoluta, pues cambia según la voluntad, y acabamos de recordar las palabras tan justas de los jurisconsultos romanos sobre que la voluntad del hombre es mudable. Si las circunstancias del caso dan á conocer esa voluntad y quiere el testador mantener los legados particulares que hizo, será deber del juez ejecutar su última voluntad. (2) El tribunal

1 Grenoble, 22 de Junio de 1827 (Dalloz, núm. 4,213).

2 París, 1º de Marzo de 1823, y Denegada, 6 de Enero de 1824 (Dalloz, núm. 4,215, 2.º)

de Montpellier resolvió, y con razón, á nuestro juicio, que un legado remuneratorio no quedaba revocado por un universal. Tratábase de un legado hecho á unos domésticos por razón de dilatados y fieles servicios; es casi una deuda, y no se puede admitir sino á aquél que reconoció esa deuda de honra y entiende negarla en seguida. (1)

212. Un punto en el que debemos insistir, por engañarse en él las mejores inteligencias, es que la cuestión de revocación tácita nada tiene de común con los principios que establece el código sobre los diversos legados; es únicamente cuestión de intención. Para convencernos de ello, no hay más que leer los argumentos jurídicos que MM. Aubry y Rau hacen valer en el debate que nos ocupa. (2)

No existe, dicen, incompatibilidad absoluta entre legados precedentes á título particular y uno universal hecho en un testamento posterior. Esto es evidente, pues lo dice la ley. Pero lo que no es nada menos que evidente, es la consecuencia que se saca. Después de hacer legados particulares, ó un legado á título universal, el testador insta^tuye un legatario universal en un nuevo testamento: ¿revoca esta institución las disposiciones anteriores? La cuestión es de saber por qué ó con qué fin nombra el testador un legatario universal. Si quiere mantener los legados precedentes, ¿por qué no se limita á legar los bienes de que no ha dispuesto, en lugar de hacer una institución de heredero que parece comprender todos sus bienes, sin exceptuar los que había dado precedentemente? Oigase la respuesta de nuestros dos jurisconsultos: "Se puede suponer que procedió así, no con la intención de revocar los legados contenidos en el primer testamento, sino para asegurar al legatario universal, instituido en el segundo, *el beneficio eventual del derecho de acrecer* de aquellos legados que cadu-

¹ Montpellier, 18 de Enero de 1847, y Denegada, 19 de Julio de 1847 (Dalloz, 1847, 1, 308).

² Aubry y Rau. t. 6º, pág. 189, nota 17, nfo. 725.

caran, beneficio que sin eso habría pertenecido á los herederos *ab intestato*." Si se dirijiera esta cuestión á las testadoras, cuyos testamentos han dado lugar á litigios, si se les preguntara: "Para asegurar á otro legatario el beneficio eventual del derecho de acrecer, es para lo que le habeis instituido legatario universal," ¿qué responderían ellas? "No comprendemos, contestarían, lo que nos quereis decir; ¿cómo quereis que intentemos asegurar el beneficio del derecho de acrecer á nuestro legatario, cuando ignoramos lo que es derecho de acrecer? Nuestra intención es muy sencilla; hemos querido dar todos nuestros bienes á un parente ó aliado de nuestra predilección, y por eso le hemos instituido nuestro heredero dejándole todos nuestros bienes, se entiende para que los haya todos, con excepción de aquellos que por el testamento mismo que le instituye, le encargamos que distribuya á los legatarios particulares. En cuanto á los precedentes que me decís podrían caducar, tampoco esto lo comprendemos. No hay ya legados antiguos, puesto que disponemos de todos nuestros bienes por un testamento que es la expresión de nuestra última voluntad. Lo único que sabemos en punto á derecho, es que somos libres para cambiar de voluntad; y bien, ella ha cambiado y ha quedado escrita en nuestro último testamento. ¿Por qué deseais exhumar una voluntad que no es la nuestra, puesto que la hemos sustituido por otra nueva?"

Compárese la respuesta del buen sentido con la del derecho y digase cuál es la expresión de la idea del testador. Los editores de Zachariæ parecen haber previsto la objeción, á la cual dan un color jurídico y jurídicamente la contestan: "En vano se hace ver que, al abrazar todos y cada uno de los bienes del testador, el legado universal recae exactamente en los mismos objetos que los particulares ó á título universal hechos en los testamentos anteriores y produce nor ende su revocación." Tal es la obje-

ción. Véase la respuesta de MM. Aubry y Rau: "El legado universal tiene por objeto, no los *bienes* del testador considerados individualmente y en sí mismos, sino su *patrimonio*, es decir, una universalidad de bienes distinta de las cosas particulares de que se compone. No se puede, pues, decir que el legado universal recae en las mismas cosas que los legados particulares anteriores." Excelente es la argumentación, mas para que tenga sentido, hay que ponerla en labios de un jurisconsulto. ¿Puede suponerse que separa una mujer la diferencia que hay entre sus *bienes* y su *patrimonio*? Cuando lega ella todos sus bienes, entiende que el legatario recibirá todos los que deje al morir. Interpretar los testamentos como si hubiesen sido escritos por Dumoulin ó Pothier, es propender á consecuencias que el buen sentido no podría aceptar. Y el derecho haría bien no chocando con el buen sentido.

Todavía otra suposición jurídica; y perdónenos el lector estas largas exposiciones, pero se trata de un punto de importancia. "El legado universal, dicen, por su naturaleza entraña la obligación de pagar los particulares ó título universal. Es, pues, de presumirse que al instituir en un nuevo testamento un legatario universal, el testador entendió encargarse que pagara los particulares ó á título universal contenidos en el primer testamento, antes que admitir que, con la institución de un legatario universal, quiso revocar esos legados." Los testadores clamarán, y con justicia, contra esa presunción, diciendo: "No es presumible cuál sea mi voluntad, pues la he manifestado tan claramente como me fué posible en mi nuevo testamento. Quiero dar todos mis bienes á mi marido, á mi mujer, á mi sobrina, y tengo entendido que los recibirán sin más cargas que las que les impongo en el instrumento mismo en que los instituyo. ¿A qué viene resucitar cargas que había yo impuesto á mi primer legatario? La prueba de que no se las quise impo-

ner al segundo es que no las reproduce." Una vez más pedimos que se comparen la respuesta del buen sentido, y la del derecho para que se diga cuál de las dos está en armonía con la mente del testador.

213. Institúyese en el primer testamento un legatario universal; y en el segundo, hace el testador legados particulares: ¿hay revocación del legado universal? Si se hicieron los particulares en favor de nuevos legatarios, no cabe duda: subsiste el legado universal; los nuevos legados son disminución del universal, y los testamentos se ejecutarán simultáneamente. (1) En vano se dirá que, según esto, sería menester resolver qué se revoca el primer testamento, puesto que el testador dispone de sus bienes sin recordar el legado universal que hizo. La respuesta es sencilla y concluyente. no es exacto decir que el testador dispone de una parte de sus bienes, y que naturalmente priva al legatario universal de los que lega en el segundo testamento; pero tampoco se puede decir que le priva de los que le dió y de los cuales no dispone ya. Es inútil insistir en esto, puesto que todo el mundo está de acuerdo en este particular.

Es distinta la cuestión de si un legado universal queda revocado por uno particular hecho al legatario universal. Algun fallo dice, en uno de sus considerandos, que el legado de una renta hecho en un testamento posterior y a la misma persona que, en otro anterior, se había instituido como legatario universal, trae consigo la revocación de la primera disposición. La razón de ello está en que el testador que lega una parte determinada de su fortuna, por esto mismo declara que no entiende dar al legatario el excedente. Hay cambio de voluntad, y por tanto revocación. Sin embargo, el tribunal de Angers estuvo por la revoca-

1 Denegada, 13 de Febrero de 1816; Riom, 23 de Agosto de 1817 (Dalloz, núm. 4,216, 1º y 2º).

ción, porque, en el caso ocurrido, resultaba la voluntad de mantener el legado universal de las circunstancias del caso. (1)

214. Los legados particulares dan lugar á multitud de dificultades, que es menester resolver de acuerdo con los principios. Cuando el testador lega la misma cosa al mismo legatario en un nuevo testamento, pero con alguna disminución, hay revocación por la incompatibilidad de las disposiciones. Es el primer ejemplo de revocación tácita que trae Pothier. "Se presume la revocación tácita, dice, cuando en un testamento posterior, lega el testador á alguien una parte de lo que le había legado en otro testamento anterior; entonces, se estima que tácitamente revocó el legado por el excedente. Según este principio, si, después de legar á su deudor la remisión de todo lo que le debe, declara el testador en un nuevo testamento, que le hace remisión de todos los intereses que le deba hasta el dia de su fallecimiento, se reputa que revocó el legado de la remisión principal." (2) Tal es también lo que enseñan los autores modernos; (3) y tan evidente es ello, que no se concibe que haya resoluciones en contrario. Sin embargo, hubo ya una de que el legado de once propiedades territoriales, situadas en otros tantos lugares diferentes, no quedó revocado por un testamento posterior que contenía, en favor de los mismos legatarios, una donación de sólo siete de aquellas propiedades. La sala de casación, que confirmó tan extraña resolución, dijo que, según el derecho francés, una vez hecho legalmente un legado, no puede quedar destruido más que por una revocación expresa. (4) Más extraña

1 Angers, 21 de Marzo de 1821 (Dalloz, núm. 4,216, 2º). Compárese á Baile-Mouillard comentando á Grenier t. 3º, pág. 59.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 302.

3 Toullier, t. 3º, pág. 641, núm. 305 y todos los autores. Compárese con lo resuelto en Aix á 8 de Julio de 1838 y denegada, 30 de Marzo de 1841 (Dalloz, núm. 4,202, 5º).

4 Denegada, 19 de Diciembre de 1821 (Dalloz, núm. 4,224, 1º)

aún es esta resolución, puesto que se contradice con la disposición terminante del artículo 1,036. En igual sentido hay un fallo del tribunal de Rennes. (1) Creemos inútil criticar tales resoluciones, que se reputan por sí solas.

215. Lega el testador á una misma persona dos cosas distintas en dos testamento: ¿hay revocación tácita? Respondese en general que no, porque ambas disposiciones se concilian perfectamente: el testador, dicen, quiso hacer dos liberalidades. Indudablemente que incompatibilidad jurídica, no la hay; pero falta saber si fué la intención del testador mantener la primera liberalidad, ó si cambió de voluntad. Lo que se dice en favor del legatario, es nada menos que decisivo. "El legatario tiene dos títulos igualmente regulares." (2) ¿Acaso no siempre tiene dos títulos regulares, cuando simultáneamente reclama dos legados hechos en dos distintos testamentos? Jamás había, entonces, revocación tácita, y sería menester decir con la sala de cassación, que según el derecho francés, la revocación debe ser expresa. ¿Qué sería, en tal caso, del artículo 1,036?

Toullier opina de otro modo; dice que hay contrariedad entre los dos legados, en cuanto á que se presume que el testador quiso que el segundo instituyera al primero. (3) No estamos por la palabra *presumir*, pero nos parece que la interpretación que Toullier da á la voluntad del testador es la más probable: el testador que quisiera que subsistiese el primer legado, lo explicaría así. Excusado es decir, que si de las circunstancias del caso resulta la intención contraria, es menester, ante todo, estarse á la voluntad del testador.

216. Cuando el testador lega á Pablo la cosa que había legado á Pedro, fácilmente se presumirá, dice Pothier, que

¹ Rennes, 3 de Mayo de 1833 (Dalloz, n.º 4,224, 2º).

² Demolombe, t. 22, pág. 178, n.º 197 y la mayor parte de los autores.

³ Toullier, t. 3º, 1, pág. 355, n.º 643

el testador revocó el primer legado. Pero quiere que haya circunstancias que prueben que tal es la voluntad del testador; á falta de las cuales, admite Pothier que concurren los dos legatarios. Es verdad que no hay incompatibilidad entre ambas disposiciones. Pero Pothier, como todos los jurisconsultos, ¿no se preocupa asaz del derecho? ¡Qué importa que puedan existir los dos legados! Hay que ver si tal fué la mente del testador, y ya tenemos contestada esta pregunta. Los más de los autores modernos se declaran contra la revocación. (1)

217. Los legados de cantidades en numerario hechos á la misma persona en diversos testamentos, ¿deben ejecutarse simultáneamente, ó uno de los legados revoca al otro? Esta cuestión es muy controvertida, y tan divididos se hallan los autores como la jurisprudencia. Ante todo, es menester tomar en consideración las circunstancias particulares del caso; y sobre este punto, están todos de acuerdo. (2) Pero ¿qué habrá que decir en el caso de que no haya nada que haga conocer la voluntad del testador? Ya tenemos expuesta nuestra opinión. Si al hacer nuevo testamento, no manifiesta el testador intención de mantener las disposiciones del primero, hay que admitir que quiso revocarlas. Esto es lo que contestaría cualquiera que no estuviera iniciado en la ciencia del derecho, y es también lo que deberían contestar los jurisconsultos, olvidando momentáneamente su ciencia que sólo sirve para extraerlos. (3)

Con mucho acierto dice el tribunal de Grenoble que no habiendo trazado la ley ninguna regla que pueda hacer co-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 302, 2º). Dalloz, núm. 4.232 y los autores en sentido diverso que cita.

2 Denegada, 22 de Junio de 1831 (Dalloz, núm. 4.202, 2º). Julio 8 de 1835 (Dalloz, núm. 4.202, 4º).

3 Véanse en sentido contrario, á Aubry y Rau y los autores que citan, t. 6º, pág. 188, nota 16, pfo. 725.

nocer la contrariedad ó incompatibilidad, el legislador se remitió necesariamente á la prudencia judicial, para la cual la voluntad del testador debe ser la ley suprema. En el caso que se presentó, había tres testamentos: en el primero, el testador daba á un legatario la cantidad de 4,000 francos, pagaderos al año de su fallecimiento; en el segundo, le daba al mismo legatario 6,000 francos pagaderos al año. El tercer testamento hacia varios legados en favor de los criados, y declaraba el testador que entendía que podían ejecutarse los testamentos que pudiera haber hecho antes. ¿Cómo habría raciocinado un jurisconsulto á vista de aquellos tres testamentos? Habría dicho: el testador mantuvo expresamente todos sus testamentos; por lo mismo, deben ejecutarse simultáneamente; mas el segundo legado de 6,000 francos no es ciertamente incompatible con el primero de 4,000 francos; por consiguiente, el legatario tiene derecho á 1,000 francos. Así debe resolverse tanto más cuanto que el testador era un abogado antiguo, y por lo mismo hombre de leyes. Tal no fué la opinión del tribunal de Grenoble, cuando, antes bien, halló evidente que el legado de 6,000 francos revocabía el anterior de 4,000, únicamente porque el testador no había declarado que legaba 6,000 además de los 4,000; sino que había entendido aumentar su liberalidad, pero sin querer acumular los dos legados. En apoyo de tal interpretación, invoca el tribunal varias circunstancias del caso: ambos testamentos estaban concebidos en los mismos términos, hechos en el espacio de un año, cuando todavía no había cambiado notablemente la posición del testador; no había, pues, razón para extender hasta 10,000 francos una liberalidad que desde los principios se había fijado en 4,000. La resolución de primera instancia fué confirmada en apelación. (1)

Hay fallos en sentido contrario. Uno de ellos, de Gre-

1 Grenoble, 18 de Mayo de 1831 (Dalloz, núm. 4,230, 1º).

noble, fundado en las circunstancias del caso. Contra tales resoluciones nada hay que decir, por ser el mejor juez de los hechos el mismo tribunal que falla. (1) Otro fallo de Burdeos dice, que es una *regla* que los legados de cantidades homogéneas no se consideran como incompatibles ni contrarios. No conocemos la tal *regla*; harto se curó el legislador de establecer un principio absoluto allí donde todo depende de la apreciación que se haga de la voluntad del testador; se engañan los tribunales, si observan semejante regla. Nada tan vario como la voluntad hermana; y de aquí que no se la puede sujetar á una regla invariable. (2) El tribunal de la Haya dictó una resolución análoga, manteniendo dos rentas en favor de un mismo legatario, una de 6,000 florines, y otra de 3,000, que se le entregarían á su mayor edad. Decir, como el tribunal, que son conciliables los dos legados, es no decir nada; la mayor parte de los legados lo es, salvo que haya imposibilidad material para sostenerlos á un tiempo mismo. En el caso ocurrido, había un motivo particular para no sostener más que la segunda renta de 6,000 florines: ella se relacionaba con el capital legado al mismo legatario para su mayor edad, ó sea la cantidad de 12,000 florines; la mente del testador era, pues, que hasta la mayor edad percibiendo el legatario los intereses del capital que hasta entonces debería cobrar. (3)

218. ¿Es aplicable á la revocación tácita la disposición del artículo 1,037? Según este artículo, "la revocación hecha en un testamento posterior produce todo su efecto, aunque el testamento deje de ejecutarse por la incapacidad del heredero instituido ó del legatario, ó por su negativa á recibir." Esta disposición es general, y se aplica á toda revocación, y por consiguiente á la tácita lo mismo que

1 Grenoble, 14 de Junio de 1810 (Dalloz, núm. 4,181).

2 Burdeos, 26 de Enero de 1842 (Dalloz, núm. 4,228, 1º).

3 La Haya, 3 de Octubre de 1827 (*Pasterisía*, 1827, pág. 285).

á la expresa de que se tratan los artículos 1,035 y 1,036. Además, la razón legal es idéntica; la revocación es un sólo hecho jurídico, puesto que se manifiesta con palabras ó con hechos; y así, unas mismas deben ser las reglas por que se rija. (1)

II. De la revocación por la disposición de la cosa legada.

1. Principio.

219. Dice el artículo 1,038: "Toda enajenación, aun la hecha en venta con pacto de retroventa ó en cambio, que haga el testador de todo ó parte de la cosa legada, importará la revocación del legado por todo lo que se enajene, aunque la enajenación sea nula y la cosa haya vuelto á manos del testador." Esto es una revocación tácita. El legado no tiene efecto más que á la muerte del testador; si enajena en vida la cosa legada, cesa de ser propietario de la misma, no pudiendo ya disponer de ella para después de muerto; lo cual quiere decir que cambió de voluntad, puesto que, por hecho de suparte, se puso en la imposibilidad de ejecutar su primitiva voluntad.

220. ¿Establece el artículo 1,038 una simple presunción de revocación fundada en la probable intención del testador? Así se enseña; pero dudamos que la palabra *presumir*, que usan los editores de Zachariæ, exprese bien su idea. Si fuese solamente presunta la revocación, sería admisible cualquier prueba; sin embargo, esto se opone al tenor y al espíritu de la ley. El tenor literal no contiene palabra que indique una presunción; está concebido en términos imperativos: "Toda enajenación importará la revocación." Tal es también el espíritu de la ley. Antiguamente, no se consideraba la enajenación como revocación tácita sino cuando manifestaba el ánimo de revocar el legado;

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 191 y nota 22. Duranton, t. 9º, página 424, núm. 436. Demolombe, t. 22, pág. 183, núms. 204 y 205. Lieja, 14 de Mayo de 1873 (*Pasicrisia*, 1873, 2, 263).

siempre se le admitía, pues, al legatario la prueba de que el testador no había querido revocar el legado al enajenar la cosa legada. Este principio era muy jurídico y más racional que la regla absoluta consagrada por el código. Como lo hemos dicho y repetido, toda revocación implica la voluntad de revocar, cuando hay un hecho, tal como la enajenación de la cosa legada, de donde se induce la intención de revocar el legado, puede existir y no existir la voluntad de revocar. Habría por tanto que dejar á los interesados el derecho de probar cuál fué la mente del testador, y en consecuencia, que permitir al juez que resolviera conforme á las circunstancias del caso. Tal era el derecho antiguo, muy lógico pero que abría la puerta á los pleitos y á las discusiones. Los autores del código quisieron prevenir todas las dificultades zanjándolas por una regla absoluta.

¿Quiere decir esto que el testador no puede, al enajenar, declarar que su intención es la de sostener el legado? Admítase que el testador puede estipular con el comprador que éste pague el todo ó parte de su precio á su heredero testamentario. Esto, dicen, es la confirmación del legado en el momento mismo en que, conforme á la ley, había de quedar revocado. Siempre es lícito á los particulares derogar las leyes que no son de orden público; pero tales derogaciones deben ser expresas. Síguese de allí que no se puede admitir toda clase de prueba para acreditar que el testador no tuvo ánimo de revocar; esto sería volver á las incertidumbres del derecho antiguo, á las cuales quiso poner término el legislador. Se necesita una declaración expresa de la voluntad del testador. (1) Se resolvió ya que la declaración debía hacerse en el momento mismo en que enajena el testador. En efecto, si enajena sin sostener el le-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 192, nota 28. Compárese á Demolombe, t. 22, pág. 293, núms. 210-213.

gado, queda éste revocado conforme al artículo 1,038, y el testador no puede retroceder ante un hecho consumado. Si, pues, su intención es la de llevar adelante su liberalidad, no le queda más que hacer nuevo testamento. (1)

La jurisprudencia nos deja todavía una duda. ¿Puede confirmarse un legado por el testador en vida? El legado se tornaría entonces en contrato y sería irrevocable. ¿No es ese un pacto sobre una sucesión futura? Tal es nuestro parecer. Indudablemente puede el testador, al enajenar, declarar que su intención es que se haga efectivo el legado; por esa declaración, como todo lo que se refiere á disposiciones de última voluntad, debe hacerse por testamento. (2)

221. ¿Habrá que concluir del principio de que la ley declara la revocación en caso de enajenación de la cosa legada, sin admitir prueba en contrario, que hay revocación aun cuando el testador no hubiere manifestado ninguna voluntad? Así lo han sostenido enseñando que queda revocado el legado cuando se apoderan de la cosa legada los acreedores, ó cuando hay expropiación por causa de utilidad pública. Esto nos parece inadmisible. Lo que el legislador quiso impedir, es el debate acerca de una voluntad más ó menos dudosa, pues cuando menos se necesita una voluntad cualquiera de revocar, no se concibe revocación sin voluntad. Aquello equivaldría á decir que el legislador revoca no queriéndolo el testador, y tal cosa es un absurdo. Objétase con las palabras absolutas del artículo 1,038: "Toda enajenación importará la revocación del legado." Pero la ley añade: "toda enajenación *que haga el testador*." ¿Y puede decirse que la expropiación forzosa es enajenación hecha por el testador? Verifícase tal expropiación

1 Denegada, 9 de Marzo de 1836 (Dalloz, númer. 4,240).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, págs. 514.-515, númer. 459.-460.

ción contra él, y sea cual fuere la cosa de su propiedad que se enajene, no se puede decir que él es quien lo vende.

Se ha querido justificar la revocación en caso de expropiación por el principio en virtud del cual es nulo el legado de cosa ajena. Esto es confundir dos órdenes de ideas, absolutamente distintas. Es indudable que cuando se haya hecho la expropiación de la cosa legada, no puede reclamar el legatario ni la cosa ni el precio, puesto que ya la primera no existe en el dominio del testador cuando muere y que no se legó el premio. Pero si la recobrara el testador y se encontrara en su sucesión, valdría el legado, puesto que no fué revocado. (1)

222. ¿Qué deberemos decir de cuando la cosa legada fué enajenada por el tutor del testador en interdicción? No es aplicable el artículo 1,038, puesto que no se puede decir que el testador haya revocado el legado al enajenar la cosa legada; sino que quien la enajenó fué el tutor en su nombre; empero allí donde no hay voluntad de enajenar, no puede haberla de revocar. ¿Quiere decir ésto que el legatario puede reclamar el valor de la cosa legada? La sala de casación resolvió con mucho acierto que con ello se extinguía el derecho del legatario, como se extinguiría por la perdida de la cosa. Verdad es que todavía existe ésta, pero ya no en el patrimonio del testador, y por tanto el heredero está imposibilitado para entregarla. En el caso que ocurrió, aún se debía el premio, y se pretendía que el legatario tenía derecho á él. Esto había sido una subrogación que no puede haber en materia de legados, sino por la voluntad del testador; más, impedido éste por la interdicción, ageno á la venta, incapaz de consentir en ella, no puede manifestar su voluntad respecto de la cosa legada, ni puede subrogar, como puede vender. Se invocabía aún el artículo

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 193 y notas 32 y 33 del pfo. 725. Demolombe, t. 22, pág. 212, núm. 238 y los autores en sentido diverso que citan.

1,303, que obliga al deudor de una cosa cierta á ceder al acreedor los derechos que tiene del dueño de la cosa que pereció; pero basta con leer el testamento para convenirse de que se hacía una falsa interpretación de él. En el artículo 1,303 se trata del acreedor, mientras que, en el caso de un legado, no hay acreedor, viviendo todavía el testador, ni podría tampoco haberle después de muerto, puesto que ya entonces se extinguió el legado. (1)

223. El artículo 1,038 dice que *toda* enajenación de la cosa legada importará revocación del legado. La ley no distingue en favor de quién se ha de hacer la enajenación; y así es menester concluir que se revocaría el legado si se vendiera al legatario la cosa legada. La sala de casación niega esta consecuencia, diciendo que el artículo 1,038 se funda evidentemente en la presunción legal de un cambio de voluntad por parte del testador; pero que tal presunción cesa de pleno derecho cuando se hace la enajenación en favor de la persona misma del legatario. (2) En el caso ocurrido, se trataba de una donación hecha en forma de venta, y por lo mismo había que decidir la cuestión, no conforme á los principios relativos á la venta, sino conforme á los relativos á la donación. Ya volveremos á ocuparnos en este punto. En cuanto á la enajenación hecha á título oneroso, no vemos en qué se haya fundado la sala para resolver que ella no revocabía el legado; esto sería exceder

1 Denegada, sala de lo civil, 19 de Agosto de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 321). Las opiniones de los autores están divididas. Duranton dice que la enajenación hecha por el tutor produce revocación (t. 9º, pág. 459, núm. 460); igualmente Coin-Delisle, pág. 594, núm. 3 del artículo 1,038. Poujol dice que el legado no estaba revocado y que el legatario tiene derecho á una indemnización (t. 2º, pág. 316, número 5 del art. 1,038). Según Troplong (t. 2º, pág. 232, núm. 2,096) el legado no estaba revocado ni había caducado; dando malas razones, permitiendo después al legatario que se oponga á la venta, viéndole el testador! Citamos estas opiniones singulares para mostrar cuánta incertidumbre hay entre los autores sobre los principios.

2 Casación, 6 de Junio de 1814 (Dalloz, núm. 4,253).

ción á la regla general del artículo 1,038, ¿y puede existir una excepción sin ley?

224. Cuando la enajenación tiene por objeto una parte de la cosa legada, hay revocación del fallo por todo lo que no se enajenó; que es lo que expresa el artículo 1,038. Se pregunta si es menester considerar como enajenación parcial la constitución de su derecho real. Si se trata de una hipoteca, no hay duda, el legatario recibirá la cosa gravada con la hipoteca, y si, perseguido por el acreedor hipotecario, se ve en el caso de pagar la deuda, tendrá su recurso contra el deudor. La hipoteca altera, pues, el legado en el sentido de que el legatario debe contentarse con numérico, en lugar de la cosa legada, cuando es expropiado. Si el testador grava la cosa legada con un usufructo ó una servidumbre, no hay revocación, dicen, sino que el legatario deberá resistir el ejercicio del derecho real; lo cual disminuirá la importancia del legado, pero sin revocarle. (1) En realidad, la disminución es una revocación parcial. Sin la constitución del usufructo, el legatario habría gozado de la cosa; el testador le quita ese goce por todo el tiempo que haya de durar el usufructo, y así le quita una parte de la cosa legada, puesto que, en lugar de una propiedad completa, no tiene más que la nuda propiedad. La tendrá igualmente desmembrada si la cosa legada quedó gravada con servidumbre; y el desmembramiento implica enajenación parcial de la cosa.

225. La enajenación hecha bajo condición suspensiva, ¿importa revocación del legado? Suponemos que falta la condición, porque si se realiza, se retrotrae, y, por consecuencia, habrá enajenación desde el día del contrato. Pero si no se cumple, jamás habrá habido contrato, ni por consiguiente enajenación; no pudiendo, por lo tanto, aplicarse

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 193 y nota 31, pfo. 725. Demolombe, t. 22. vñz. 208. núms. 232 y 233.

el artículo 1,038. Contra esto se objeta que la enajenación condicional es enajenación, y que poco importa que se realice ó no la condición, pues siempre habrá habido ánimo de vender, y esa intención, dicen, es la que importa la revocación del legado. La objeción no toma para nada en cuenta los principios relativos á la condición, y por lo mismo va más allá que el artículo 1,038. El contrato condicional no importa enajenación; el vendedor sigue siendo propietario, y así no se puede decir que tuvo ánimo de revocar al enajenar. La intención de revocar es cosa definitiva, un cambio de voluntad; más, en un contrato condicional, la voluntad es también condicional, y existe ó no, según que se realice ó no la condición. (1)

Otra cosa sucede con la venta hecha bajo condición resolutoria: ella es una enajenación pura y simple, donde hay translación de la propiedad. Cierto que la enajenación puede quedar resuelta, y que se podría haber aprovechado tal eventualidad para sostener que el vendedor no tiene intención definitiva de enajenar. Pero la ley no ha querido que se debata acerca de la intención, pues zanja la dificultad contra el legatario en el caso para el más favorable. Cuando el vendedor enajena con pacto de retroventa, expresa la intención de que se resuelva la venta; por lo cual podría decirse que no enajena definitivamente. Sin embargo, el artículo 1,038 dice que hay revocación. Con mayor razón sucede lo mismo respecto de las demás condiciones resolutorias. (2)

226. El artículo 1,038 dice también que hay revocación aunque la enajenación posterior sea nula. Con todo, es un principio que el acto nulo no produce efecto, por conside-

1 Denegada, 15 de Mayo de 1860 (Daloz, 1860 1, 277). Compárense en sentido contrario, los autores citados por Aubry y Rau, tomo 6º, pág. 192, nota 30; Daloz, núm. 4,249, y Demolombe, t. 22, pág. 197, núm. 218.

2 Esta es la opinión general (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 192; Demolombe, t. 22, pág. 196, núm. 217 y los autores que citan).

rarsele como no existente. Si, eso no obstante, el legislador decide que hay revocación, es que se está á la mente del vendedor; tenía ánimo de transferir definitiva é irrevocablemente la propiedad de la cosa legada al comprador, y en consecuencia tuvo ánimo de revocar, y debe haber revocación. La ley, que está concebida en términos generales y absolutos, se aplica á todos los casos en que hay nulidad, sin distinguir entre la relativa á la sustancia y la relativa á la forma. (1) Es, pues, aplicable, aun á la nulidad que procede de un vicio de consentimiento. En esto la ley se contradice con su propio principio. Supone ella que, al enajenar, el testador tuvo ánimo de revocar; ¿y se puede decir que tuvo ánimo de revocar el legado, aquél cuyo consentimiento está viciado por el error, la violencia ó el dolo? Un consentimiento viciado y nulo por razón del vicio no es consentimiento. Teóricamente, esto es cierto; creemos que la ley debió haber admitido una excepción, pero el texto no trae ninguna; el consentimiento, aunque viciado, existe; hay, pues, contrato, enajenación, y habiéndola, hay revocación, sin que se pueda discutir la intención del testador que vende; poco importa que después se anule la venta; el artículo 1,038 rechaza esta excepción terminantemente. (2)

En cuanto á la nulidad fundada en vicios de forma, sostéñese que es menester hacer una excepción, á pesar de la generalidad de nuestro artículo: no se debe tener en cuenta la enajenación, dice M. Troplong, cuando el acto no está revestido de formas probatorias. Si pues la revocación estuviese contenida en un instrumento autorizado, nulo respecto de las solemnidades externas, no podría tener efecto. Hay (2) en todo lo que Troplong escribe acerca de es-

1 Denegada, 16 de Abril de 1845 (Dalloz, 1845, 1, 293).

2 Compárese á Demolombe, t. 22, pág. 203, núm. 226.

3 Troplong, t. 2º, pág. 231, núm. 2,092. Compárese á Demolombe, t. 22, pág. 203, núm. 226.

ta cuestión, una confusión de ideas completa. Se trata de una enajenación hecha en venta ó cambio, y así de un contrato á título oneroso; más, en esos contratos, no sirve la forma como prueba; ¿qué importa que sea nulo el instrumento autorizado en que se contiene una venta? Esta no existe, menos, y así hay enagenación y revocación. Lo mismo, y por igual razón, sucedería, si el documento privado que contiene la venta fuese nulo; es cuestión de prueba que nada tiene que ver con la validez de la enajenación. Suponemos naturalmente que la enajenación se acredita por un medio legal de prueba; excusado es decir que si consta el hecho de la enajenación, debe estar probado, y que si no se llega á probarle, no se puede decir que haya enagenación, ni por consiguiente revocación.

Es distinta la cuestión de si el vicio de forma en un contrato solemne estorbaría la revocación. Ya volveremos á este punto. La cuestión debe plantearse en términos más generales. ¿Un contrato inexistente trae consigo revocación del legado? Nos parece evidente la negativa, si se admiten los principios que más de una vez hemos expuesto respecto de los actos inexistentes. Un contrato inexistente es la nada; y cómo la nada habrá de producir ningún efecto? Casi no puede ocurrir la dificultad sino por falta de consentimiento. Tomemos el caso más favorable á la revocación: el testador quiere vender, la otra parte entiende arrendar, y no hay ni venta ni arrendamiento: ¿habrá revocación? La cuestión no es de sentido. Si no hay contrato de venta, no hay enajenación, ni por consiguiente, revocación. Inútil sería decir que el testador quiso enajenar; porque la ley no da el efecto de revocación del legado á la voluntad de enajenar, sino á la enajenación. En nuestro concepto debe aplicarse este principio á la donación nula en cuanto á su forma, como lo diremos adelante.

227. El artículo 1.038 dice al fin que la enajenación im-

porta revocación, aunque sea nula y haya vuelto la cosa á manos del testador. Este recobra la cosa como resultado de la acción de nulidad, por estimarse que nunca existió la enajenación nula. Con mayor razón, subsiste la revocación si la enajenación es válida y si el testador adquiere en seguida la cosa legada con cualquier título. Puede suceder que al volver á comprar la cosa vendida, quiera el testador mantener el legado; pero si tal es su intención, debe hacer nueva disposición testamentaria, por haber quedado revocada y en consecuencia destruida la primera. Lo mismo sucede en todo caso en que la ley establece la revocación por causa de la enajenación de la cosa legada. Puede no ser la intención del testador la que la ley supone: vende con pacto de retroventa, y realiza ésta con el ánimo de sostener el legado; el legado será no obstante, revocado, de modo que el testador deberá hacer otro nuevo, si tiene intención de gratificar al legatario.

228. Por generales que sean sus términos, no se aplica el artículo 1,038 más que á legados de cosas ciertas y determinadas. Esto resulta del testamento y del espíritu del artículo de la ley. Dice el primero: enajenación de la cosa legada; mas cuando la cosa es indeterminada, no se puede decir que el testador, ni aun enajenando todos sus bienes, enajene la cosa legada, porque la cosa indeterminada que él dió puede no hallarse en su patrimonio; lo cual no impide que el legado sea válido y que valga, por consiguiente, á pesar de la enajenación que hiciera de sus bienes el testador.

Siguese de aquí que el artículo 1,038 no se aplica á los legados universal y á título universal. Estos legados no recaen sobre objetos determinados, sino que tienen por objeto una universalidad jurídica que sigue siendo la misma en derecho, aun cuando el testador disminuya su patrimonio con otras enajenaciones. Si ya no están en su sucesión

las cosas enajenadas, excusado es decir, que no puede reclamarlas el legatario; pero también tendría derecho el legatario á ellas, si por cualquier motivo las cosas volvieran al patrimonio del testador. (1)

Aplicándose este principio, se ha resuelto que los legatarios universales ó á título universal tenían derecho, no sólo á las cosas legadas que entraban en el dominio del testador, sino también á las acciones de nulidad ó rescisión que pertenecían al difunto; en efecto, se estima que el que tiene una acción tiene la cosa misma. (2)

229. Hay un caso en que es dudosa la aplicación del principio. Después de instituir á un legatario universal, vende el testador todos sus bienes reportando ellos una renta vitalicia. Se pregunta si queda revocado el legado. La sala de casación resolvió que no había revocación. (3) Esto, conforme á derecho, es cierto; quiere decir, que el legado universal no recae sobre los bienes que pertenecen al testador en el momento en que dispone, pues comprende los bienes que dejará él al morir. Poco importa, pues, que haga el testador enajenaciones y aun enajene todos sus bienes presentes; si algo queda en la herencia, el legatario tendrá derecho á ese algo. Pero ¿no hay cuestión de intención junto á la cuestión de derecho? El testador que, después de legar todos sus bienes los vende todos, ¿no manifiesta con ello la voluntad de revocar el legado? Tal es por cierto lo más frecuentemente la intención del testador. Al decirse que hay revocación tácita en los casos que ella

1 Aubry y Rau, t. 7º, pág. 194 y nota 35; Demolombe, t. 22, página 209, núms. 234, 235; Dalloz, núm. 4,250. Denegada, 3 de Junio de 1829 (Dalloz, núm. 4,250, 1º). Motpellier, 20 de Abril de 1842 (Dalloz, palabra *Adopción*, núm. 202). Orleans, 28 de Diciembre de 1843 (Dalloz, palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,131).

2 Caen, 25 de Junio de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 141).

3 Denegada, 1º de Diciembre de 1851 (Dalloz, 1851, 1, 327).

prevé, la ley no quiere decir que no haya otros casos de revocación tácita.

Los mismos principios se aplicarían si el testador, después de hacer un legado universal ó á título universal, vendiera sus bienes en todo ó en parte al legatario, por ejemplo, con la carga de una renta vitalicia. En efecto, la circunstancia de ser comprador el legatario no hace cambiar en nada la cuestión de derecho. No se trata de un legado de cosas ciertas y determinadas (núm. 223); el legatario es llamado á los bienes que deje el testador á su fallecimiento; pero si dispone de ellos en vida, esos actos de disposición dejan subsistente el derecho del legatario. Podrá resultar de aquí, de hecho, una disminución del legado, pero en nada altera ese cambio el derecho del legatario universal, quien conserva siempre el eventual que le da su institución á todos los bienes que deje el testador al morir. En este sentido, es constante la jurisprudencia de la sala de casación; (1) ¿pero no es demasiado absoluta? ¿No hay junto á la cuestión de derecho una cuestión de intención? Tal es nuestra opinión; la revocación de los testamentos es esencialmente cuestión de voluntad. Puede suceder, pues, que aquél que después de legar todos sus bienes á una persona los venda á otra, quiera revocar el legado. En vano es decir que el testador no vende lo que legó; porque aunque esto es cierto en derecho, muy poco de cierto tiene desde el punto de vista de la intención del disponente; ¿qué conocen de derecho los más de los testadores y aún de los que redactan los testamentos? Sería menester, pues, en cada caso, tomar en consideración, no solamente los principios de derecho, sino también y sobre todo la voluntad del testador. Esto es lo que hizo el tribunal de Montpellier; después de resolver que conforme á derecho la ven-

1 Casación, 9 de Mayo de 1808; 17 de Mayo de 1824; denegada, 15 de Febrero de 1827 (Dalloz, núm. 4,250, 8º y 5º). Compárese con lo resuelto en Angers á 19 de Abril de 1820 (Dalloz, núm. 4,250, 4º).

ta de los bienes dejaba subsistente el legado, añadió que, en el caso, la intención evidente del testador había sido mantener el legado. (1)

2. Aplicación del principio.

230. Dice el artículo 1,038 que toda enajenación, aun la hecha á título de cambio, produce la revocación del legado. Antiguamente se decía lo contrario. (2) Había en efecto, un motivo para dudar: ¿no podía ser la intención del testador la de mantener el legado dando al legatario derecho á la cosa recibida en cambio? El código no quiere que se debata acerca de la intención que tuvo el testador al enajenar, y sólo atiende al hecho de la intención, con el bien entendido que el artículo 1,038 no se aplica más que al legado de cosa determinada. Si después de legar todos sus bienes, cambia el testador algo de ellos, está por demás decir que el legatario universal ó á título universal tiene derecho á ellos, puesto que el legado recae sobre los que el testador dejará al morir.

231. ¿Se aplica el artículo 1,038 á la donación? La de bienes presentes es enajenación, y la más irrevocable de todas, puesto que es de esencia de las donaciones entre vivos la irrevocabilidad. Por tanto, la donación de la cosa legada, hecha á persona distinta del legatario, importa revocación del legado. Esto no tiene duda. La revocación subsistiría aun cuando la causa de ella fuera la inejecución de las cargas por ingratitud, ó por superveniencia de un hijo. Es aún la aplicación del principio consagrado implícitamente por el artículo 1,038: la condición resolutoria no impide la revocación (núm. 225). Así mismo, si fuera nula la donación, no por eso quedaría menos revocado el legado. Pero ¿habrá necesidad de resolver si la donación

¹ Motpellier, 7 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 185).

² Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de legado*, pfo. 2º, núm. 2, 4º) (t. 30, pág. 35).

es inexistente? La donación es un contrato solemne, y así la solemnidad es condición de la existencia misma del contrato; si es nula en su forma, la donación no produce efecto; el código mismo consagra este principio (art. 1,339). Si no produce efecto, ¿puede tener virtud para revocar el legado? La cuestión está muy controvertida; pero no vemos que haya la menor duda en ella, si se admite el principio de los actos inexistentes. El artículo 1,038 dice claramente que la enajenación nula revoca el legado; pero la enajenación por una donación viciada en la forma es más nula, es inexistente. Lo cual quiere decir que no hay enajenación, ni voluntad de enajenar, ni por consiguiente, voluntad de revocar. (1)

¿Es necesario aplicar esta doctrina al caso en que la donación no se acepta por el donatario? Este es el punto que más se controvierte y que tiene divididos á los autores y á los tribunales, dependiendo la solución de la dificultad de la opinión que se admite sobre la aceptación. ¿Es esta una solemnidad necesaria para la existencia del contrato; ó sólo es condición prescripta para la validez de la donación? Hemos enseñado que la aceptación es esencial á la donación. La consecuencia lógica que se sigue, es que sin aceptación no existe la donación á los ojos de la ley, y por tanto no hay voluntad de donar ni de revocar. Objétase que el artículo 1,038 pone la revocación, no en la validez, ni aun en la existencia de la enajenación considerada como translativa de la propiedad, sino en la intención de revocar, manifestada por el acto de la enajenación. Esto no es exacto. La letra de la ley exige la *enajenación*; por consiguiente, cuando no la haya, no podría tratarse de revocación; y cuando es nula en cuanto á la forma, no hay enajenación. No otra cosa dice el espíritu de la ley; si se trata de re-

1 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 298, nota 16.
Comparese á Treplong, núm. 2,092).

vocación tácita, se trata, pues, de un hecho que implica ánimo de revocar. ¿Cuál es ese hecho? Es la enajenación, no el proyecto de enajenar, la oferta de donar, sino la enajenación, y así la donación perfeccionada por la aceptación.

Zachariæ, ordinariamente tan lógico, parécenos muy inconsecuente en este asunto, al aplicar á los vicios de forma la teoría de los actos inexistentes, sin aplicarla á la aceptación que, en las donaciones, es también condición de forma. Los sabios editores de Zachariæ colocan en la misma línea el vicio de forma y la falta de aceptación, comprendiendo ambos bajo la expresión de enajenación nula de que usa el artículo 1,038; mas para nada toman en consideración la doctrina, que sin embargo admiten, de los actos inexistentes, sino que se atienen á la intención de enajenar que existe, según ellos, á pesar de los defectos de forma ó de la falta de aceptación (1). Ahí está precisamente la dificultad. En los contratos solemnes, no hay consentimiento cuando no se expresa en la forma legal. M. Demolombe es aún más confuso. Para él, los vicios de forma no son más que cuestión de prueba: cuando no hay ninguna legal de la voluntad, dice, mal podía haber revocación. (2) Esto es confundir el hecho jurídico y la prueba, pues muy bien puede haber enajenación y por consiguiente voluntad de enajenar, aun cuando sea nulo el contrato escrito; ¿no siempre tienen las partes el juramento, á falta de otras pruebas? Por el contrario, en los contratos solemnes, tales como la donación, hace falta el consentimiento cuando ésta es nula en cuanto á la forma; ¿y puede haber intención de enajenar y de revocar allí donde no hay consentimiento?

1. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 298, nota 16, y Aubry y Rau, t. 7º, pág. 192, nota 29, pfo. 725.

2. Demolombe, t. 22, pág. 203, núms. 225, 226. Esta es la opinión generalmente seguida. Véanse los autores en Dalloz, núm. 4,269, y en la *Colección periódica*, 1859, 2, 119, nota).

332. Trabajo le cuesta á la distinción entre los actos nulos y los no existentes penetrar en la jurisprudencia, y esto explica las contradicciones que se notan en ella. Unas veces los fallos toman en consideración la inexistencia de los actos, y otras parece como que se olvidan de ella. La sala de casación se atiene al texto del artículo 1,038, que habla de las enajenaciones nulas en general y rechaza, por consiguiente, toda distinción entre las causas de nulidad. (1) Indudablemente no es menester distinguir, y toda enajenación, aunque nula y sea cual fuere la causa de su nulidad, trae consigo la revocación. ¿Pero no hay junto á la nulidad causas que hagan inexistente el acto? Difícil es negarlo en cuanto á la donación, toda vez que el artículo 1,339 dice claramente que es inexistente la donación nula en cuanto á la forma; ¿y puede producir algún efecto aquello que para la ley es nulo? El artículo 1,131 responde que no.

El tribunal de Burdeos declaró que las donaciones no aceptadas traen consigo la revocación; el fallo que es de poco valor, se limita á citar el artículo 1,038 y no parece admitir la distinción entre los actos inexistentes y los nulos; más bien dicho, no habla de ellos el tribunal. (2) Una resolución de París se declaró por la opinión contraria, pero sin consagrarse formalmente la opinión que hemos sostenido. La resolución dice que del artículo 932 resulta que una donación no aceptada es un acto incompleto. (3) Lo cual no es bastante decir; porque si hubiese un acto, siquiera fuese incompleto, podría invocarse como expresando el ánimo de revocar la donación, y esto basta. Es necesario decir que ningún acto hay; una donación inexistente es la nada, ¿y puede la nada implicar una voluntad cualquiera?

1 Denegada, 16 de Abril de 1845 (Daloz, 1845, 1, 293).

2 Burdeos, 3 de Agosto de 1858 (Daloz, 1859, 2, 119).

3 París, 11 de Diciembre de 1847 (Daloz, 1842, 2, 129).

233. Hasta aquí, hemos supuesto una donación hecha á un tercero. Es muy frecuente que después de hacer un legado en favor de una persona, el testador de al legatario todo ó parte de la cosa legada. ¿Habrá revocación del legado? La sala de casación resolvió con mucho acierto que no podría haber revocación sin cambio de voluntad; y claro está que el testador que da al legatario lo mismo que le legó, lejos de querer revocar su liberalidad, quiere hacerla irrevocable; no destruye al legado, antes le confirma. (1) De aquí resulta que si la donación es nula, producirá, no obstante, su efecto el legado á la muerte del testador. Así se resolvió en casación en un caso interesantísimo. En el momento de hacerse el testamento, la legataria era capaz de recibir, en tanto que no lo era al hacerse la donación. Efectivamente, en esta última época, contraía matrimonio con un médico que asistió al donante en la enfermedad de que murió; importaba, pues, saber si la institución hecha por contrato de matrimonio á la legataria revocabía el legado universal que el disponente otorgara á su favor; el tribunal de Burges declaró que la donación había confirmado el legado, en vez de revocarle; si la donación no podía tener valor, quedaba el legado válido, puesto que, á la hora del testamento, la legataria era niña apenas de doce años y su futuro esposo cursaba, medicina en París. (2)

Puede suceder, no obstante, que la donación revoque el legado; y esto sucederá siempre que la donación pruebe que el disponente cambió de voluntad. Así la donación se hace al legatario, pero con otras cargas y condiciones distintas del legado; la sala de casación resolvió que había re-

1 Casación, 6 de Junio de 1814 (Dalloz, núm. 4,253); Bruselas, 9 de Julio de 1811 (Dalloz, núm. 4,524). Duranton, t. 9º, pág. 460, número 461 y todos los autores (Aubry y Rau, t. 6º, pág. 193 y siguientes, y nota 34; Demolombe, t. 22, pág. 199, núm. 220).

2 Bárges, 7 de Enero de 1835, y denegada, 10 de Noviembre de 1836 (Dalloz, núm. 492, 2º).

vocación. Ninguna duda cabía en el caso, puesto que el disponente había revocado expresamente sus anteriores disposiciones. (1) Lo mismo sucedería cuando la donación no recayera más que en el usufructo de la cosa legada en toda propiedad, por no poder ser al mismo tiempo una sola persona propietaria y usufructuaria de la misma cosa. (2)

234. Se pregunta si pueden coexistir y ejecutarse ambas dos liberalidades que se hayan hecho, la primera por testamento, y la segunda por donación. Es indudable que sí: nada impide al donante hacer á la persona á quien quiere agraciar, una liberalidad revocable y otra irrevocable; y si tal es su intención, ambas liberalidades se ejecutarán. Pero también puede tener intención de realizar en vida una liberalidad que á los principios no quería hacer sino para después de muerto. Es, pues, cuestión de intención. La sala de casación declaró que podía buscarse la intención del donante en el fin que se propusiera, primero al legar, y después al donar á una persona misma, así como en los hechos y circunstancias del caso. Así el testador hace legados á unos hijos menores, legados que deberán pagárseles ó á su mayor edad, ó al contraer matrimonio. Más tarde, interviene el testador en el matrimonio y dota á las sobrinas que eran sus legatarias; para tres de ellas, el dote era igual al legado; mas para la última, había una diferencia de 40,000 francos entre el legado y la donación. El tribunal de París resolvió que la mente del tío había sido la de sustituir los legados hechos á su sobrina con los dotes que les constituyera. En efecto, una misma había sido la causa de ambas liberalidades, el establecimiento de los sobrinos y la sobrina; por lo mismo, el tío había entendido hacer una sola y misma liberalidad, primero en forma de legado, porque no creía sobrevivir al establecimiento de

1 Casación, 25 de Abril de 1825 (Daloz, núm. 4,260). Compárese con lo resuelto en Lyon á 28 de Junio de 1856 (Daloz, 1857, 2, 69).

2 Besangon, 19 de Mayo de 1819 (Daloz, núm. 4,267).

sus legatarios, y después, habiendo sobrevivido, quiso reallizar por sí mismo sus beneficios. Todas las circunstancias del caso confirmaban esa intención. Sólo una duda quedaba: ¿tenía derecho á la diferencia la sobrina, legataria de 10,000 y dotada con 60,000 francos? La cuestión fué resuelta en favor de la legataria. Aun ésta, es cuestión de intención, que, en el caso de que se trataba casi ni dudosa era, puesto que el disponente había dado á entender con todos sus actos la voluntad de establecer igualdad entre sus sobrinos y sobrinas de cada rama. (1)

Hay un fallo de Limoges que parece contradecir á la resolución que acabamos de analizar; pero en realidad, ambas resoluciones se fundan en la intención de los interesados. Ciertº abate hace en 1833 un testamento por el cual lega 2,000 francos á una parienta suya, sin siquiera calificarla de tal. En esa época, disponía él de su fortuna, que era considerable, en favor de la Iglesia. La fortuna va aumentándose: se casa la legataria, y le da el testador para su matrimonio la suma de 2.000 francos. La identidad de ambas sumas podía hacer creer que había identidad de causa, y creer, por lo mismo, en la intención de sustituir la primera liberalidad con la segunda; pero las circunstancias venían á demostrar, dice el tribunal, que, no queriendo dejar sus bienes á la Iglesia, entendía el abate aumentar la liberalidad que había hecho en favor de su parienta. (2)

235. La aplicación de los principios que acabamos de sentar suscita multitud de dificultades, que los tribunales tienen que resolver. Haremos, en punto á donaciones, la observación que hemos hecho sobre la revocación de los

1 París, 11 de Abril de 1851, y denegada, 27 de Abril de 1852 (Dalloz, 1852, 1, 121). Compárese con lo resuelto en Ruan á 3 de Diciembre de 1846, y á 31 de Marzo de 1835 (Dalloz, 1847, 2, 163-165).

2 Limoges, 12 de Junio de 1852 (Dalloz, 1853, 2, 229).

legados en general, de que nos parece que se preocupan harto los tribunales con la cuestión de derecho y casi nada con la intención del disponente. Un eclesiástico, después de legar todos sus bienes á una persona los cede por donación entre vivos á un seminario, con la carga de pagar una renta vitalicia á la legataria. ¿Hay revocación del legado universal por la donación posterior? Ciento que no hay incompatibilidad: el legado comprende los bienes que al morir deja el testador, y la donación, los presentes. Pero ¿no era la intención del donante revocar el legado? ¿No es porque, según él, estaba revocado el legado, por lo que concede una pensión á la legataria? Tal fué la resolución de primera instancia, resolución que el tribunal de París revocó declarando que no estaba revocado el legado. Recurrido este otro fallo, se pronunció un denegatorio, fundado en que el juez tenía facultad suprema de apreciación. (1)

Una testadora dispone de todos sus bienes haciendo legados á título universal. Más tarde, hace donación entre vivos de todos ellos en favor de los mismos legatarios y con la misma carga. ¿Hubo revocación del legado? Es el mismo conflicto entre el derecho y la mente del testador. Según derecho, el legado universal no es incompatible con una donación de bienes presentes pero en cuanto al hecho? La testadora que hace donación de todos sus bienes ¿piensa en sostener el legado por el cual había dispuesto de todos ellos? ¿Sabe, como lo suponen los tribunales, la diferencia que hay entre legado universal y donación universal de bienes presentes? Se declaró que no había habido revocación. (2)

236. Hay una diferencia, en lo tocante á la revocación entre legado posterior y donación posterior. Si el segundo legado hecho á la misma persona, comprende menos que

1 Denegada, 15 de Noviembre de 1841 (Dalloz, núm. 4,264).

2 Denegada, 27 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 257).

el primero, fácilmente se verá en ello una incompatibilidad, á pesar del favor con que los tribunales miran generalmente el sostenimiento del primer legado. No sucede otro tanto respecto de una donación posterior, la cual difiere del legado en un punto importantísimo, cual es la irrevocabilidad. Las dos liberalidades son, pues, de naturaleza distinta, y por tanto, no se puede decir que si disponente dona lo que ya legó; puede hacer al mismo tiempo una donación irrevocable y mantener el legado revocable que anteriormente hizo, á salvo modificarle á su voluntad antes de morir. Tal fué lo que con mucho acierto se falló en Burdeos. Esto no quiere decir que la donación nunca revoque el legado anterior; la revocación sigue siendo cuestión de intención, en caso de donación, lo mismo que de legado. ¿Se puede buscar tal intención en circunstancias extrínsecas, por ejemplo, en la correspondencia del donante? El tribunal de Burdeos creyó que era más prudente estarse á los actos que expresan directamente las últimas voluntades del difunto. (1) Hemos examinado la cuestión de derecho más arriba (núm. 156-163). Cuando los actos no dan ninguna luz y es tan difícil comprobar la verdadera intención del difunto, ¿por qué no se habría de recurrir á unas cartas que la hicieran conocer? Este es aun uno de tantos escrúpulos del legista que, en fuerza de querer resguardar la voluntad del disponente, la comprometen. Aplicando estos principios, se ha resuelto que el legado de toda la propiedad de la universalidad de bienes, queda revocado por la donación del usufructo solamente de todos los muebles que han de componer la herencia del esposo donante. El tribunal cuidó de hacer constar que no mediaba ninguna circunstancia formal, en la causa de donde se pudiera inferir una voluntad contraria.

1 Burdeos, 27 de Abril de 1855 (Dalloz, 1856, 2, 116). Compárese con lo resuelto en Dijon á 8 de Diciembre de 1869 (Dallez, 1870, 2, 151).

237. ¿Queda revocado el legado por la institución convencional que hace el testador de todo ó parte de los bienes que deje á su fallecimiento? Si tal institución recae en los mismos bienes que el legado, aplicanse los principios que acabamos de exponer respecto de la donación. En efecto, la institución es irrevocable, lo mismo que la donación entre vivos, en lo que mira al derecho de disponer á título gratuito de bienes que están comprendidos en ella. El donante no puede disponer por testamento de los bienes que son objeto de la institución convencional. Ahora bien, el testamento hecho antes de la institución no produce efecto más que á la muerte del testador, y por tanto caduca, puesto que el testador no puede legar lo que ya donó. (1) No hay más excepción que respecto de los presentes moderados que el artículo 1,083 permite al instituyente que haga á título de recompensa ú otro: esos presentes quedan subsistentes en virtud de la aplicación del mismo principio que revoca las otras liberalidades por causa de muerte; todas ellas se reputan hechas á la muerte del testador; y en ese momento, podía hacer legados módicos, en tanto que no podía disponer de los bienes que ha donado por contrato de matrimonio; subsisten, pues, los legados módicos, y los otros legados llegan á caducar. (2)

También caduca la institución convencional si el instituido muere antes que el donante, puesto que se hizo á condición de que sobreviviera. Hay que aplicar, pues, lo que hemos dicho de las disposiciones condicionales hechas por el testador: siendo condicional la disposición lo es también la revocación. De allí se sigue que si caduca la institución por el fallecimiento anterior del donatario, no

1 Duranton, t. 9º, pág. 449, n.º 449 y todos los autores. La jurisprudencia está en el mismo sentido. Denegada, 16 de Noviembre de 1816 (Daloz, n.º 4,219) y los fallos citados en las notas siguientes.

2 Denegada, 19 de Julio de 1847 (Daloz, 1847, 1, 308). Paris, 13 de Mayo de 1815 (Daloz, n.º 4,235).

hay revocación. (1) Lo cual no sucedería si la intención fuera nula; es menester aplicar entonces por analogía lo que el artículo 1,038 dice de las enajenaciones nulas; que no importan revocación; mas la institución convencional es una enajenación, por ser la institución de un heredero por contrato, y es irrevocable en cuanto á que implica la voluntad de enajenar, según la doctrina consagrada por el artículo 1,038. (2)

III. De la revocación por la destrucción del testamento.

238. El código no habla de la revocación del testamento que resulta de que le haya aniquilado el testador, rasgándole, destruyéndole, testándole ó borrándole. Esto se admitía en el derecho antiguo, y era inútil una disposición legal para consagrar ese medio de revocación; resulta implícitamente de la definición del testamento, es un acto solemne que no existe sino cuando hay un escrito hecho con las formalidades de la ley (art. 893); si no hay tal escrito, no hay tampoco testamento.

Se pregunta si cualquier distinción del documento ha de producir verdadera revocación del testamento, ó si es una anulación. Domat dice que si el testador rasga el original de su testamento, ó si raya ó turba las firmas, ó de cualquier otra manera pone el testamento en condiciones de que por causa de los borrones ó raspaduras parezca que tuvo intención de *aniquilarle*, quedará *nulo*. (3) Conforme á estos principios, el tribunal de Lieja resolvió que un testamento que no existe no puede ser revocado. (4) Cierto que hay diferencia entre la destrucción y la revocación propiamente dicha de un testamento, puesto que con la revocación subsiste, mientras que no existe ya cuando le des-

1 Caen, 25 de Noviembre de 1847 (Dalloz, 1848, 2, 129). Rennes, 28 de Marzo de 1860 (Dalloz, 1861, 5, 431).

2 Pau, 26 de Febrero de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 132).

3 Domat, *De las leyes civiles*, libro 3º, tít. 1º, pts. 4 y 21.

4 Lieja, 28 de Febrero de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 58).

truyó el testador. Sin embargo, tal destrucción implica un cambio de voluntad, y vamos á ver cuánto conviene mantener este principio. El instrumento que se destruye tuvo existencia más ó menos prolongada, hubo pues testamento; el testador había dispuesto de sus bienes, y cambió de voluntad destruyendo el instrumento que contenía su última voluntad; hay pues revocación.

239. ¿Cuándo hay destrucción del testamento? Esta es una cuestión de hecho. Es menester añadir que la destrucción debe implicar la voluntad de revocar. El hecho material de la rasgadura ó de la raspadura no basta; si el testador destruyera el testamento por accidente ó por imprudencia, no habría revocación, sino que sería válido el testamento aun rasgado. Con mayor razón habrá de subsistir si le hubiese destruido un tercero sin haber recibido la orden del testador.

La jurisprudencia, que no es favorable á la revocación, ha consagrado este principio en casos en que era cierta la destrucción material, pero no completa; mas para que haya revocación por destrucción de testamento, es menester que no haya instrumento. Se ha resuelto que la rasgadura de un testamento, la raspadura de todo ó parte de las disposiciones que contiene, no traerá consigo revocación si no cuando no haya duda sobre la intención del testador de revocar su testamento. El principio nos parece indiscutible; la ley no define la destrucción, no establece ninguna presunción de revocación, y así se continúa bajo el imperio de los principios generales. En el caso, había dos rasgos de lápiz trazados sobre una disposición que se sostenía haber quedado anulada ó revocada á consecuencia de esa testadura. El tribunal resolvió que no había destrucción ni aun parcial del testamento. Comenzaba el testador por decir que instituía por sus únicos y solos herederos á Fulano y á sus dos hijos, dando por motivo de tal

institución, la gratitud que debía á la familia. Después añadía: "A quien doy los bienes *muebles* é *inmuebles* que compongan mi sucesión." Finalmente encargaba á sus herederos testamentarios que ejecutaran las disposiciones que había hecho en favor de legatarios particulares. Se halló un rasgo de lápiz que atravesaba las palabras *muebles* é; y de aquí se quería inferir que la disposición en cuanto á los bienes muebles había sido anulada. Esto habría sido cierto si el testador hubiese raspado las dos palabras de donde resultaba la disposición; pero el rasgo de lápiz pasaba por la palabra *muebles* sin borrarla toda, sino que llegaba hasta la é de la última sílaba, y el segundo rasgo no estaba sobre la conjunción y, sino antes y casi por debajo de ella; además, este rasgo era tan poco visible, que apenas se le distinguía á primera vista. El tribunal dedujo de aquí que tales rasgos de lápiz carecían de la fuerza, de la energía, de la autoridad, en una palabra, de los caracteres de una verdadera testadura que pudiera equivaler á una revocación expresa y que no implicaban cambio de voluntad en el testador. Este último punto era esencial; el fallo prueba que la unulación de la disposición del mobiliario habría destruido toda la economía del instrumento; en efecto, si se la hubiere admitido, se habrían devuelto *ab intestato* los muebles á dos parientes próximos del testador, á quienes positivamente éste había querido desheredar, puesto que ni siquiera los nombraba en su testamento. Esto habría sido, pues, admitir una revocación contra la voluntad del disponente, lo cual implica contradicción. (1)

En un caso ocurrido ante el tribunal de Nancy, el testamento estaba rasgado en un tercio de la hoja de papel que le contenía y la rasgadura atravesaba la firma del testador; además, el testamento se había hallado entre los papeles de desperdicio. Sin embargo, fué sostenido. La ras-

1 Metz, 15 de Marzo de 1853 (Dalloz, 1853, 2, 21).

gadura, dice la sala, podía ser accidental; hubiera sido menester que hubiese sido resultado de la voluntad del testador y de su intención de destruir el documento. En cuanto al hecho de que se hallara el testamento entre los papeles viejos, no constituye más que simple presunción, insuficiente para declarar la revocación. (1) Nos parece que la rasgadura, junto con el hecho de haberse puesto el testamento entre los papeles viejos, probaba suficientemente la intención de revocarle: ¡acaso un testador que quiere mantener su testamento le rasga y le deja entre los papeles viejos?

Queda una dificultad de prueba. El legatario produce un testamento rasgado; ¿debe él probar que la rasgadura fué accidental y que no importa revocación? El tribunal de Lieja declaró afirmativamente, y con razón. Toca al demandante probar el fundamento de su demanda, y no es probar la existencia de un legado presentar un testamento rasgado, por poder ser la rasgadura una revocación ó un hecho accidental, y poder haber duda acerca de la existencia del testamento; y la duda excluye la prueba. (2)

240. ¿Se aplican estos principios al testamento auténtico? Dicho testamento se recibe en minuta, y por consiguiente, ésta sería la que debería destruir el testador. La destrucción de la copia, aun cuando fuera de la original, sería ineficaz, puesto que todavía quedaría la minuta, que es el verdadero testamento. Ahora bien, la minuta no está en poder del testador, sino que la debe conservar el notario, á quien le está prohibido desprenderse de ella. El artículo 22 de la ley de 25 ventoso, año XI, es terminante: "Los notarios no podrán desprenderse de minuta alguna, si no es en los casos exceptuados por la ley y en virtud de mandamiento judicial." Y no hay ley que permita á los

1 Nancy, 11 de Junio de 1842 (Dalloz, núm. 4,283).

2 Lieja, 3 de Agosto de 1870 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 122).

notarios entregar al testador la minuta del testamento. Se ha citado el edicto de 1693, conforme al cual los particulares podían sacar, cuando lo tuviesen á bien, sus testamentos. Esta disposición era muy lógica, pero fué abrogada por el código civil, y no hay otra que sea excepción de la ley de ventoso. Tal fué lo que resolvió en Francia un dictamen del consejo de estado de 7 de Abril de 1821. El consejo de estado añadió que la prohibición de la ley de ventoso no coarta en manera alguna la libertad de los testadores, puesto que pueden revocar su testamento sea por instrumento autorizado, sea por testamento ológrafo. (1) Siempre quedará en pie que el legislador debía permitir á los notarios que se desprendieran de los testamentos; á decir verdad, éstos no son instrumentos, sino proyectos de tales, que el testador puede revocar de un momento á otro; no hay, pues, razón para tenerlos en depósito, contra la voluntad del testador.

241. El testamento cerrado puede quedar en poder del testador (t. XIII, núm. 405); éste es, pues, libre para destruirlo. ¿Basta con que rompa el sello? Segundo el código, el sello es una de las formalidades sustanciales del testamento cerrado (t. XIII, núm. 394); por tanto, el testamento cerrado, sin sello, no puede existir. Podría valer como ológrafo, en estando escrito, fechado y firmado por el testador. Si un tercero llegara á abrir la cerradura sin conocimiento del testador, no quedaría destruido, en el sentido legal de la palabra, el testamento, puesto que no habría habido intención de revocarle. Se admitiría al legatario la prueba de ese hecho por testigos y presunciones, ya que se trata de un delito ó cuasidelito; y el artículo 1,348 permite que se prueben indefinidamente por testigos las obligaciones que nacen de un delito ó de un cuasi-delito, y

¹ Troplong, t. 2º, pág. 238, núm. 2,114. En sentido contrario, Toullier, t. 3º, 1, pág. 363, núm. 659,

cuando se admite la prueba testimonial, se admiten igualmente las presunciones (art. 1,353).

Sobre estas cuestiones hay un fallo de casación que nos parece indiscutible. Un sacerdote otorga testamento cerrado en 1791, y emigra en 1792; en virtud de la ley de 22 fructidor, año III, los legatarios piden la entrega de sus legados y proceden á la apertura del testamento. Vuelve el sacerdote á Francia, y es puesto en posesión de sus bienes, por haber quedado sin ejecutar los fallos dictados durante el tiempo de su emigración, hasta que muere en 1808. Entonces surge la cuestión de si podía tener valor el testamento cerrado estando abierto. Se resolvió en Toulouse que, pues el testador supo que se había abierto su testamento y no dijo nada, se apropió con esto el hecho de la apertura y por lo mismo quedó revocado el testamento. Esta resolución fué casada. La sala parte del principio de que la apertura de un testamento cerrado no importa anulación sino cuando el mismo testador la hace ó ordena que otro la haga; y que sólo en ese caso, puede decirse que cambió de voluntad el testador. En el caso de que se trata, se había hecho la apertura sin participación del testador, y así no podía revocar el testamento, ni su silencio podía considerarse como revocación. (1) También nosotros creamos que debía llevarse á cabo el testamento, pero por otros motivos. El testamento había sido abierto durante la ausencia del testador, á petición de los legatarios, en presencia de los herederos legítimos y conforme á una ley. Era, pues, legal la apertura; ¿y una apertura legal puede menoscabar la validez del testamento? Además, si éste era válido, el silencio del testador ciertamente no le podía invalidar.

242. El testamento ológrafo queda siempre en poder del testador. Si ha sido rasgado ó destruido de cualquier ma-

1 Casacón, 30 de Mayo de 1812 (Dalloz, núm. 3,348).

nera por él, habrá revocación. Esto es indudable, pero puede no serlo cuando el testador fué quien destruyó el testamento; de ahí las dificultades de prueba que hemos examinado, (1) en lo relativo á la parte á quien toca probar. El medio de prueba engendra una nueva dificultad: ¿se admitirán la testimonial y la de presunciones para demostrar que la rasgadura fué obra, ya del testador, ya de un tercero?

La sala de casación resolvió pue el principio establecido por el artículo 1,035 sobre la revocación expresa, debe aplicarse por analogía á la que resulta de la destrucción del testamento, es decir, que no pudiendo hacerse la revocación por la declaración expresa de la voluntad del testador, importaba también que fuese expresa la revocación por destrucción, en cuanto á que se probara esto por escrito. Sería imposible, dijo la sala, admitir, por una parte que la ley prohíbe el tener por revocado un testamento, mientras no se pruebe el hecho por medio de un escrito solemne, y, por la otra, que permite que el tal hecho quede comprobado por medio de presunciones. (2) Nos parece que la sala confunde dos cosas de naturaleza esencialmente distinta. Cuando se cree que un testamento fué revocado conforme al artículo 1,035, el instrumento que manifiesta la voluntad del testador subsiste íntegro y debe producir su efecto, á menos que se pruebe que el testador cambió de voluntad y la ley no admite otra prueba que un testamento posterior ó un instrumento auténtico; la revocación, en este caso, es acto solemne. La cuestión es muy distinta cuando el legatario invoca un testamento rasgado. No hay instrumento, ni en consecuencia testamento, cuando el testador fué quien le destruyó; mientras que sí le habrá, cuando la

1 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 199, núm. 187.

2 Casación, 5 de Mayo de 1824 (Dalloz, núm. 4,291). Compáreselo á Merlin, *Repertorio*, palabra *Revocación de testamento*, pfo. 4º, núm. 1 (t. 30, pág. 60).

destrucción fué de otro. ¿Sobre qué recae, pues, el debate? Sobre un hecho material, el de la destrucción. ¿Quién la verificó, el testador, ó un tercero? La prueba por escrito de este hecho sería las más de las veces imposible; el tercero que destruye el testamento se cuidará muy bien de acreditarse por medio de un instrumento su delito ó su quasi-delito; el testador mismo que ocurre á la destrucción para que desaparezca el testamento, no tiene razón para producir una prueba escrita. Hay más: la revocación propiamente dicha es acto solemne; (núm. 180) no se podría admitir la prueba de ella por los medios ordinarios, porque la forma no se ha prescripto para la prueba, sino para la existencia del acto. En tanto que la revocación por la destrucción del testamento no es ciertamente acto solemne sino un hecho material; se trata de probar ese hecho y, si procede, la intención del testador. Cuestión de prueba es ésta, y por lo mismo hay que aplicar el derecho común. Ahora bien, es un principio como lo veremos en el título de las *Obligaciones*, que los hechos materiales se prueban con testigos, y por tanto, con presunciones. Esto es decisivo. (1)

243. Análoga es la cuestión que ocurre cuando hay varios originales de un testamento ológrafo. Destruye el testador uno de ellos, conservando el otro: ¿hay revocación? Generalmente, no. Si hay un testamento arreglado, debe ejecutarse á menos que se pruebe que le revocó el testador. ¿Cómo se formará tal prueba? Con arreglo al derecho común; pero cuál es el derecho común? Se trata, como en la cuestión que acabamos de examinar, de un hecho material qué probar? No, el hecho material de la destrucción de uno de los originales no se ha puesto en duda, y de él se quiere deducir que está revocado el testamento. El debate recae, pues, sobre un punto de revocación, y por

1 Lieja, 3 de Agosto de 1870 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 122).

lo mismo hay que resolverle conforme al artículo 1,035. En un caso semejante se dió el fallo de casación que hemos creido deber practicar (núm. 242); la sala resolvió bien desecharando la prueba testimonial y de presunciones, pero su resolución estuvo mal motivada. Había que decir que no se trataba de una cuestión de prueba, puesto que el hecho que se debía probar no podía establecerse por instrumento solemne; la ley no admite más que dos medios de revocar el testamento: ó un instrumento auténtico; ó un testamento posterior; cualquiera otra prueba es, pues, inadmisible. ¿Se dirá que el artículo 1,035 no habla más que de revocación expresa y que la que se produce con la destrucción del testamento, es revocación tácita? Sí, cuando haya habido destrucción; pero el testamento no se ha destruido, puesto que se presenta un instrumento arreglado; luego no se puede establecer la revocación por la destrucción del testamento, y en consecuencia se vuelve al imperio del derecho común, el cual, en punto á revocación de testamentos, es el artículo 1,035, por estar fuera de la discusión la revocación establecida por los artículos 1,036 y 1,038. (1)

244. Ocurrió un caso singular, en el cual se admitió la revocación, sin embargo, de que sólo dos de los tres originales que tenía hechos suprimió la testadora. Si no suprimió el tercero, fué á consecuencia de maquinaciones fraudulentas practicadas por otro hermano de la testadora legataria. He aquí los hechos que tomamos textualmente del fallo del tribunal de Caen. La testadora borró los dos ejemplares que tenía en su poder, y el otro se le había confiado á un eclesiástico. Este manifestó á la testadora que él quemaría el original que tenía en depósito. La testadora, dice el tribunal, debió de creer que el eclesiástico había

1 Duranton, t. 9º, pág. 465, núm. 468. Demolombe, t. 23, página 225, núm. 249 y los autores que cita. Véase en sentido contrario, à Toullier, t. 3º, I, pág. 368, núm. 664).

cumplido su promesa, pues no le permitía exigir más garantía que la palabra, la confianza que tenía en aquel hombre. Pero faltó á lo ofrecido, y muerta la testadora, entregó á su hermana el testamento; el fallo dice que el eclesiástico obedeció los consejos de sus suposiciones; lo cual quiere decir que personas distintas de la legataria debían aprovecharse de los bienes legados. Constaba, pues, el fraude; si todavía quedaba un ejemplar del testamento, era por las maquinaciones fraudulentas del eclesiástico. ¿Qué influencia debería ejercer en la validez del testamento? "No se podría admitir, dice el tribunal, sin llegar á consecuencias que rechazan la equidad y la razón, que un legatario que había practicado hechos culpables para conservar un testamento que el estador debía creer destruido, pudiese aprovecharse de su fraude." Es de principio que el fraude constituye excepción de toda regla; el que no tiene más título que á virtud de un fraude, no puede prevalecer de él para consumar el fraude, lo cual sería estimular las maquinaciones culpables que con bastante frecuencia desponjan á los herederos legítimos. (1) Se podría objetar que no habiendo sido obra de la legataria las maquinaciones, no tenían los herederos acción contra ella; pero el fallo responde haciendo constar que la legataria había sido cómplice en las maquinaciones.

245. La destrucción no puede ser más que parcial; en este caso, la revocación será también parcial. Se resolvió que si el testador borra el nombre del legatario universal que eligió al principio, queda sin efecto el legado, pero subsisten los particulares hechos en el mismo testamento bien que estos legados se hayan dejado á cargo del legatario universal. Conforme á nuestro derecho moderno, la revocación del legado universal no extraña la de los particu-

1 Caen, 4 de Junio de 1841 (Dalloz, núm. 4,291, 3º). La decisión está aprobada por todos los autores (Troplong, núm. 2,113; Demolombe, t. 22, pág. 227, núm. 250).

lares; los cuales son carga de la herencia y deben pagarse por el que la reciba. (1) Conforme á derecho, esto es indiscutible; pero la revocación siempre da lugar á una cuestión de intención. Puede suceder que el testador que revoca el legado universal, entienda revocar todo el testamento; los que reciban la herencia ¿serán admitidos á probar que la intención del difunto fué la de revocar todo el testamento, aunque no haya borrado más que el nombre del legatario universal? Así lo creemos. El artículo 1,035 no es aplicable al caso, por no representarse un testamento arreglado en su forma, en el cual hay una alteración esencial, y el nombre del heredero instituido desapareció. ¿Qué significación tiene esa testadura? Tal es la cuestión. La misma que presenta cualquier hecho de destrucción; ese hecho no prueba por sí mismo la voluntad de revocar. Siempre faltará, pues, que interpretar el hecho, y esa interpretación se debe hacer conforme al derecho común.

IV. ¿Hay revocación por supervivencia de hijo?

246. He aquí una de aquellas cuestiones que no se deberían discutir, por resolverlas la ley. Es lo que el tribunal de Nimes reprobó perfectamente. (2) En derecho antiguo se discutió el punto; pero poco nos importan esas controversias, en que sólo hay historia. Abramos el código, que determina las maneras de revocar los testamentos, exigiendo una declaración de voluntad expresa ó tácita. Ahora bien, cuando la ley pronuncia la revocación de las donaciones por causa de supervivencia de hijos, no hay ánimo de revocar por la excelente razón de que la ley no admite la revocación de las donaciones por la voluntad del donante. El artículo 960 es, pues, una disposición ex-

1 Limóges, 12 de Junio de 1852 (Daloz, 1853, 2, 229).

2 Nîmes, 17 de Febrero de 1840 (Daloz, núm. 4,314, 2º). Limôges, 8 de Marzo de 1843 (Daloz, núm. 4,314, 1º).

cepcional y, como tal, de la más rigurosa interpretación. ¿Era de extendérsela á los testamentos? No, porque éstos son revocables; y así, cuando sobreviene un hijo al testador, sólo á éste toca revocar el legado que hizo; si no le revoca, es porque quiere mantenerle, ¿y por qué revocaría de pleno derecho el legislador liberalidades que el testador no quiere revocar? El tenor literal de la ley prueba que no fué tal la intención de los autores del código. Según el artículo 1,046, "las mismas causas que, según el artículo 954 y las dos primeras disposiciones del 955, autorizan para pedir la revocación de la donación entre vivos, se admiten para pedir la revocación de las disposiciones testamentarias." Vése que la ley no declara aplicable á los legados la causa de revocación prevista por el artículo 960; esto es decisivo.

Hay, no obstante, un caso en el cual habría debido extender el legislador á los testamentos, la revocación que admite para las donaciones cuando sobreviene un hijo al donante; y es cuando muere el testador ignorando que su mujer está en cinta. Se puede decir entonces que no habría dado sus bienes á extraños ó colaterales á haber sabido que le sobrepondría un hijo. Tal era la opinión de Pothier, y el tribunal de Donai consagró esta doctrina. (1) A pesar del apoyo que le han prestado algunos autores, la desechamos sin vacilar. ¿Puede haber revocación sin que el testador haya expresado voluntad de revocar? Sería una revocación en virtud de la ley, y no hay ley que la declare. El tribunal de Limojes dijo que el testamento es nulo por error; Troplong dice que cesa la causa de la liberalidad: (2) es la expresión de una misma idea, é idea falsa. No hay error, puesto que el testador quiso gratificar á las personas á quienes legó sus bienes; por lo mismo no se pue-

1 Donai, 30 de Enero de 1843 (Dalloz, núm. 4,314, 3º).

2 Troplong, t. 2º, pág. 276, núm. 2,209. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 238, núm. 364.

de decir que cesa la causa de la liberalidad; no hay otra, así en materia de legados como de donaciones, que la voluntad de donar, y así el legado es válido. Sólo el legislador habría podido revocarle, y no lo hizo.

247. Se ha citado también el artículo 960 para inferir de él que la adopción revocabía las liberalidades anteriores. Esto no tiene sentido. Se trata de una voluntad presunta del donante, quien no habría donado si hubiese previsto que había de ser padre. ¿Qué tiene de común con la ficción de la adopción, el sentimiento profundo de la paternidad? Se ha invocado otro motivo de revocación también poco fundado. La adopción es una enajenación, se ha dicho, puesto que asegura al adoptado la herencia del adoptante, tanto como la institución convencional. Si; pero es ésta, la voluntad del donante es la que dispone de sus bienes y la que por ende revoca los legados anteriores; mientras que en la adopción, la ley es la que decide que el adoptado sucederá al adoptante. (1) Creemos inútil insistir en esto.

§ II. DE LA REVOCACIÓN POR EL HECHO DEL LEGATARIO.

Núm. 1. *De la revocación por inejecución de las cargas.*

248. Conforme al artículo 953, la donación entre vivos puede revocarse por causa de inejecución de las condiciones con que se hizo; el artículo 954 determina los efectos de la revocación. Esta causa de revocación la admiten también las disposiciones testamentarias en virtud del artículo 1,046. Hemos dicho, al explicar los artículos 953 y 954, que la revocación de las donaciones por inejecución de las condiciones ó cargas es la aplicación á las donaciones de la condición resolutoria tácita que la ley sobreentiende en los contratos sinalagmáticos, para el caso en que-

1 Motpellier, 30 de Agosto de 1842 (Daloz, palabra *Adopción*, número 202).

una de las dos partes no cumpla lo que ofreció cumplir. Puesto que la ley pone los legados en la misma línea que las donaciones, es menester suponer que entre el heredero deudor del legado y el legatario, interviene un concurso de consentimiento que la ley asimila á un contrato sinálagmático: el heredero se obliga á entregar la cosa y el legatario á cumplir la carga que viene con el legado. Si el legatario no cumple, ¿qué derechos tendrá el heredero? Hay que responder con el artículo 1,184 que la parte en cuyo perjuicio no se ha ejecutado lo convenido, puede escoger ú obligar al legatario á ejecutar la carga, ó pedir la revocación del legado. Tales son los principios que resultan de la combinación de los artículos 1,184, 953 y 1,046.

249. *Qué se entiende por inejecución de las condiciones?* Esta expresión implica una carga más bien que una condición propiamente dicha; el legatario está obligado á dar ó hacer alguna cosa; esta carga es una obligación que contrae al aceptar el legado; si no la cumple, puede el heredero deudor del legado obligarle á ello cuando es posible la ejecución forzosa de la presentación; ó bien, á su elección, pedir la revocación del legado. La jurisprudencia entiende mucho la idea de condición ó carga. Se ha resuelto que si el marido hace á su muger un legado, en razón de su carácter de esposa y de la amistad que los une, y si la muger introdujo la desunión en la familia, pidiendo y obteniendo el divorcio, há lugar á la revocación por causa de inejecución de las condiciones. (1) A decir verdad, no había carga, en el caso, puesto que no había ninguna prestación impuesta al legatario; y donde no hay obligación que cumplir, no puede haber cuestión de condición resolutoria.

250. *¿Quién tiene acción contra el legatario?* Puesto que la ley supone la existencia de un contrato bilateral, es menester decidir que la acción no pertenece sino á aquél

1 Denegada, 24 de Agosto de 1819 (Daloz, núm. 4,292, 1º).

que se reputa acreedor contra el legatario deudor de la carga. La doctrina va más lejos; ella reconoce el derecho de obrar, no sólo al deudor del legado que, según la teoría de la condición resolutoria, es el acreedor, sino también á los herederos *ab intestato* y al ejecutor testamentario. Dejemos á un lado al ejecutor testamentario, puesto que más adelante trataremos de los derechos que le confiere el mandato que le otorgó el testador. Cuanto á los herederos legítimos es indiscutible su derecho cuando están encargados de pagar el legado gravado con la carga, y entonces es cuando se forma el contrato entre ellos y el legatario. Pero si los herederos legítimos quedan excluidos por la institución de un legatario universal que tiene la posesión, no hay vínculo jurídico alguno entre ellos y el legatario, ningún contrato, y en consecuencia, ni deudor ni acreedor. En este caso, hay que suponer que la ley establece un vínculo de obligación entre los herederos legítimos y el legatario universal. Este tiene el deber, por la aceptación de su legado, de cumplir las cargas anexas á él; y si es deudor, es menester que haya un acreedor que pueda obligarle á desahogar la carga. La equidad conduce á esa consecuencia; si los herederos carecieran de acción, podría el legatario faltar impunemente á sus deberes, y quedaría sin ejecutar el artículo 1,046. Mas no basta la equidad para dar una acción, es preciso también que tenga el donante derecho á interes para obrar. El interés de los herederos *ab intestato* es evidente; en efecto, si el legatario no cumple con la carga, pueden pedir la revocación del legado, y entonces la cosa legada vuelve á la herencia *ab intestato* y pertenece á los herederos legítimos. Este interés constituye también su derecho. Aunque desheredados, conservan uno eventual á la herencia; todo lo que no está legado les pertenece; los legados caducos vuelven á la herencia si no hay un legatario, deudor del legado, que se aproveche de

la caducidad. Teniendo un derecho eventual á las cosas legadas si se declara la revocación del legado, tienen, por lo mismo, derecho para exigir que se ejecute la carga, y, en caso contrario, que se revoque el legado. En cuanto á la objeción, que el legatario podría oponerles de que no son acreedores, puesto que no contrajo ningún compromiso con relación á ellos, se halla contestada en el texto de la ley: el código establece una acción de revocación, y debe por tanto concederla á los que tienen interés en ello. Llegamos á la consecuencia de que todos los que se aprovecharen de la revocación del legado tienen derecho para intentar la acción de revocación y, por lo mismo, la acción para que se ejecuten las cargas.

En este sentido se ha formado la jurisprudencia, (1) así como la doctrina. (2) Cuando la carga constituye una fundación en favor de terceros beneficiarios, éstos no tienen acción de revocación, y la autoridad que los representa sólo tiene derecho de pedir que se ejecute la carga. Tal es una fundación hecha en favor de los niños huérfanos; la carga fué impuesta á los hospicios legatarios; los niños que están en el caso de aprovechar la fundación están representados por el cuerpo municipal. Este tiene acción para pedir que se ejecute la carga; pero no la tendría para pedir la revocación del legado hecho á los hospicios, porque no son los pobres representados por aquella corporación los que se aprovecharán de la revocación, sino los herederos, ó, en términos más generales, los deudores del legado; siendo ellos los únicos interesados, ellos son los únicos con derecho á obrar. (3)

251. Las partes interesadas no pueden pedir la revoca-

1 Grenoble, 16 de Mayo de 1842 (Dalloz, n.º 3 539). Denegada, sala de lo civil, 19 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 297).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 649, pfo. 715, pág. 211, pfo. 727.

3 Lyon, 29 de Agosto de 1853 (Dalloz, 1854, 2, 187 y denegada, 19 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 297).

ción sino cuando el legatario no ejecuta la carga. Cuando ésta consiste en hacer, se presentan sus dificultades. El artículo 1,142 dice que toda obligación de hacer se resuelve en daños y perjuicios en caso de que no cumpla el deudor. Esto no quiere decir que necesariamente deba el acreedor contentarse con los daños y perjuicios, sino que tiene derecho de exigir la ejecución directa de la obligación contraída por el deudor. En este sentido hay que entender el artículo 1,144, según el cual el acreedor puede estar autorizado, en caso de no ejecución, para ejecutar por sí mismo la obligación á expensas del deudor; no es una facultad que la ley concede al juez y de la cual podría no usar, sino un derecho que el acreedor ejerce y cuya ejecución debe procurar el juez. Volveremos á estos principios en el título de las *Obligaciones*.

El caso ocurrió en casación. Se había hecho un legado á los hospicios de Lyon, con la carga de recibir á doce pobres, hijos legítimos de la población de Belleville para que fueran mantenidos allá hasta la edad en que pudieran ser puestos en un oficio. El municipio de Belleville, representante legal de los agraciados, pidió la ejecución de la carga; los hospicios, reconociendo la extensión de las obligaciones que se les impusieran, pretendieron sostener que había llegado á ser imposible la ejecución de la carga en razón de los cambios notables que el curso del tiempo y el número siempre creciente de los indigentes y de los enfermos que demandaban auxilio, habían hecho necesario introducir en el régimen interior de las casas afec-
tas á los pobres; y pidieron que se sustituyera aquella carga con una renta anual que se pagara á los agraciados. Los herederos habían quedado fuera de litigio, pues no se podía tratar de la revocación del legado; y entonces el municipio de Belleville pidió que, aplicándose el artículo 1,144 le autorizara el tribunal para ejecutar la carga á ex-

pensas del deudor. Era su derecho estricto. El tribunal de Lyon desechó, no obstante, la demanda, por consideraciones de hecho que nos parecen insuficientes frente al derecho consagrado por el código civil. "La obligación, dice, es de naturaleza compleja y de extensión ilimitada; y no se podría, sin abrir paso á las complicaciones y acaso á los abusos, abandonar al municipio de Belleville el cuidado de su ejecución ilimitada y necesariamente arbitaria que, por otra parte, no satisfaría de una manera completa la mente del testador." El tribunal concluye que es el caso de atenerse á la aplicación de daños y perjuicios.

La sala de casación mantuvo aquella resolución, (1) confirmándola por motivos que menos podemos aceptar. Niega el derecho del acreedor y, según ella, el artículo 1,144 da á los jueces una facultad de que pueden usar ó no, conforme á las circunstancias. Volveremos al asunto de derecho en el título de las *Obligaciones*. Nos parece que había otro motivo para denegar la demanda del municipio de Belleville. El representaba á los agraciados, ó sea á los niños pobres que, conforme al testamento, debían recibirse en los hospicios. ¿Tienen los beneficiarios carácter para pedir que se les encargue la ejecución de la fundación establecida en su favor? Los herederos eran los únicos que tenían derecho de proceder, ora para la ejecución de la fundación de los hospicios, ora para la revocación del legado; pero dado su silencio, debía arreglarse por la administración la manera de ejecutar la carga; los tribunales eran incompetentes, puesto que quienes verdaderamente tenían derecho no eran parte en el litigio.

252. Según el artículo 1,184, la revocación debe pedirse en justicia y puede concederse al defensor un plazo conforme á las circunstancias. De allí concluyó la sala de casación que los tribunales tienen un poder de apreciación en lo que mira á las condiciones impuestas á los legata-

rios. Las hay, dice la sala, que son principales y cuya observación es imperativa; y otras de menor importancia, y cuya omisión no podrí^a producir necesariamente la revocación de las disposiciones. (1) Esta distinción es muy equitativa, pero mucho dudamos que se funde en derecho. Los artículos 1,184, 953 y 1,046 conceden la acción de revocación al acreedor siempre que el deudor no cumpla con su obligación, sin distinguir si sus obligaciones son más ó menos importantes. Tratándose de las convencionales, el juez está ligado por el contrato que es la ley de los contratantes, y tiene deber de respetarla, sin poder ciertamente denegar la resolución, por la razón de que la obligación que no se ha ejecutado es de poca importancia; pues la única facultad que le da la ley, es la de conceder un plazo al deudor. Esta teoría de la resolución se aplica también á los legados; siguiéndose de aquí que en materia de legados, no más que en la de contratos, no tiene el juez facultad alguna discrecional. Verdad es que hay diferencias entre los legados y los contratos; cuando se resuelve un contrato, el acreedor interesado es el que se aprovecha; por mejor decir, se ponen las cosas en el mismo estado que antes de existir la obligación. Muy distinto es el efecto de la revocación del legado; es imposible reponer las cosas al mismo estado, porque ya el testador no vive cuando se declara la revocación y él no es el que se aprovecha de ella, sino sus herederos; cuando éstos son desheredados, puede ser la revocación absolutamente contraria á la mente del testador: ¿quiso él que los parientes á quienes excluyó de la herencia reciban los bienes legados con preferencia al legatario que no cumple con las condiciones? Esto es poco probable, á lo menos debería tomarse en consideración la importancia de las condiciones que no se han ejecutado. Había debido, pues, el legislador, distinguir como lo hizo la sala

1 Denegada, 27 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, I, 264).

de casación; sólo él tenía facultad para hacerlo, el intérprete está ligado por la ley.

En el caso resuelto por la sala de casación, la testadora había escrito en su testamento: "Quiero que se me entierre junto á mi hijo." Apenas se puede decir que ésta fuera una carga impuesta al legatario universal; los herederos, que se hallaban presentes, mientras el legatario estaba ausente, habrían debido cumplir con ese deber de piedad, y nada hicieron. A su vuelta, el legatario dió los pasos para obsequiar el deseo de la testadora; parece que no desplegó mucho celo en ello, puesto que transcurrieron cinco años sin que se verificara la exhumación. Entonces la administración municipal entregó para nuevos sepulcros el terreno en que se había enterrado á la difunta; y habiéndose confundido las osamentas, llegó á ser imposible la ejecución de la carga, si carga era. El tribunal de Riom reprocha al legatario cierta indolencia y una lentitud lamentable para la ejecución de las disposiciones testamentarias de su bienhechora; pero, dice, no se le podría imputar el pensamiento impío de no obsequiar el deseo de la testadora. El tribunal concluye que sería injusto revocar el legado, cuando la inhumación se hubiese hecho sin el concurso del legatario y que al fin éste se había visto en la imposibilidad de ejecutar la última voluntad de la difunta. El fallo agrega, y aquí la resolución es dudosa, que el artículo 956 deja á los tribunales cierta libertad de apreciación cuando se trata de declarar la revocación de un testamento por inejecución de las condiciones. Es menester, dice el tribunal, cuidar de no infringir la voluntad del difunto, so pretexto de asegurarse de su ejecución. Esta última condición va dirigida al legislador. La sala de casación incurrió en error, á nuestro juicio, con reproducirla y fundar en derecho con ella una resolución.

253. Análoga fué una cuestión que ocurrió en el tribu-

nal de Gand. La testadora había ordenado que se hicieran unos funerales por el descanso de su alma; los legatarios estuvieron quince ó diez y seis meses sin cumplir con aquel encargo, creyendo tal vez que el alma de la difunta no estaría pasándola tan mal. Un requerimiento de los herederos *ab intestato* les hizo recordar su obligación. El tribunal de Gand rehusó declarar la revocación, primero, porque la testadora no había fijado ningún término para la celebración de los funerales. Este primer motivo carecía de fundamento sólido; por lo mismo que la testadora no había fijado término, deberían haberse hecho los funerales inmediatamente: ¿se ha de esperar un año para asegurar el descanso del alma de un muerto? Había otra razón, y era decisiva. Los legatarios se dieron prisa para el funeral; y cuando los herederos intentaron su acción de revocación, hacia ya dos meses que se había cumplido con aquella carga; de modo que, aunque tarde, se ejecutó al fin, y el retardo no pareció bastante al tribunal para declarar la revocación. (1)

254. ¿Cuánto tiempo dura la acción de revocación? ¿Cuáles son sus efectos? El código asimila la revocación de los legados con la de las donaciones. Es necesario, pues, aplicar lo que hemos dicho en el capítulo de las *Donaciones*.

Núm. 2. De la revocación por causa de ingratitud.

I. De los hechos que constituyen la ingratitud.

255. El artículo 1,046 declara que son aplicables á las disposiciones testamentarias las causas de revocación que establece el artículo 955 para las donaciones entre vivos, con excepción de la tercera. Conforme al artículo 955, la donación entre vivos no puede revocarse por causa de ingratitud sino en los casos siguientes: 1º, si el donatario atentó contra la vida del donante; 2º, si es culpable para

1 Gand, 9 de Julio de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 315).

con él de sevicia, delitos ó injurias graves. La ley, añade: "Si le niega alimentos." Esta causa de revocación no puede, naturalmente, aplicarse al legatario; pero el art. 1,047 establece una causa particular al legado: "la. *injuria grave hecha á la memoria del testador.*" Hágase dicho con razón que las causas de ingratitud eran, excepto la última, más bien causas de indignidad. Efectivamente, mal podría haber ingratitud antes de haber beneficio; los delitos cometidos en vida del testador bien pueden hacer al legatario indigno del beneficio que le había conferido el testador, pero no pueden hacerle ingrato, porque no recibe el beneficio sino después de muerto aquél. (1) Nos remitimos al capítulo de las *Donaciones* para todo lo relativo á las dos primeras causas de ingratitud, por no derogarlas la ley respecto de los legados. La tercera, ó sea la *injuria á la memoria del testador*, es muy vaga; y no es de admirar que hayan tratado de prevalecerse de ella en todos los casos en que el legatario se mostraba indigno del beneficio del testador; pero esas pretensiones, raras veces han llegado á tener éxito. Vamos á dar á conocer las resoluciones judiciales.

256. Hay casos que no son dudosos, puesto que caen dentro del artículo 955. Una testadora lega á su criada una pensión vitalicia de 200 francos. Algunos días antes de morir la ama, la criada sustrae fraudulentemente á ella cuatro obligaciones de la ciudad de Lyon. Los herederos legítimos piden la revocación del legado por causa de ingratitud. Objétase, en favor de la criada infiel, que se trata de un delito contra la propiedad y que el artículo 955 no puede aplicarse más que á los delitos contra la persona, los únicos que importan verdadera ingratitud. Verdadera vergüenza nos causa ver que tan miserables chicanas se produzcan ante los tribunales. Introdúcese en la ley una

1 Demolombe, t. 22, pág. 247, núm. 277.

distinción que su texto y espíritu rechazan, y eso por excusar una negra ingratitud; una sirviente roba á su ama que no posee más que un débil patrimonio, y hace tal en los momentos de ir á recibir un beneficio inmenso! Es inútil insistir en esto; no hay más que leer la ley para convencerse de que ella comprende á los delitos contra la propiedad, lo mismo que á los delitos contra la persona del testador. Excusado es decir que en este sentido se ha formado la jurisprudencia. (1)

257. ¿Qué deberá decirse cuando se haya cometido el robo después de la muerte del testador? El tenor del artículo 955 no es aplicable, por tratarse de un delito de que se hace culpable el legatario respecto del donante. Tampoco se puede invocar el artículo 1,047, considerando el robo como injuria á la memoria del testador: nada sufre con él la memoria del difunto, sino únicamente los herederos. El tribunal de París, poniendo la moral encima del derecho había revocado una renta vitalicia de 800 francos legada por el difunto á favor de su aya; ésta, constituida en guardián de los niños, correspondió á tanta generosidad y confianza roba do unos bonos de la caja de servicio, otros de la ciudad de Paris, unas letras de cambio, una cantidad de 20.000 francos en oro y varios objetos de plata. Indudablemente, si hubiese sido lícito á los jueces resolver conforme á la equidad, aquella culpable criatura habría merecido que se la afrentara como indigna e ingratitud; pero los tribunales están sujetos á la ley, y la sala de casación se vió obligada á casar el fallo citado por la voz de la conciencia. No hay ley, dijo la sala, que permita revocar los legados por delitos que sólo perjudiquen á los herederos del testador, y añadió una restricción que da á los jueces del conocimiento un medio de conciliar la moral

1 Lyon, 27 de Diciembre de 1866 (Daloz, 1867, 3, 31). Denegada, 24 de Diciembre de 1827 (Daloz, núm. 4,300).

con el derecho. "El despojo que daña á los herederos, dice el fallo, no puede ser causa de revocación de un legado sino cuando el fin ú objeto de ese despojo haya sido el de atentar contra la memoria del testador, exponiéndole al reproche no merecido de discipación ó mala fe por parte de sus acreedores." Esto, á nuestro entender, es ir demasiado lejos. El doméstico infiel que roba la herencia de su amo roba por cuenta propia, y no por ultrajar la memoria del que le agració con un legado. Hay indignidad moral, y el legislador debió haber hecho un caso de indignidad legal. Este es un vacío que conviene señalar; las leyes deben estar en armonía con la voz de la conciencia.

258. Las sustracciones de que es culpable un legatario dan lugar todavía á otra cuestión. Según el artículo 792, "los herederos que hubieren malversado ó ocultado algunos objetos de la herencia, pierden la facultad de renunciar á ella; quedando como herederos pura y simplemente á pesar de su renuncia, sin poder pretender ninguna parte en los objetos distraídos ó ocultados." Se pregunta si esta disposición se aplica á los legatarios universales. Creemos que debe responderse negativamente. Es una disposición penal, y por tanto de estricta interpretación; pero que se halla en el título de las *Sucesiones*, y así no puede extenderse á los *Testamentos*. Sería ineficaz aun para los legatarios que no tienen la posesión, á lo menos conforme á la opinión que hemos sostenido en cuanto al pago de deudas; no estando obligados sino hasta donde concurra el valor de los bienes que reciben, ¿qué les importa perder la facultad de renunciar? Habría sido menester, pues, una disposición especial que para castigarlos, les hubiese impuesto el deber de pagar las deudas indefinidamente. Hay un vacío en la ley que el intérprete debe señalar, pero que tiene prohibición de llenar.

259. La avaricia toma por mil caminos para saciarse, y

es muy común que escape á las prescripciones de la ley. Sin duda, el heredero testamentario que, muerto el testador, destruye ó suprime fraudulentamente un testamento posterior, se hace indigno del beneficio que se atreve á reclamar. Pero esta causa de indignidad no está prevista por la ley; no es un delito contra el difunto, sino que perjudica á los herederos instituidos por el segundo testamento; ni siquiera se puede decir que aquél legatario infiel se haga culpable de una injuria grave á la memoria del testador; impide la ejecución de su última voluntad, y nada sufre con ello la memoria de aquél. (1) Sin embargo, los que habían sido instituidos en el testamento extraviado tendrían acción de daños y perjuicios contra el autor del delito; que tal es el derecho común del artículo 1,382, como en otro lugar lo dijimos ya. (2)

260. El legatario se apodera de las cosas que se le legaron, antes de la muerte del testador, pero á la primera reclamación, las restituye. ¿Se aplica á este delito el artículo 955? Se declaró que, conforme á las circunstancias del caso, era aquello una falta de delicadeza, reprobable en moral y en el fuero interno, pero que no concurrían las condiciones que constituyen una sustracción fraudulenta; había, pues, indignidad de hecho, pero no ingratitud legal. (3)

261. Hace el testador un legado á su ejecutor testamentario como prueba de gratitud y amistad. Viene una satisfactoria que retira al ejecutor sus funciones por una causa poco honrosa, dice el recopilador. Los herederos piden la revocación del legado, y se desecha su demanda; el tribunal reconoce que el legatario no tenía derecho al legado como ejecutor testamentario; pero falta la causa indicada

1 Burdeos, 25 de Junio de 1846 (Daloz, 1849, 2, 80).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 122 y siguientes, números 114 y siguientes.

3 Burdeos, 16 de Agosto de 1838 (Daloz, num. 4,301).

por el testador, la amistad que le unía á él, falta que subsiste, á pesar de la falta de delicadeza de que se hizo culpable el ejecutor; indigno de la confianza de los herederos, nada prueba que lo hubiese sido de la amistad que le demostró el difunto, al hacer testamento. En una palabra, no había causa legal de ingratitud. (1)

262. El legatario no promueve la interdicción del testador que cayó en demencia. Se pretendió que allí había un hecho de indignidad; puede haber culpable indiferencia; pero ¿dónde está el delito que exige el artículo 955? (2) Es una de tantas pretensiones que no se deberían tener ante los tribunales, porque desacreditan al derecho y á la ciencia que se ponen al servicio de la chicana.

263. Hay causas más graves. La indignidad moral de la viuda legataria que se entrega á una vida licenciosa no podría ponerse en duda; pero el tribunal de Nimes dijo muy bien que los desórdenes de la viuda, con ser tan reprobables, dejan intacta la reputación del marido tal como lo estaba al morir él, y que su memoria sigue siendo tan honorable como antes. No hay, pues, injuria grave que se haga á la memoria del testador; la injuria implica difamación, mientras que los desarreglos de la viuda son olvido de sus obligaciones, olvido en que inútilmente se buscaría la intención de ofender; ¿y puede haber injuria faltando tal intención? (3)

264. Se ha declarado que el adulterio era causa de revocación, aun en el caso de que habiendo tenido conocimiento de él, no le haya denunciado el cónyuge difunto. Aquella resolución, criticada por unos, es de la aceptación de otros. Nosotros creemos que se funda tanto en el dere-

1 Lieja, 11 de Febrero de 1834 (Daloz, núm. 4,303 y *Pasierisia*, 1834, 2, 38).

2 Bruselas, 3 de Mayo de 1854 (*Pasierisia*, 1855, 2, 289).

3 Nimes, 14 de Febrero de 1827 (Daloz, núm. 4,304). Besançon, 1º de Agosto de 1844 (Daloz, 1845, 2, 170).

cho como en la moral. El adulterio es delito, y así es aplicable el artículo 955. Se objeta que sólo el cónyuge ofendido tenía derecho de proceder. En lo criminal, sí; pero no se trata, en nuestro caso, de castigar el adulterio, sino de revocar una liberalidad de que ciertamente se hizo indigno el cónyuge culpable. (1)

265. El artículo 727 declara la indignidad del heredero por las causas que enumera, una de las cuales no figura entre los actos de ingratitud que producen la revocación del legado, cual es la de no haber denunciado el homicidio del difunto. Se pregunta si se debe considerar ese hecho como causa de ingratitud y, por consiguiente, de revocación. Nos admira que Merlin responda afirmativamente, invocando la moral é identidad de razón; olvida la ley y la regla de interpretación que prohíbe estender las disposiciones penales por analogía. Basta comparar el artículo 727 con el 955 para convencerse de que, aun en los hechos que parecen idénticos, no aplicó el legislador á la ingratitud las disposiciones relativas á la indignidad. Así, pues, hay que atenerse á la ley. (2)

Es distinta la cuestión de si el artículo 727 es aplicable al heredero testamentario, es decir, si el legatario universal está excluido de la herencia como indigno, lo mismo que el heredero *ab intestato*. Nos parece que basta proponer la cuestión para resolverla. La indignidad es una pena, y las penas son de estricta interpretación: la ley la declara contra el heredero legítimo, no contra el testamentario, lo cual es decisivo. Algunas anomalías resultan de aquí, sin duda: el heredero indigno debe restituir todos los

1 Colmar, 7 de Enero de 1830 (Dalloz, palabra *Cosa juzgada*, número 48, 2º). Compárese á Dalloz, núm. 4,305 y á Bayle-Mouillard, comentando á Grenier, t. 3º, pág. 107 y siguientes.

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Indignidad*, núm. 2 (t. 14, pág. 272); En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 251, núm. 278. La opinión de Merlin es la más generalmente seguida. Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 8º, pág. 109 y los autores que cita.

frutos que percibió, mientras que el legatario ingrato no los restituye, sino desde el día de la demanda (arts 729 y 958). ¿No es esto estimular la ingratitud? Esta consideración moral arrastró al tribunal de Lyon,(1) en un caso en que, condenada la legataria por envenenamiento, había gozado por espacio de cuatro años de una fortuna opulenta; los frutos percibidos por ella en ese tiempo, subían á la cantidad de 50,000 francos: ¿pues qué, la mujer que envenena á su bienhechor puede heredar al que mata? Comprendemos que la conciencia del juez se haya sublevado á semejante idea; pero es de mayor interés el respeto que se debe á la ley, y ese respeto debe prevalecer sobre la voz de la conciencia. Aho a bien, la cuestión de derecho no es dudosa; la ley prevee el caso de indignidad del legatario, llamándola ingratitud; necesario es, pues, atenerse al artículo 955 sin que se pueda acumular la disposición relativa á la ingratitud del legatario con la disposición concerniente á la indignidad del heredero legítimo. Es preciso cambiar el artículo 959, cuya disposición en cuanto á los frutos es muy moral.

266. Según el artículo 299, el cónyuge contra quien se admitió el divorcio pierde todos los *beneficios* que el otro cónyuge le había hecho: ¿se aplica esta disposición á las liberalidades testamentarias? Hemos examinado la cuestión en el título del *Divorcio*. (2) La jurisprudencia francesa extiende á la separación conyugal la pena que en caso de divorcio impone al cónyuge culpable el artículo 299. (3) Hemos sostenido nosotros la opinión contraria. (4) En ella surge la cuestión de si puede el cónyuge que obtuvo la separación, pedir la revocación de las liberalidades que hi-

1 Lyon, 12 de Enero de 1864 (Dalloz, 1864, 2, 66).

2 Véase el tomo 3º de mis *Principios*, pág. 415, núm. 304.

3 Denegada, sala de lo civil, 5 de Diciembre de 1849 (Dalloz, 1850, I, 33).

4 Véase el tomo 3º de mis *Principios*, pág. 349, núm. 354.

zo á su consorte. Esta cuestión sólo interesa á los herederos, porque el cónyuge testador puede revocar su testamento á virtud del derecho común. En cuanto á las donaciones entre vivos, se objeta con el artículo 959, según el cual, las donaciones en favor del matrimonio no son revocables por causa de ingratitud. Conforme á la opinión que hemos sustentado, (1) tal disposición no se aplica á las donaciones que uno de los cónyuges hizo al otro. En todo caso, ella no tiene que ver con los legados; los cuales pueden ser, por lo mismo, revocados, según derecho común.

II. ¿Quién puede pedir la revocación?

267. La revocación se debe demandar judicialmente; lo dice implícitamente el artículo 1,046, puesto que habla de una *demand*a de revocación de las disposiciones testamentarias. ¿Quién puede intentar la acción? Se discute este punto. En derecho común, cualquier acción puede intentarse por aquél á quien interese. La cuestión se reduce, pues, á saber si la ley deroga los principios generales en este punto. En el capítulo de los *Testamentos* se remite al artículo 955, en lo que mira á las causas de indignidad por las cuales se puede privar de su legado al legatario; pero no se remite al artículo 957, que dispone que la revocación de las donaciones no puede, generalmente, demandarse por los herederos del donante, cuando se trata de ingratitud; los herederos no tienen acción sino cuando la intentó el donante, ó cuando éste falleció durante el año del delito. ¿Habrá que aplicar esta disposición de legados? La aplicación literal es imposible, por no haber demandado el testador la revocación de los legados, á causa de no haber necesitado hacerlo, puesto que tuvo expedito su derecho de revocar. Hay además, un caso en que no se puede

1 Véase el tomo 12 de mis *Principios*, páginas 662-664, números 498-500.

entablar la demanda sino muerto el testador, y es cuando se funda ella en **injuria grave hecha a la memoria del mismo**. Síguese de aquí que debe hacerse a un lado el artículo 957; y desde ese momento hay que volver al derecho común.

Tal es la opinión general; (1) se concede la acción a los que tienen interés, quiere decir, a los que utilizan la revocación cuando se declara. Los editores de *Zacharia* enseñan, por el contrario, que sólo pueden ejercitarse las acciones universales que representan a la persona del difunto; (2) fundándose en que tal acción es esencialmente personal, como que tiene por objeto reparar una **injuria**. Esas acciones no se pueden intentar más que por la persona ofendida; y el único ofendido por la ingratitud del legatario es el testador y, después de él, sus herederos. Creemos que el principio invocado por MM. Aubry y Rau no tienen aplicación en este caso. No es exacto que los herederos sean los ofendidos y que como tales obran; la ofensa va dirigida al difunto, y la defensa esencialmente personal no pasa a los herederos. He aquí por qué el artículo 957 les niega, por regla general, la acción por ingratitud. Al contrario, en punto a legados, la acción no pertenece al ofendido, ¿a quién, pues, debe otorgársele? Puesto que el principio de la personalidad de la acción está fuera de discusión, hay que seguir el derecho común, esto es concederla a todos aquellos a quienes interese. Así lo quiere el espíritu de la ley. Es necesario privar al legatario ingrato de una libertad de que se mostró indigno; para conseguirla, debe darse la acción a todos los interesados. Sin esto, podría suceder que no se pudiera intentar la acción por nadie; que sería lo que acontecería si el difunto no hubiese dejado más que legatos a título universal o a título particular; los herederos legítimos excluidos no tendrían derecho de ... Durán, t. 8º, pág. 478, n.º 482; Damolombe, t. 22, pág. 265, n.º 292.

¹ Aubry y Rau, t. 8º, pág. 212 y nota 6, pfo. 727.

obrar, porque carecerían de interés: los legatarios encargados de pagar los legados sí le tendrían, pero no el derecho. Esto no es admisible.

268. ¿En qué término se ha de intentar la acción? Mucho se discute el punto, sin que falten las dudas. (1) La ley sólo prevee un caso: conforme al artículo 1,047, "si funda la demanda en *injuria grave hecha á la memoria del testador*, debe intentarse en un año á contar desde que se cometió el delito." Es la aplicación á los legados del principio que sigue la ley en materia de donaciones (art. 957). Sin embargo, hay diferencia entre ambas disposiciones, y de ahí la primera discusión. El artículo 957 dice que la demanda de revocación por ingratitud deberá entabarse dentro de un año, á contar desde el día del delito imputado por el donante al donatario, ó desde el día en que aquél haya podido tener conocimiento del delito; mientras que el artículo 1,047 dice de una manera absoluta que se debe intentar la acción en el año á contar desde el día del delito. ¿Será necesario agregar: "ó desde el día en que se haya podido conocer el delito?" Creemos que hay que atenerse á la ley; ella es imperativa, y todo es de rigor cuando se trata de una disposición penal. En vano es decir que se podrá pasar el año sin que tengan conocimiento los herederos del hecho que les da la acción. Nosotros responderemos que habló el legislador y que hay que obedecerle. ¿Es probable, por lo demás; que los herederos ignoren una *injuria grave* hecha á la memoria del testador? (2)

Nada dice la ley acerca de las otras dos causas de ingratitud previstas por el artículo 955: atentados contra la vida del donante, sevicia, delitos ó *injurias graves*. Cree-

1 Véanse las fuentes en Dalloz, núm. 4,294.

2 Casación, 24 de Diciembre de 1827 (Dalloz, núm. 4,300). Coin-Delisle, pág. 517, núm. 4 del artículo 1,047. Demante, t. 4º, número 201 bis. 3º, pág. 407; Marcadé, t. 4º, pág. 148, núm. 1 del artículo 1,047. La opinión contraria es la más generalmente seguida (Delombé, t. 22, pág. 284, núm. 282).

mos que es aplicable á ellas la prescripción de un año. Que tal sea el espíritu de la ley, es difícil ponerlo en duda. El lugar propio de la materia está en el artículo 957, que establece el corto término de un año. En el capítulo de los *Legados*, la ley prevé una causa de ingratitud que no se podía presentar en materia de donaciones: la injuria grave hecha á la memoria del testador; y qué tiempo fija el código para ese caso especial? El de un año: es, pues, conforme al espíritu de la ley, la regla en este punto. No basta, se dirá, el espíritu de la ley para establecer una prescripción, se necesita una disposición especial. Creemos con la sala de casación, que el artículo 1,046 contiene esa disposición; él se remite al capítulo de las *Donaciones* por lo que mira á las causas de ingratitud: ¿no se remite, pues, implícitamente á las disposiciones que arreglan la acción de revocación? Si el artículo 1,046 no llama al artículo 957, es porque este artículo no se puede aplicar literalmente al legado; pero esto no impide que se pueda aplicar el principio. El artículo 1,047 da la prueba de ello: ¿concíbese que para una de las causas de ingratitud establezca la ley el corto término de un año y que por las otras dos señale el de treinta? Porque si no se aplica la designación excepcional de un año, se vuelve á la regla general de la prescripción de treinta años: treinta años y un año para un sólo hecho jurídico, es inadmisible. Podría ser más clara la ley, pero lo que ella quiere no es dudoso. (1)

Se objeta la discusión que tuvo lugar en el consejo de estado. La discusión, como de costumbre, nada prueba. El proyecto del código contenía la siguiente disposición, que estamos en deber de transcribir, puesto que se han acogido á ella para resolver el punto de prescripción: "Si se fun-

1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 213 y siguientes, nota 9. Demolombe, t. 22, pág. 256, núm. 285. Denegada, 24 de Diciembre de 1827 (Dalloz, número 4,300); Amiens, 16 de Junio de 1821 (Dalloz, número 4,294, 1º).

da la demanda en el hecho de que el legatario fué el autor ó cómplice de la muerte del testador, debe entablarla el heredero dentro de un año, á contar desde el día en que murió el testador, si la condena fué anterior á ese día, ó á contar desde la condena, si es posterior. Si la demanda se funda en injuria grave hecha á la memoria del testador, debe intentarse dentro de un año contado desde el día del delito.” Treilhard criticó la disposición. “Sería contra el orden, dijo, dejar á un asesino que gozara de los despojos de su víctima, únicamente por no habersele buscado durante un año.” Tronchet pidió que la acción de caducidad contra el legatario tuviese la misma duración que la persecución del crimen que cometió. A continuación de estas observaciones, se lee en el expediente que el consejo suprime la primera parte del artículo, aceptando la segunda. (1) ¿Qué inferir de esa discusión? Si ella tuviese fuerza de ley, habría que inferir que la prescripción de la acción de revocación es la de la acción criminal. Pero el debate sólo recayó sobre el asesinato del testador; y se hará extensivo á los delitos, á las injurias lo que Treilhard y Tronchet no aplicaban más que al asesino? Y si se hace, ¿cómo conciliar con esa regla la disposición del artículo 1,047 que limita la acción á un año, cuando se trata de injuria grave á la memoria del testador? Confesemos que la discusión, en lugar de ilustrarnos, enjendra nuevas dudas, y que más vale estarse á la ley. Cada autor interpreta á su modo la discusión; Troplong ve en ella la prueba de que la acción no se limita á un año; Aubry y Rau dicen que ella prueba á lo menos una cosa, y es que en caso de homicidio, la prescripción debe ser la de la acción criminal. (2) A nuestro juicio, un debate que ninguna huella dejó en el código, carece de autoridad.

1 Sesión de 27 ventoso, año XI, núm. 19 (Locré, t. 5º, pág. 272).

2 Troplong, t. 2º, pág. 274, núm. 2,204. Compárese con Baile-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 106.

269. Si se admite la prescripción de un año, queda aun una dificultad: ¿desde qué día debe comenzarse á contar el plazo? Nueva discusión, viniendo siempre la duda de no haber resuelto el legislador la cuestión de ingratitud del legatario sino remitiéndose al capítulo de las *Donaciones*. Hemos admitido que esa remisión hace que se aplique el artículo 957 á la revocación de los legados, en tanto que sea posible la aplicación; en efecto, no lo es literalmente, puesto que el artículo supone que la acción nace en la persona del donante y que no pertenece á los herederos sino cuando se conservó por él; mientras que, en el caso del artículo 1,047, la acción la intentan los herederos en nombre propio, y por tanto se ejerce sólo á la muerte del testador. ¿Pero se abre esa acción inmediatamente? El artículo 957 parte de otro principio, cual es el de que el término de un año comienza á correr desde el día en que el donante pudo tener conocimiento del delito. Este mismo principio hay que aplicar á la acción del artículo 1,047, por ser idéntica, y exigirlo así la razón legal. Quiere la ley que el legatario indigno quede privado de su legado y se le castigue por su ingratitud; es menester, pues, que ponga á los herederos en condiciones de perseguir al criminal; y cómo han de proceder si no tienen conocimiento del delito?

Cierto es que el artículo 1,047 quiere que corra el término desde el día del delito; pero éste, en tal caso, se comete á vista de los herederos, interesados en su comprobación y en la revocación del legado. En el caso del artículo 1,046, por el contrario, se cometió el delito viviendo todavía el testador y contra él, cuando, ignorando la existencia del testamento, los legatarios no podían interesarse en un hecho que les era extraño; pueden, pues, ignorarle, y si, á pesar de esto, corriera el término contra ellos, con mucha frecuencia escaparía el culpable y gozaría, por con-

siguiente, del legado que la ley le declara indigno de recibir. (1) No faltan las objeciones. Cada autor tiene su sistema. M. Demolombe quiere que el término corre ya durante la vida del testador, como corre conforme al artículo 957 durante la vida del donante, y tacha de intolerable la opinión contraria. (2) Esta es confundir dos situaciones muy distintas. Si corre el término contra el donante, es por una razón suprema: generalmente, él es el único que tiene derecho de obrar; es necesario, pues, que obrar dentro del término de la ley; sus herederos no tienen acción sino cuando el donante la conservó. No sucede lo mismo con el testador, quien jamás tuvo acción de revocación ni necesitó de ella, por haber podido revocar voluntariamente; dicha acción no comienza, pues, sino con su muerte: ¡cómo se quiere que prescriba una acción antes de existir! El tribunal de Amiens da en apoyo de esta opinión otra razón igualmente mala: permitir al heredero, dice, que obrara después del año del delito, sería tratarle con más favor que al donante mismo. (3) Sobre todo, lo que pedimos, es que se aplique por analogía á los herederos lo que la ley dice de la acción de los donantes; si aquellos, de hecho obran después del año del delito, la razón de ello es sencilla y concluyente, á saber que la acción de revocación de un legado no puede comenzar sino cuando hay legado, es decir, muerto el testador. (4) Los editores de Zacharie establecen otra distinción. El término de un año corre desde el día del delito ó desde aquél en que el testador tuvo conocimiento de élo, y, si no le tuvo, desde el día de su fallecimiento ó desde aquél en que editó su testamento. (5) (6) (7)

1. Duranton, t. 9, pág. 475, númer. 480. Danegado, 4 de Diciembre de 1827 (Dalloz, númer. 4,300).

2. Demolombe, t. 22, pág. 260, númer. 296. 3. Amiens, 16 de Junio de 1821 (Dalloz, númer. 4,294, 13).

tra opinión, la acción no pertenece sino á los que deben aprovecharse de la revocación del legado, y ellos aprovechan la revocación. Más adelante veremos los efectos de la caducidad y de la nulidad de los legados, debiendo aplicarse los principios que expondremos también á la revocación. Así, ésta da lugar al derecho de acrecer, lo mismo que á la sustitución, sea vulgar, sea fideicomisaria. (1) La cuestión se discute por lo que hace al derecho de acrecer, y volveremos á ella.

273. ¿Es menester aplicar á la ingratitud los principios relativos á la indignidad? Hemos prejuzgado la cuestión resolviendo que la indignidad propiamente dicha no se aplica más que al heredero legítimo, mientras que el legatario se rige por los principios que el código establece para la ingratitud del donatario (núm. 265). Es inmensa la diferencia que hay entre la indignidad y la ingratitud. La ley excluye de la herencia á los capaces á quienes declara indignos de heredar; y según la opinión que hemos expuesto no se necesita acción alguna para que se declare la indignidad, la cual existe de pleno derecho en virtud de la ley, con todos sus efectos y desde que se abre la sucesión. (2) He aquí por qué la ley obliga al heredero indigno á restituir todos los frutos y los caídos que hubiere percibido desde que se abrió la herencia (art. 729).

No pasa lo mismo con la ingratitud, la cual da lugar á una acción que debe intentar en un término breve, so pena de prescripción. La ingratitud no está establecida, pues, por la ley, en cuanto á que no existe de pleno derecho, sino que, declarada por el juez, no comienza sino á partir de la declaración. Por eso el artículo 958 dice que el legatario ingrato no debe restituir los frutos sino desde el día de la demanda. No se puede, pues, decir que se estima no haber

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 215, y nota 12, pfo. 727, y los autores que citan.

² Véase el tomo 9º de mis *Principios*, pág. 17, núms. 12-17.

sido nunca legatario, el legatario ingrato. No sólo goza él de la cosa, sino que también es propietario; y no quedan revocadas las enajenaciones ni las concesiones de derechos reales en que consienta. El artículo 959 lo dice del donatario ingrato, y es preciso admitir el mismo principio para el legatario, puesto que la ley asimila, bajo este concepto, las liberalidades testamentarias y las entre vivos (art. 1,046). Sin embargo, hay una diferencia; conforme al artículo 959, los actos de disposición ejecutados por el donatario quedan válidos si son anteriores á la inscripción, instauración de la petición de revocación, que debe hacerse al margen de la transcripción prescripta por el artículo 939. Ahora bien, el código no prescribe la transcripción de los testamentos; la formalidad de esa transcripción no se puede cumplir, pues, con los legados, y así el término que fija el artículo 954 comenzará desde el dia de la demanda. El legislador no previó estas dificultades, por ocurrir raras veces; la demanda de revocación, que debe intentarse en un breve término, regularmente lo será antes de que el legatario entre en posesión de la cosa legada, y los terceros, si son prudentes, no tratarán con él sino cuando haya obtenido la entrega de la cosa, puesto que hasta entonces su derecho es incierto, por poder el heredero objetar contra la validez del legado, ó pedir su revocación. (1)

274. No todos admiten los principios que acabamos de establecer. En otro lugar hemos dicho cuán incierta es la doctrina de los autores en lo relativo á los efectos de la indignidad; incertidumbre que naturalmente viene á refluir en la teoría de la ingratitud. Cuando se trata de legados particulares, aplican de común acuerdo el art. 958; mas no así, respecto de los legados universales y á título universal, pues mientras los unos se atienden al art. 958, los otros aplican á los legatarios los principios que esta-

1 Demolombe, t. 22, pág. 366, núms. 294-296.

blecen respecto de la indignidad, pero haciéndolo con una vacilación que quita á su doctrina toda autoridad *parece*, dicen MM. Aubry y Rau, que no debe tener efecto la revocación de estos legados sino á partir del fallo que la declare. (1) Creemos inútil entrar en esa discusión, pues no admitimos que la indignidad sólo produzca efecto desde la sentencia; y en cuanto á la diferencia que se establece entre las diversas especies de legados, en materia de ingratitud, tal diferencia no se funda en la ley, porque sería distinguir donde ésta no distingue. De modo que no ha sido aceptada la opinión de los sabios editores de Zachariae.

Hay un fallo de casación que parece oponerse á nuestra opinión lo mismo que á las que acabamos de impugnar. Sienta la sala como principio que el legatario universal, á quien se declara indigno por haber dado muerte al testador, queda excluido de la herencia, lo mismo que el heredero legítimo, en el sentido de que se estima no haber sido nunca legatario. De allí concluye el fallo que la indignidad da lugar á la sustitución vulgar, como le da la muerte. A decir verdad, la resolución se funda en hechos de la causa, y es una resolución de caso, no de principios. La legataria universal había sido condenada por haber dado muerte al testador, que era su marido. Una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada la declaró indigna de heredar y la condenó á restituir todos los frutos que hubiese percibido. En ese fallo se fundó la sala para sacar la consecuencia muy lógica de que la legataria declarada indigna estaba excluida de la herencia, en términos de que nunca había tenido la posesión legal. No era de aplicarse el artículo 1,046, puesto que por sentencia firme se había declarado la indignidad de la legataria; y en este supuesto, no se podía pedir contra ella la revocación por ingratitud.

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 213 y notas 7 y 8. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 268, núm. 296.

tud. (1) Falta saber si esa revocación da lugar á la sustitución; y de ello trataremos en las sustituciones fideicomisarias permitidas.

ARTICULO 2.—De la nulidad y caducidad de los legados.

§ 1. DE LA NULIDAD.

275. El código no se ocupa especialmente en las causas de nulidad. Estas resultan de los principios que establece tocante á las formalidades y á la capacidad que se requieren para la validez de los testamentos. En cuanto á las formalidades, el artículo 1,001 declara que son necesarias, pena de nulidad; decir que es nulo el testamento, es decir que las disposiciones que contiene están afectadas de nulidad. Conforme al rigor de los principios, tendríamos que decir que no hay legado, porque el testamento nulo por su forma es un instrumento inexistente: se estima que el testador no manifestó su voluntad cuando no lo hizo en la forma legal. Nos remitimos á lo dicho ya sobre este particular. (2) Hay también nulidades que miran á la sustancia de la disposición. La capacidad del testador es necesaria para la validez del acto: si es incapaz, será nulo el testamento, lo cual implica la nulidad de todos los legados que contienen. Hemos tratado ya de las personas incapaces de testar y de la nulidad consiguiente á su incapacidad. (3) La del legatario no anula el testamento, sino que el código la pone entre las causas de caducidad. La razón de esta diferencia entre la incapacidad del testador y la del legatario, es muy sencilla. Cuando aqueles incapaz, el testamento es nulo, en virtud de los principios generales de derecho, conforme á los cuales todo acto ejecutado por un incapaz es nulo; y como el testador es el único que fi-

1 Denegada, 22 de Junio de 1847 (Dalloz, 1847, I, 200).

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, págs. 597-622, núms. 449 á 474.

3 Véase el tomo 9º de mis *Principios*, pág. 137, núms. 102 y siguientes.

gura en el de última voluntad, resulta nulo completamente el acto. Pero si el testador es capaz y expresa su voluntad en la forma de la ley, será válido el testamento, si bien no podrá ejecutarse respecto de los legatarios incapaces de recibir á título gratuito.

276. ¿Quién puede pedir la nulidad? El que es llamado á aprovecharse de la anulación del legado. Hemos dicho antes que los herederos legítimos tienen derecho de pedir la nulidad del testamento, y por consiguiente, del legado universal que los deshereda; mas no pueden pedir la de los legados á título universal ó particular cuando hay legatario universal, pues en ese caso, carecen de interés y por tanto de acción. En efecto, la nulidad no aprovecharía á los herederos legítimos excluidos de la herencia, por ser el legatario universal el aprovechado con la nulidad de los legados que á su cargo tiene, y el único, en consecuencia, con derecho á obrar. (1)

Tal es el principio, el cual sufre una excepción cuando es ficticio el legado universal, ó sea, cuando el testador instituyó un legatario nominal para impedir que los herederos demandaran la nulidad de los legados hechos á incapaces, particularmente á las corporaciones. En otro lugar hemos hablado de ese nuevo fraude imaginado para defraudar á la ley. (2)

§ 2. DE LA CADUCIDAD.

277. El código llama caducas las disposiciones testamentarias que son válidas por sí mismas, en el sentido de que se hagan con las formalidades requeridas por la ley y por un testador capaz de disponer; pero quedan sin efecto por una causa que provenga del legatario ó de la cosa le-

1 Denegada, 14 de Diciembre de 1819 (Dalloz, núm. 3,478); Julio 22 de 1835 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 180); y 20 de Noviembre de 1843 (Dalloz, núm. 3,597). Compárese el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 597, ntms. 449 y siguientes.

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

gada. Si aquél es incapaz, caduca el legado (art. 1,043), es decir, viene abajo. Queda sin efecto, no porque esté viviendo, sino por no poder recibirla el legatario. No es muy jurídica la distinción en lo que mira á la incapacidad del legatario puesto que toda incapacidad vicia el acto en que interviene un incapaz; y así, debería ser la del legatario causa de nulidad, como lo es la del testador. Más justa es la distinción cuando el legatario repudia el legado; el cual, en ese caso, es plenamente válido, y si no produce efecto, es por una causa accidental, la negativa del legatario; empero la falta de consentimiento no puede pasar por vicio, ni jamás se ha reputado como causa de nulidad; el legado, aunque válido, se hace inexistente, queda sin efecto. Según la teoría del código, también caduca el legado cuando totalmente pereció la cosa en vida del testador. Esto es exactísimo si pereció la cosa por causa fortuita: un accidente no constituye vicio. Pero si el testador hizo que pereciera, entonces, más que caducidad, hay revocación, puesto que la destrucción de la cosa legada implica un cambio de voluntad. (1) Vamos á exponer los diversos casos de caducidad conforme á la teoría del código.

278. Según el artículo 1,039 toda disposición testamentaria llega á caducar si aquél en cuyo favor se hizo no sobrevive al testador. Para ser capaz de recibir á título gratuito, es menester vivir al tiempo de que se abra la herencia (art. 906); el que no vive en ese momento, no puede recibir el legado, y en ese sentido la supervivencia del legatario es condición de capacidad, y su muerte anterior, causa de incapacidad. Pero el código no considera el fallecimiento anterior del legatario como causa de incapacidad, sino que habla de los incapaces en el artículo 1,043. Por lo demás, poco importa, puesto que ambos hechos, la incapaci-

1 Compárese á Toullier, t. 3º, 1, pág. 374, núm. 671.

dad y el fallecimiento, los pone entre las causas de caducidad.

¿Por qué, en caso de morir antes el legatario, no se aprovechan del legado sus herederos? Este se hace por consideraciones esencialmente personales de la persona agraciada; á ella se dirige el legado, no á sus herederos, aun cuando ellos se aprovechen de él indirectamente. Por otra parte, nada puede transmitir el legatario á sus herederos, porque durante la vida del testador no hay legado, en virtud de que puede revocarse de un momento á otro la disposición.

279. Esto supone que el legado es una verdadera liberalidad, y esto es lo general, puesto que el legado es una donación testamentaria. Excepcionalmente, puede no ser el legado una liberalidad. Supongamos que el testamento contiene un reconocimiento de deuda: en este caso, el legatario es acreedor y no donatario; el legado es una confesión. Si ésta es verdadera, es decir, si realmente hay deuda, pero carece de título el acreedor, no perderá su efecto el reconocimiento que el deudor haga en su testamento, por la muerte del legatario. Así opina Pothier, enseñando que tal confesión no es rovocable; (1) y así, ella obliga al heredero del testador por haberla hecho éste; importando poco que antes muera el legatario, puesto que la confesión no se hizo en favor de la persona, y están obligados á aceptarla los herederos del legatario.

Puede hacerse la confesión en forma de legado sin que haya deuda: en ese caso toca á los herederos del legatario la prueba de que el supuesto legado no es más que reconocimiento de deuda. Se resolvió ya que el legado les proporcionaba un principio de prueba por escrito. Esto es dudosos, porque, al parecer, el legado es una donación testamentaria y ¿puede alguien valerse de una donación pa-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 306.

ra probar que ésta no es tal? El fallo del tribunal de Nîmes suscita aún otra duda (1) Tratábase de un comprador que había pagado el precio en asignados, á lo cual tenía derecho; había quedado, pues, libre. Pero creyéndose obligado, en conciencia, á pagar al vendedor la diferencia entre el precio y el valor de los asignados, se comprometió, en unas cartas, á pagar esa deuda natural. ¿Era así la deuda? Esto es lo dudoso. Era más bien escrupulo de conciencia, y un escrupulo no es deuda. En suma, el legado había caducado como liberalidad y era nulo como reconocimiento de deuda.

280. Al declarar caduco el legado por la muerte anticipada del legatario, el artículo 1,039 supone que no se dirige la liberalidad más que á la persona del legatario; el testador puede tener intención de agraciar á los hijos del legatario en el caso de que éste no pudiera recibir el legado. Puede también comprender en su liberalidad, y en forma de sustitución vulgar, ya á los descendientes del legatario, ya á otros parientes y aun á sus herederos en general; (2) con el bien entendido de que los sustituidos deben ser capaces de suceder en el momento de abrirse la sucesión; por lo cual es menester que vivan en ese momento mismo. Hemos examinado ya la validez del legado hecho al legatario y á sus herederos; más adelante trataremos de la sustitución vulgar. ¿Es menester que los descendientes del legatario sean llamados al legado por medio de una cláusula expresa; ó pueden los tribunales admitirlos para recibir la herencia de su padre, fundándose en la voluntad

1 Nîmes, 9 de Diciembre de 1822 (Dalloz, núm. 4,319).

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Legado*, sec. 7^a, núm. 3 (t. 18, página 105), y todos los autores. Duvergier (comentando á Grenier, t. 3^a, 1, pág. 672, nota) duda de la validez de esta cláusula, como hecha en favor de personas inciertas; erróneamente, á nuestro juicio, porque los legatarios son ciertos, determinados por el vínculo de parentesco que los unió con el difunto.

del testador tal como resulta de las circunstancias del caso? La jurisprudencia ha estado por la afirmativa; nos remitimos á lo ya dicho contra tal doctrina. (1)

281. Cuando el legado es condicional, no basta que el legatario sobreviva al testador, es menester que viva en el momento en que realiza la condición; en ese momento es cuando comienza su derecho, y consiguientemente cuando debe vivir. Tal es lo que dice el artículo 1,040. Hemos explicado esta disposición, así como la del artículo 1,041, al tratar de los legados condicionales. (2)

282. Dice el artículo 1,043: "La disposición testamentaria caducará cuando la repudien el heredero instituido ó el legatario, ó bien sean incapaces para recibirla." Ya hemos tratado de la renuncia de los legados, (3) así como de la incapacidad, en el tomo XI de nuestros *Principios* (núms. 157-262).

283. Enseñan los autores que el legado caduca cuando se hace bajo condición suspensiva, y falta esa condición. (4) Más exacto sería decir que nunca hubo legado: porque la condición suspende la existencia del mismo; luego cuando no se ha realizado, no hay todavía legado, en el sentido de que se estima no haber hecho disposición alguna el testador. Aplicando este principio, se resolvió ya que el legado hecho con la condición de que se case el legatario menor de edad queda sin efecto si muere el menor antes de casarse, aunque muera antes de ser inútil. La resolución es muy jurídica si se admite, lo que nosotros impugnamos, que sea lícita la condición de casarse. (5)

284. El artículo 1,042 dice que caducará el legado si

1 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 652, núm. 503.

2 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 696, núm. 536.

3 Véase el tomo 13 de mis *Principios*, pág. 717, núm. 554.

4 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 197 y nota 6, pfo. 726.

5 Denegada, 20 de Diciembre de 1831 (Dalloz, palabra *Substitución*, núm. 149). Acerca de la condición de casarse, véase el tomo II de mis *Principios*, pág. 725, núm. 495.

perece totalmente la cosa legada, en vida del testador. Lo mismo será, añade la ley, si perece después de muerto. Bien está decir que, siguiendo la teoría del código acerca de caducidad, acaba el legado cuando perece la cosa legada antes de abrirse la sucesión; el legado era válido, y sólo por un caso fortuito pereció la cosa, no habiendo ya objeto legado, y cayendo, por consiguiente, el legado sin que esté afectado de ningún vicio y sin revocación. Se engaña la ley asimilando á la caducidad la pérdida de la cosa, que acontece antes de la muerte del testador. Para que pueda haber caducidad por la pérdida de la cosa, hay que suponer que el legado tuvo por objeto alguna cierta, puesto que no perece una indeterminada; pero si es determinada, se hace propietario de ella el legatario desde el momento de abrirse la sucesión, en el sentido de que si consiente el heredero en entregaria, es propietario el legatario desde que muere el testador. Si por caso fortuito pereció la cosa antes de entregada, pereció para el legatario: que es la aplicación del principio conforme al cual el deudor de una cosa cierta queda libre para la pérdida casual de la misma (art. 1,302). (1) Si dice el código que hay caducidad, es por no haberse transmitido la propiedad al legatario sino por la entrega (núm. 39); siempre tendremos que conforme á la letra misma del código (art. 1,014), el legatario tiene derecho á la cosa legada desde el fallecimiento del testador, y si tiene derecho, no se puede decir que por la pérdida queda sin efecto el legado; le ha producido, pues, y no ha caducado. La diferencia que hacemos notar entre el caso en que la cosa perece antes de morir el testador y el en que perece después de abrirse la sucesión, no es pura diferencia de palabras; tiene importantes consecuencias que vamos á señalar al descender á los pormenores en esta materia.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 197 y nota 7, pfo. 726.

285. Para que haga caer el legado la pérdida acaecida en vida del testador, es menester que sea completa. ¿Cuándo habrá pérdida completa y cuál ha de ser su consecuencia? Prece una cosa, dice Pothier, cuando prece lo que constitúa su sustancia. El mismo autor añade: "Lo que constituye la sustancia de una cosa no tanto es la materia de que está compuesta, cuanto la forma que le es propia y que la diferencia de otras cosas." Así, aun cuando sea total la pérdida de la cosa, no implica su completo aniquilamiento: el hombre no puede más destruir que crear y sólo puede cambiar la forma de las cosas, transformarlas. Si es total la transformación, no existe ya la cosa y por consiguiente, caducará el legado, aun cuando subsistan los elementos constitutivos de la cosa. Si se desbarató un batel legado. ¿puede pedir el legatario que se le entreguen las tablillas de que se componían? No; puesto que ya el batel no existe, la cosa pereció en su totalidad, y no puede pretender el legatario lo que aun existe de ella, por ser los restos de una cosa que fué, pero que ya no es.

No sería lo mismo si la cosa legada hubiera perecido totalmente después de abrirse el legado; porque la cosa que prece es la del legatario, y por consiguiente, lo que de ella queda debe pertenecerle, y es principio elemental que todo lo que queda de una cosa, pertenece á su propietario. (1)

286. Si la pérdida no es total, subsiste el legado por la parte restante de la cosa. Se lega una cosa que viene á destruirse por un incendio: el legado subsiste en cuanto al terreno, porque éste se hallaba comprendido en él, en virtud de haber sido legado lo construido juntamente con la superficie donde ello estaba. Si hubiese construido el testador otro edificio, el legatario tendría derecho á él á título de accesorio á la cosa legada (núm. 146). Pero no se-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núms. 322 y 327.

ria lo mismo si el legado fuese del usufructo de la cosa: si en ese caso se llega á incendiar el edificio, queda totalmente extinguido el legado, porque el efecto, el derecho de usufructo comprende, en el caso, el derecho de habitación; derecho que no se puede ejercer cuando no hay casa que habitar, pues no es susceptible el terreno. En este sentido, no hay diferencia entre la pérdida de la cosa acaecida en vida del testador, y la acaecida después de muerto. (1)

287. Si la cosa legada tiene accesorios, y pereciendo ella subsisten éstos, se pregunta si los puede reclamar el legatario. Hay que distinguir si la cosa perece antes ó después de abrirse la herencia. Cuando perece en vida del testador, se extingue el legado aunque subsistan los accesorios; puesto que no se legaron éstos independientemente de la cosa principal, sino como dependencia de ella; si perece, ya no hay accesorios, por no poder haberlos sin lo principal. Si, por el contrario, perece la cosa al abrirse el legado, tiene derecho el legatario á los accesorios en virtud de su derecho de propiedad. (2)

288. Hasta aquí hemos supuesto que la cosa perece por caso fortuito. ¿Qué deberá decirse de si perece por hecho ó culpa del heredero ó del testador? Hay que distinguir de nuevo. Si la destrucción es obra del heredero, responderá de su culpa, conforme al derecho común. Esto es lo que dice el artículo 1,042, en su segundo párrafo, al declarar la caducidad del legado si ocurre la destrucción muerto el testador *sin hecho ni culpa del heredero*. Luego si debe á hecho ó culpa suya la destrucción de la cosa, no caduca el legado; y así el legatario tiene acción de daños y perjuicios contra el heredero. Esta es aplicación de derecho común: como deudor de una cosa cierta, el herede-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 326.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 328.

ro está obligado con la culpa llamada leve como lo veremos en el título de las *Obligaciones* (arts. 1,137 y 1,302). ¿Responde también el deudor por los deterioros y, en consecuencia, por la pérdida total ó parcial cuando se deben á *hecho* de su parte sin que haya *culpa* propiamente dicha? Así parece decirlo el artículo 1,245, y algunos autores interpretan la ley en este sentido. (1) Nosotros diferimos la cuestión para el título de las *Obligaciones*.

Excusado es decir que el testador no responde ni por su hecho, ni por su culpa; no es deudor, y siendo propietario de la cosa puede destruirla, si lo tiene á bien, pues ningún derecho tiene á ella todavía el legatario por poder revocar voluntariamente el legado el testador. Aun cuando pereciera la cosa por causa de un tercero y que hubiera tenido acción el testador, no podría ejercitárla el legatario, que estaría sin derecho alguno, por haberse extinguido el legado. (2)

289. El artículo 1,042 añade que el heredero no está obligado por la pérdida, aun cuando haya demorado su entrega, cuando hubiera debido perecer igualmente en poder del legatario. Esto es la aplicación del derecho común. Debe decirse, pues, que el heredero responde del caso fortuito, no cuando se retarda, como lo dice el artículo 1,042, sino cuando se constituye en *mora*, porque el simple retardo no constituye al deudor en *mora*; esto, como lo veremos en el título de las *Obligaciones*, es elemental. El artículo 1,302, que establece el principio, admite una excepción: "Aun constituido el deudor en *mora*, queda extinguida la obligación en el caso de que pereciera la cosa igualmente en manos del acreedor si se le hubiese entregado." La disposición del artículo 1,042 es la aplicación de ese principio. Está por demás decir que no puede tratarse de la *mora* del testador.

1. Duranton, t. 9º, pág. 484, núm. 494.

2 Demolombe, t. 22, pág. 306, núm. 341.

290. Los autores y la jurisprudencia admiten que el artículo 1,042 se aplica por analogía al legado de un crédito. Pocas veces ella cuando se extingue por una de las causas que conforme á la ley, entraña extinción de las obligaciones.¹ Esto, en derecho, es indudable. Si está pagado un crédito legado, no existe ya, y en ese sentido queda destruida la cosa legada, y caduca por consiguiente el legado. Pero, como ya lo hemos hecho notar, puede ser la mente del testador que se entregue al legatario la suma procedente del pago; y la intención prevalece sobre el derecho, puesto que la voluntad del testador forma ley (núm. 166).

Lo que decimos del pago se aplica también á la novación. Leemos en un fallo de Riom que ninguna influencia ejerce en legado la novación. (1) Esto es muy absoluto. Conforme á derecho, la novación extingue el crédito legado, lo mismo que le extingue el pago. También en la novación hay intención de renunciar el crédito novado, que no existe en el pago. El acreedor puede ser obligado á recibir lo que se le debe, en tanto que no puede serlo á novar; si consiente en la novación, es porque quiere, renunciando voluntariamente su primitivo crédito; mas, ¿renunciar el crédito legado, no es extinguir el legado? Este, según derecho, no tendría duda. Pero, en materia de disposiciones testamentarias, el hecho domina al derecho. Es menester buscar la mente del testador. Fácilmente se admítia que entiende mantenerle cuando hace novación por la sustitución de un nuevo crédito que queda en lugar del antiguo, ó cuando acepta á un nuevo deudor descargando al primitivo. En ambos casos, sigue siendo acreedor; cierto que hay un nuevo crédito en lugar del antiguo; pero, conforme á la mente del testador, también ese nuevo crédito puede reemplazar al antiguo como cosa legada. Esto es aun más dudoso cuando se sustituye el antiguo por un crédito nuevo;

1 Riom, 29 de Junio de 1830 (Dalloz, núm. 4,351).

en ese caso, cesa el acreedor de serlo, y el crédito que legó se extinguió sin ser reemplazado por otro perteneciente al testador. Esto se hace, sin duda, á título oneroso, y en consecuencia mediante una ventaja pecuniaria: ¿tiene derecho el legatario al beneficio que el testador saca de la novación? Siempre es punto de intención, pero la intención se admitirá con mas dificultad en este caso.

La misma dificultad ocurre en caso de compensación. Mas como ésta se verifica de pleno derecho, aun sin conocimiento de los acreedores (art. 1,290), hay que aplicar lo que hemos dicho del pago. Hay un argumento *à fortiori*, puesto que en el pago interviene la voluntad del acreedor, mientras que la compensación se opera por la ley. La sala de casación mantuvo el legado en el siguiente caso: lega el testador la cantidad de 15,000 francos que le debe Pedro: pone al legatario en lugar suyo para reembolsar por el deudor cuando lo juzgue conveniente. Después del testamento, se extingue el crédito por compensación de un fallo condenatorio pronunciado contra el difunto y á favor de su deudor. Se trataba de saber si había caducado el legado, y se declaró que el testador no había entendido legar un crédito, sino una cantidad de dinero. Si el testador indica á un deudor encargado de pagar el legado, no quiso limitar el legado á ese crédito, por probar el conjunto de sus disposiciones que había legado los 15,000 francos á fin de mantener la igualdad entre los legatarios, sus sobrinos. Habiendo entrado en el patrimonio del testador por vía de compensación los 15,000 francos y no habiendo nada que indique el haber revocado su liberalidad por una compensación que se hacía sin su consentimiento, resultaba de ahí que el legatario, á falta del deudor que debía pagar el legado, tenía acción contra la herencia, enriquecida con aquellos 15,000 francos. La resolución de Tolosa fué confirmada en casación.

291. Dijo la sala, en los considerandos del fallo, que si el testador había indicado un crédito contra un deudor por hacer frente al legado, tal indicación era simplemente demonstrativa, y no limitativa. En otro lugar hemos examinado las dificultades á que da lugar la indicación de la causa por el testador, según que tal indicación es limitativa ó demonstrativa (núm. 559).

292. El código no habla de un caso de caducidad que los autores han admitido siempre, y es la cesación del motivo por el cual hizo el testador el legado. Admitese que las leyes pierdan su fuerza cuando cesan todos los motivos en que se fundaron; siendo los motivos la causa determinante de la ley, no tiene ésta razón de ser cuando cessen ellos. Otro tanto debe suceder con los testamentos que son leyes de interés privado. Solo que, por lo tocante á las disposiciones de última voluntad, debe aplicarse el principio con una gran reserva. Sucede á menudo que el testador indica á sabiendas una causa falsa para colocar el legado ó ocultar la verdadera razón que le conduce á agraciar al legatario. Esa causa falsa no puede perjudicar al legatario. Es ajena á nuestro principio. Supongamos que el testador legó por un motivo que existía al tiempo del testamento y que en seguida cesa: si consta que no habría legado el testador, suponiendo que aquel motivo no haya existido al formalizar su última voluntad, es menester decir que el legado cae con el motivo que era el único que le legitimaba. (1)

Muy delicada es frecuentemente la aplicación de este principio. Está resuelto que si el testador dispuso en vista de circunstancias que completamente desaparecieron al morir él, el testamento está atacado de caducidad. Un agricultor no casado y en edad en que no podía esperarse que

1 Toulilier, t. 3º, 1, pág. 359, núm. 654.

se casara, distribuye todos sus bienes entre sus sobrinos; y queriendo asegurar á favor de uno de ellos la importante finca que explotaba, celebrará con él un arrendamiento y un contrato de venta de su mobiliario; el testamento se destinaba para completar aquél arreglo de familia. Poco después se casa el testador, y muere dejando un hijo sin haber revocado ni destruido aquel testamento. Judicialmente se declaró que éste había caducado. En efecto, el testamento se hizo en vista de la sucesión colateral que, según todas las previsiones debería abrirse á la muerte del testador. Muerto él, faltaron todas esas previsiones: el sobrino que debía heredar á su tío era ya casado y ocupaba otra finca; el testador se había casado también y dejaba un hijo; no se trataba ya de arreglar una herencia colateral que no se había abierto, y en consecuencia caía el testamento porque no tenía ya razón de ser. Recurrido el fallo, la sala de casación sostuvo que el tribunal de Angers había declarado caduco el legado por la superveniente de hijo. No, dijo la sala; el fallo recurrido se limitó á inquirir la voluntad e intención del testador, e hizo constar que el legado estaba subordinado á ciertas condiciones; faltando las cuales, caducó el legado. (1) La palabra *condiciones* no es exacta; el legado era puro y simple, pero hecho en vista de circunstancias que habían cesado.

El mismo principio aplicó el tribunal de Bruselas en un caso también muy delicado. La testadora instituía legatario universal á su tío, que había sido su tutor, haciendo otros legados particulares en favor de sus parientes paternos. Se impugnó el legado universal; éste era nulo como hecho por un menor en favor del que había sido su tutor. Los parientes paternos reclamaban sus legados; y se resolvió que los particulares venían abajo con el universal.

1 Denegada, sala de lo civil, 31 de Julio de 1861 (Daloz, 1861, 1, 390).

En derecho, esto no es ciertamente exacto: los legados particulares deben pagarse de la herencia cuando caduca el universal. Pero la resolución de Bruselas no se funda en derecho, sino en la mente de la testadora. Resultaba claramente del conjunto de las disposiciones testamentarias que ésta había hecho legados particulares á sus parientes paternos para suplir la parte que les había tocado en la herencia *ab intestato*; la institución era, pues, la causa, y la causa única de los legados; cayendo la institución debían caer también éstos. Ciento es que entre los legatarios había primos que en la sucesión *ab intestato*, estaban excluidos por su padre, tío de la testadora; mas por el contrario, el tío recibía la mitad de la herencia, y así no podía ya volver nada á los parientes paternos, pues de otro modo habrían anulado la sucesión testamentaria con la sucesión *ab intestato*, cosa que sin duda habría sido, contraria á la mente de la testadora. (1)

*ARTICULO 2.—A quién aprovecha la revocación,
la nulidad ó la caducidad de los legados?*

§ 1. PRINCIPIO GENERAL.

293. Los legados son una carga impuesta por el testador, ya á los herederos legítimos, ya á los legatarios universales, á título universal ó á título particular. Si por cualquier causa no puede ó no quiere el legatario recibir el legado, cesa la carga, quedando, pues, descargado el que debía pagarle. Decimos: por cualquier causa. Si el legado es revocado por el testador, el efecto de la revocación es, naturalmente, que considerándose el legado como si no hubiese sido hecho, nunca hubo carga; el sucesor á quien se le había impuesto no le debe pagar, puesto que le borró el testador. Lo mismo sucede si no se pide judicialmente la revocación: es una resolución del legado; y el efecto de

(1) Bruselas, 4 de Diciembre de 1865 (*Pasicrisia*, 1865, 2, 5).

la resolución es reponer á los interesados al estado que tenían como si no hubiese existido la disposición (art. 1,183), También se puede declarar judicialmente la nulidad del legado, y esa declaración produce el mismo efecto que la resolución; es un principio que el acto anulado no produce efecto alguno; la carga que resulta del legado se estima, pues, como si jamás se hubiera impuesto al que debía pagarla en virtud del testamento. Tal es, igualmente, la consecuencia de la caducidad: si cesa el legado por el fallecimiento del legatario, nunca hubo legado, ni consiguientemente, carga; si el legatario es incapaz, no puede reclamar el legado, y el que debía pagarle cesa de ser deudor, ó por mejor decir, nunca lo fué; si el legatario repudia el legado, se estima que nunca fué legatario (art. 784), y por consiguiente, nunca hubo carga para aquel que estaba gravado con ella. Lo mismo sucede en todos los casos en que cesa el legado, á menos que sea por la pérdida total de la cosa; la cosa legada perece entonces para el legatario, al mismo tiempo que para el que debía entregarla; aun puede decirse que éste es el aprovechado, puesto que le pertenecen, tanto lo que de ella queda, como los accesorios. Tiene, pues, razón Pothier para formular el principio en los términos más generales: "Cuando un legatario no recibe la cosa por cualquier causa que sea, la cosa legada queda en poder de los herederos, ó de otros que estaban gravados con la presentación del legado, y éstos son á quienes aprovecha." (1)

Los autores (2) y la jurisprudencia admiten este principio, que no podría ser discutido, por derivarse de la naturaleza misma del legado; y si ha dado lugar á cuestio-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 333; *Introducción á la costumbre de Orleans*, título 16, núm. 141.

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 378, núm. 677; Duranton, t. 9º, pág. 485, núm. 495; Demolombe, t. 22, pág. 320, núm. 356, pág. 319, número 354.

nes viciales, es por habersele confundido con el derecho de acrecer. El error es evidente. Cuando há lugar á ese derecho, no hay carga, muchos legatarios son llamados á la misma cosa, y faltando uno, su parte acrece á la de los demás. No se puede decir que acrezca, sea lo que fuere, al que estaba gravado con una carga cuando cesa ésta, porque la carga, como acabamos de verlo, se estima no haber existido jamás; recibe sin disminución los bienes á que está llamado, porque no hay carga. Tal fué lo que se resolvió con mucho acierto en Burges. Es máxima cierta, dijo el tribunal, que el derecho de aprovechar la caducidad de los legados está anexo á la carga de pagarlos. Fundan esta regla los jurisconsultos en la naturaleza de las cosas, porque es natural que quienes deben soportar las cargas saquen también de ellas las ventajas eventuales; y fundan igualmente en la voluntad del testador que, habiendo impuesto una carga á su legatario, entiende aprovecharse en el caso de que por cualquier motivo llegue á cesar la carga. Esto no es derecho de acrecer, sino una carga de menos que tiene que soportar el legatario. (1)

294. Ninguna dificultad presenta el principio para su aplicación cuando los herederos legítimos tienen la carga de pagar los legados; si el legado por cualquier motivo, no produce efecto, quedan libres del pago, cesando de ser deudores, puesto que no hay acreedor.

Si concurre un legatario universal con herederos no reservatarios, se pone en lugar de los legítimos, adquiriendo sus derechos y sus obligaciones; los legados quedan entonces á cargo suyo, y si son revocados ó anulados, ó si caducan, tanto menos disminuido queda el legado universal. Lo mismo sucedería si el legatario universal concurriera con un heredero reservatario; porque estando entonces los legados á cargo del legatario universal, á él aprovecha la

1 Búrgos, 4 de Julio de 1821 (Daloz, núm. 4,376, 1º).

revocación, nulidad ó caducidad de las disposiciones testamentarias, en cuanto á que todo lo comprende el legado universal, deducidos los otros legados y la reserva. Esta aplicación del principio se ha disentido sin embargo. Se ha sostenido, ante la sala de casación, que pues la herencia *ab intestato* puede coexistir, en nuestro derecho moderno, con la testamentaria, resulta de ello que el legatario no puede recibir sino lo que le fué legado; que si caducan los legados particulares, repútese no haber dispuesto el testador de las cosas así legadas, por quedar ellas desde entonces en la herencia *ab intestato* y pertenecer al heredero natural; el legatario universal no podría recibirlas, á falta del particular, sino por derecho de acrecer. Esta argumentación no debe impresionar fuertemente al tribunal, porque no vale la pena de ser contestada; el fallo se limita á decir que la institución de heredero comprende la universalidad de los bienes del testador, y que, por consiguiente, los legados caducos deben acrecer al heredero instituido, y no al legítimo. (1) Esta manera de expresarse no es exacta; si el legatario universal lo comprende *todo*, es imposible que haya algo que le *acreza*, y por lo mismo no está bien decir, como lo decía la resolución, que el legatario universal no puede aprovecharse de los legados caducos sino por vía de acrecentamiento; recibe esos legados porque las cosas legadas están comprendidas en el universal.

La sala de casación consagró el mismo principio en materia de nulidad de legados. Tratábase de saber si únicamente el legatario universal tenía derecho de pedir la nulidad de los legados hechos por interpósitas personas en favor de corporaciones incapaces de recibir á título gratuito, ó si pertenecía ese derecho á los herederos legítimos. Es un principio que la acción de nulidad no puede inten-

1 Denegada, 20 de Julio de 1809 (Dalloz, núm. 4,376, 3º).

tarse sino por el que tiene interés, quiere decir, por el que ha de resultar aprovechado con la anulación del legado (núm. 276); pero estimándose no haberse hecho el legado, queda la cosa legada para el que está llamado á recibir todos los bienes, ó sea para el legatario universal. (1)

Antiguamente se discutía este punto. De común acuerdo se resolvía que si comenzaba el testador por hacer un legado universal y hacia en seguida otros particulares, el legatario universal se aprovechaba de la extinción de los particulares, por no ser éstos más que disminución del universal, que subsiste entero si no hay disminución. Pero se pretendía que si comenzaba el testador por hacer legados particulares y legaba en seguida el excedente de sus bienes á un legatario universal, éste no podía aprovecharse de los caducos, porque no se le habían legado las cosas que se comprendian en él. Tanto la jurisprudencia como los mejores autores rechazaban esta distinción. Pothier dice, con razón, que el legado del excedente de los bienes comprende, como universal que es, aun las cosas de que dispone desde luego el testador; como que, en efecto, importa el lugar en que se hallen los legados particulares; los cuales, ya prendan, ya sigan á la institución de un legatario universal, siempre será cierto que éste está llamado á todos los bienes y que, por lo mismo, necesariamente son los legados particulares una disminución del suyo, disminución que deja todos los bienes al legatario universal cuando quede sin efecto. (2)

295. Hemos supuesto que el legatario universal concurre con legatarios á título particular. El mismo principio se

1 Denegada, 3 de Marzo de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 198). Compárese con la de 23 de Diciembre de 1868 (Dalloz, 1869, 1, 193). En el caso, no se declaró la nulidad sino respecto de uno de los colegatarios universales; el legado quedaba, pues, válido respecto de los demás.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 334. Teullier, tomo 3º, 1, pág. 378, núm. 679 y todos los autores.

aplica cuando el testador hizo un legado universal y otros á título universal. Nunca se ha discutido esto cuando los legados á título universal consisten en la universalidad de los inmuebles ó de los muebles que dejó el difunto: en ese caso, es evidente la disminución y, en consecuencia, si queda sin efecto, debe aprovecharse de él el legatario universal. Cuando los legados universales son de una parte del patrimonio, como un tercio ó un cuarto, se ha objetado que de hecho el legatario universal no era más que legatario de los dos tercios ó de los tres cuartos; de lo cual se seguiría que no le podía aprovechar la extinción de los legados á título universal, que debe aprovechar á los herederos legítimos. La objeción es muy débil; supone que el legado cesa de ser universal cuando concurre con legados á título universal, lo cual es un error: los legados á título universal son disminución del universal, como lo son los á título particular; más, desde que hay un legado universal, comprende todo aquello que reciben los demás legatarios. (1)

296. Este mismo principio se aplica al legado á título universal de los inmuebles que concurre con el legado á título particular de un inmueble: en ese caso, el legado particular es desmembración del á título universal, de donde se sigue que la extinción de ese legado aprovecha al legatario de los inmuebles. Lo mismo sucedería si un legado particular fuera desmembración de otro particular. Legó á Pedro los inmuebles que poseo en la Flandes oriental, y á Pablo, una casa que poseo en Gand: ambos legados son á título particular, y como el segundo es disminución del primero, si se extingue por cualquier capítulo, aprovechará la extinción á aquél que está llamado á recibir todos los inmuebles. (2) Así mismo, si lego á Pedro, con cualquier

1 Duranton, t. 9º, pág. 456, núm. 456.

2 Toullier, t. 3º, I, pág. 379, núms. 681 y 682 y todos los autores.

título, la nuda propiedad, y el usufructo á Pablo, la extinción del legado de usufructo aprovechará al legatario de la nuda propiedad: los herederos legítimos no podrían reclamar el usufructo como si se hallara en la herencia *ab intestato*, por estar virtualmente comprendido en el legado de la nuda propiedad. (1)

297. El principio del cual deducimos estas consecuencias se funda en la voluntad del testador. Este puede manifestar una contraria, declarando que si el legado que hace queda anulado ó caduca, entiende que se aprovechen de él sus herederos legítimos. En tal caso, los naturales son los llamados á la cosa legada, no por la ley, sino por una sustitución vulgar. Puede suceder también que no aproveche al heredero legítimo la extinción de un legado particular; esto es punto de intención, y así lo resolvió el tribunal de Tolosa en el siguiente caso. El difunto dejaba un legatario universal y otros á título particular, entre ellos á la madre: esta renunció el legado, prefiriendo su reserva legal. ¿A quién debería aprovechar la caducidad? No podía aprovechar á la heredera natural, puesto que ésta no tenía derecho más que á su reserva, por concurrir con un legatario universal. Tampoco podía aprovechar al legatario universal, puesto que la intención del testador había sido la de imputar el legado sobre la reserva; y como el legatario renunciaba el legado para reclamar su reserva, había que reducir todos los legados; luego, en definitiva, la masa era á la que aprovechaba la extinción de uno de aquellos legados. (2)

Para que se pueda admitir que el legatario universal no aprovecha la nulidad ó caducidad de un legado, es menor que el testador haya expresado claramente su voluntad á este respecto. A los jueces del conocimiento corres-

1 Demolombe, t. 22, pág. 321, núm. 356.

2 Tolosa, 20 de Junio de 1827 y denegada, 15 de Julio de 1828 (Dalloz, núm. 4,378).

ponde apreciar la intención. Se ha pretendido que el legado hecho al ejecutor testamentario, para ejecutar las instrucciones secretas del difunto, no podía aprovechar al legatario universal. El legado era nulo, como hecho á persona incierta: ¿á quién debía aprovechar la nulidad? No era una disminución del legado universal, decían, porque realmente no estaba comprendida en su legado la cantidad de que estaba encargado de disponer el ejecutor; debía, pues, quedar en la sucesión *ab intestato*. El tribunal de Limoges no admitió esta interpretación, diciendo, y muy bien, que un legado universal lo comprende todo, comprendiendo también, por lo mismo, las cosas legadas, en caso de nulidad del legado. En el caso, no se podía invocar la intención del testador, puesto que ni la había declarado, ni resultaba de las disposiciones del testamento, ni de las circunstancias del mismo caso. (1)

También se ha sostenido que cuando, al instituir un legatario universal, se reserva el testador la disposición de ciertos bienes, deberán volver éstos á los herederos legítimos si muere el testador sin haber dispuesto de ellos. En este sentido contiene una disposición del artículo 946 para cuando un donante entre vivos hace la reserva; pero esto se funda en el principio de irrevocabilidad de las donaciones y no se puede aplicar á los legados. Al reservarse la facultad de disponer de ciertos bienes, el testador se reserva una facultad que le pertenece de derecho, la de disminuir el legado universal con nuevas liberalidades; si no hace otros legados, subsiste el llamamiento del legatario universal y abraza todos los bienes que el difunto deja á su fallecimiento. (2)

Así lo resolvió el tribunal de Lieja. Su resolución es irreprochable, conforme á derecho. Lo contrario se resolvió

1 Limóges, 20 de Diciembre de 1830 (Daloz, núm. 3,472, 2º).

2 Lieja, 9 de Mayo de 1821 (Daloz, núm. 708 y (*Pasicrisia*, 1821, pág. 377).

en Dijón y, apelada la resolución, recayó otra denegatoria. Es porque, ante todo, se trataba de una cuestión de intención. Como lo dijo muy bien el tribunal Dijón, el legado universal abraza, sin duda, todos los bienes que dejé el testador al morir, pero teniendo libertad para disponer de su patrimonio como le parezca, y pudiendo, por lo mismo, exceptuar de la disposición universal que hiciere una cantidad de objetos determinados. Mas, en el caso ocurrido, la reserva de la disposición implicaba una excepción; lo cual era decisivo. (1)

298. ¿La revocación, la nulidad ó la revocación de un legado, entrañan la extinción de las liberalidades que el testador dejó á cargo del legado, por cualquier causa quedó ya sin efecto? Generalmente se enseña que subsisten los legados accesorios, aun cuando venga abajo el universal á que están anexos. Los autores dan como única razón de esto, que no siendo ya la institución de heredero, conforme á nuestro derecho, de esencia del testamento, pueden muy bien valer los legados, aunque haya quedado insubstancial la institución de heredero. Esto es evidente en derecho. Pero como más de una vez lo hemos dicho en esta materia, se trata, no tanto del punto de derecho, cuanto de la mente del testador. No se puede fijar, pues, una regla general; que esto sería establecer una presunción, y sólo el legislador está facultado para presumir la voluntad del testador, pues los jueces deben buscar en cada caso esa voluntad, y no están obligados por presunción de ninguna especie. (2)

Aun cuando no es siempre tan precisa la jurisprudencia como los autores gustan de serla, ella favorece nuestra

1 Dijon, 25 de Abril de 1845 y denegada, 11 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, I, 219):

2 Duranton, t. 9º, pág. 457, núm. 457; Aubry y Rau, t. 6º, página 199 y siguientes, núms. 19 y 21. Demolombe, t. 22, pág. 322, número 398

opinión. Un legatario, gravado con una pensión vitalicia de 1,000 francos, renuncia su legado: ¿resultará de aquí la caducidad del sub-legado de la pensión? El tribunal de Pau se declaró por el mantenimiento del sub-legado; pero no resuelve el punto de derecho, sino que busca la intención del difunto y hace constar que, por razón del afecto que profesaba el testador al legatario, más interés había demostrado por el sub-legado que por el legado principal; y esto era decisivo. (1) Otro fallo resuelve que ninguna disposición contiene el código que declare caducos los legados particulares, *tan sólo porque* el universal sería afectado de caducidad; esto es evidentísimo, y no nos atrevemos á decir lo contrario. Pero se sigue de aquí que necesariamente han de subsistir los legados particulares ó sub-legados cuando cae el principal? No dice tal el tribunal de Rennes, ni podría decirlo sin presumir que en todo caso, la voluntad del testador es sostener los sub-legados, y que esa voluntad cambia de un caso á otro. Hay, pues, que remitirse á la apreciación judicial. (2)

De la naturaleza misma de la cosa legada se puede inferir la voluntad del difunto de mantener el sub-legado, en caso de caducidad del legado principal. El que lega una pensión vitalicia á una de sus sobrinas como carga del legado universal hecho á la otra, no entiende que caiga el sub-legado cuando llega á morir antes el legatario universal. Así lo resolvió el tribunal de Nîmes, pero erróneamente, á nuestro juicio, al invocar el principio de derecho según el cual la caducidad de la institución de heredero no entraña la nulidad del legado, bajo la vigencia del código civil; (3) esto no es cuestión de derecho, sino de hecho.

1 Pau, 24 de Junio de 1862 (Daloz, 1863, 2, 152).

2 Rennes, 14 de Mayo de 1825 (Daloz, núm. 3,603, 3º).

3 Nîmes, 16 de Agosto de 1865 (Daloz, 1866, 2, 127).

La misma cuestión ocurrió en otro caso en que la forma del sub-legado quitaba toda dificultad. Deciase en el testamento que el testador legaba á un pariente una renta vitalicia de 8,000 francos, 1,000 de los cuales volverían á su mujer al morir él. Habiendo fallecido antes el legatario, pretendían los legatarios que había quedado extinguida la renta en su totalidad, puesto que la de 1,000 francos formaba parte de la de 8,000. Se resolvió que, aun cuando estaban comprendidas en la misma cláusula, eran distintas e independientes las dos rentas entre sí. El tribunal de París se funda en la intención que el testador había tenido de mantener el sub-legado, á pesar de la caducidad del principal; y por ese motivo fué también por el que se dió en casación un fallo denegatorio, por volver á la suprema facultad del juez del conocimiento la de interpretar la voluntad que había servido de fundamento al fallo que se impugnaba. (1)

§ II. EXCEPCIONES. DEL DERECHO DE ACRECEL.

Núm. 1. Teoría del código.

299. Muchas excepciones tiene el principio que acabamos de desarrollar, á causa de la voluntad del testador. Si prevee él mismo el caso de que el legatario no pueda ó quiera recibir el legado, y si llama á un tercero á recibir la cosa legada, ese legatario sustituido al primero será el que aprovecha la extinción del legado. Esto es lo que se llama sustitución vulgar, y volveremos á tratar de ella (art. 898). Hay otra sustitución que se llama fideicomisaria e implica una sustitución vulgar, es decir, que si el instituido no llega á recibir el legado, le recibirá el sustituto, que es llamado por la voluntad del testador. Más adelante trataremos este difícil punto. La tercera excepción tiene lugar en caso de acreción.

1 Denegada, 19 de Noviembre de 1860 (Dalloz, 1861, 1, 265).

300. Conforme al artículo 1,044, hay acreción en favor de los legatarios en el caso de haberse hecho el legado á varios conjuntamente. Si uno de los legatarios conjuntos no quiere ó no puede recibir el legado, no aprovechará al deudor la parte que aquél debiera haber recibido, sino que se devolverá á sus colegatarios. Legó mi quinta á Pedro y á Pablo; Pablo no hereda el legado, que si le hubiese heredado habría recibido la mitad, pues esa mitad no aprovecha al que está encargado del legado, sino que acrece al colegatario Pedro, en el sentido de que él tiene derecho á toda la finca.

¿Por qué aprovecha al colegatario la parte del legatario conjunto, con preferencia al heredero deudor del legado? Respondemos que la identidad del objeto legado á varios es lo que forma la condición esencial de toda verdadera conjunción y es la base del derecho de acrecer. Tal es la teoría de Ricard. "La acrecencia, dice, sólo puede producir efecto cuando se lega á dos ó más personas indivisa y solidariamente y cuando no se debe hacer la división y partición de ella sino con el concurso de los colegatarios; de suerte que si todos ellos concurren, como por ese concurso desaparece la solidaridad y queda hecha la partición, no tiene lugar el derecho de acrecer; mas si uno de los colegatarios no llega á recibir su parte, no estará hecha la división, y subsistirá la solidaridad entre los que reciban el legado, á lo cual llamamos derecho de acrecer." (1)

Esta teoría es admisible con una explicación. ¿A quién deben aprovechar la revocación, la nulidad ó la caducidad de un legado? Hemos dicho ya que ante todo es ésta una cuestión de intención. La voluntad del testador es la que dispone de sus bienes, y esa misma voluntad es también la que señala á quien ha de pertenecer la cosa ó la parte en

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 202, nota 29 del párrafo 726. Ricard, parte 3º, núm. 445.

la cosa legada, para cuando faltan el legatario ó el colegatario. El principio es indiscutible, puesto que la voluntad del testador es ley para los legatarios. Por tanto, aun cuando hubiera conjunción, tal como la define Ricard, cuando se legara una misma cosa totalmente á dos personas, dependería del testador declarar que no había de haber acrecencia y que la parte del legatario que faltara pertenecería á un sustituto, ó bien aprovecharía al heredero deudor del legado.

Puesto que de la voluntad del testador depende todo, hay que decidir que también la acrecencia se verifica por su voluntad; solo que ésta no se declaró de una manera expresa, sino de la manera como el legado está concebido; legando la misma cosa y en una misma cláusula á dos personas, la lega por entero á cada una de ellas; queriendo, pues, que aquél de sus legatarios que entre sólo al legado reciba la cosa entera, con preferencia al heredero encargado de pagar el legado. (1) Pero como su voluntad no se expresó sino en los términos con que se formuló el legado, hay que concluir de aquí que su voluntad sólo es presunta. En este sentido están redactados los artículos 1,044 y 1,045. Comienza por decir la ley que há lugar á la acrecencia en favor de los legatarios en el caso de que se haga el legado conjuntamente á varios. Esta es la disposición aparentemente imperativa; en realidad, la ley no hace más que presumir que la parte del colegatario conjunto que no recibe el legado debe acrecer á su colegatario. Efectivamente, todo estriba en el hecho de saber si hay conjunción. Ahora bien, al enumerar los casos en que la hay, la ley emplea cierta palabra que indica una presunción: "el legado se reputará hecho conjuntamente." (artículos 1,044 y 1,045). Por tanto, en suma, el derecho de acrecer descansa

1 Duranton, t. 9º, pág. 487, núm. 498. Mourlon, t. 2º, pág. 394. Bruselas, 26 de Noviembre de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 78).

en una voluntad presunta, en los dos casos en que le admite el código.

Resultan de ahí consecuencias muy importantes. Desde luego, cuando el legislador presume la voluntad de las partes, tienen esta libertad para manifestar una voluntad contraria, prevaleciendo siempre la expresa sobre la presunta; y así el testador puede manifestar que no habrá lugar á la acrecencia en los casos en que la ley, fundándose en la voluntad probable, declara que há lugar á ella. Así mismo, puede manifestar que se verifique la acrecencia en los que, conforme al código, se presume que la voluntad del testador fué de que no la hubiera. Ninguna duda hay en este primer punto, que no es más que aplicación del principio que domina en materia de legados: la voluntad del testador forma ley; no interviniendo el legislador sino para interpretarla cuando no la expresó formalmente el testador. Pero no estando fundada esta interpretación más que en probabilidades, puede combatirse por prueba en contrario. Es el derecho común en materia de presunción, y los artículos 1004, y 1,005 no establecen más que presunción. Nosotros vamos buscando una consecuencia que disminuya en mucho la importancia que siempre se ha dado á las reglas relativas á la acrecencia; reglas que nada tienen de absoluto, por depender todo de la mente del testador, y poder invocársela contra las reglas establecidas por la ley al interpretar la intención del testador, de acuerdo con la forma que él mismo dió á su pensamiento. Esto quiere decir, que, en la acrecencia lo mismo que en toda la materia de legados, el hecho prevalece sobre el derecho. Fundase esto en derecho y en razón: en derecho, porque la voluntad del testador hace veces de ley; en razón, porque no debe concederse á la fórmula usada por el testador importancia demasiado grande, por ignorar los testadores las sutilezas y hasta las nociones más elementales del derecho.

Es menester, pues, dejar á un lado las sutilezas cuando no se quiera desconocer la voluntad del testador. Ya hemos hecho notar lo relativo á ésto, y no habría para qué repetirlo. (1)

301. Para comprender las presunciones establecidas por los artículos 1,044 y 1,045, hay que conocer las distinciones que el derecho antiguo admitía. No entendemos hacer la historia del derecho de acrecer, que es completamente inútil para explicar el código; nos sentimos tentados de decir due hace bien al jurisconsulto con olvidar todo lo que le hubiere enseñado el derecho romano en esta materia; los hábitos y costumbres romanos no son los nuestros; y cuando se trata de interpretar la voluntad de los hombres, es preciso buscar lo que piensan y quieren hoy, y no lo que pensaban y querían hace dos mil años. Lo único que conviene recordar, son los casos en que antiguamente se admitía el derecho de acrecer y las fórmulas tradicionales que sirven para expresar esos mismos casos.

Tres de conjunción y, por lo mismo, de acrecencia se distinguían. El primero se conoce con el nombre de conjunción *re et verbis*. Lego mi casa de habitación á Pedro y á Pablo. Los dos legatarios son doblemente conjuntos; lo son por la identidad de la cosa que se les legó indivisa y solidariamente, como dijera Ricard; y lo son también porque los une la misma cláusula; son, pues, conjuntos por la cosa y por la fórmula del legado, *re et verbis*. En este caso, no era dudoso el derecho de acrecer, puesto que cada legatario era llamado á toda la cosa.

Tenía lugar la conjunción *verbis tantum* cuando legaba el testador la misma cosa á varios por una sola cláusula, pero con designación de partes. "Lego mi casa á Pedro y

1 Compárese á Coin-Delisle, pág. 512, núm. 3 del artículo 1,044. Marcadé, t. 4º, pág. 141, núm. 4 del artículo 1,044.

á Pablo, á cada uno por mitad.” No son conjuntos los dos legatarios, porque fueron instituidos por una sola y misma disposición; pero no hay conjunción en cuanto á la cosa legada, sino que más bien hay dos legados: Pedro es legatario de una mitad y Pablo lo es de la otra. Puesto que no están llamados al todo, imposible es que lo tengan todo; faltando, pues, uno de ellos, no puede acrecer al otro la mitad de la casa, por no haberle sido legada.

Por último, tenía lugar la conjunción *re tantum* cuando legaba el testador una misma cosa cierta y determinada á varias personas, pero en cláusulas distintas y separadas. Digo, en la primera de ellas, que lego mi casa á Pedro; y en la segunda, que lego esa misma casa á Pablo: los dos son conjuntos *re*, por la identidad de la cosa, puesto que á los dos se les legó una misma casa; pero no lo son *verbis*, puesto que fueron instituidos en dos distintas cláusulas. Si faltara uno de ellos, el otro tendría derecho á toda la finca, por haberle sido legada entera.

302. ¿Consagró el código la antigua teoría? Admite el derecho de acrecer cuando los legatarios son conjuntos *re et verbis*, que es el caso previsto por el artículo 1,044. Si se hace el legado en una misma disposición, los legatarios son conjuntos *verbis*. Pero si el testador no asignó la parte de cada uno de los colegatarios en la cosa legada, cada uno es llamado á todo ella entera, y por consiguiente, son conjuntos *re*. Debido á esta doble conjunción, la ley admite el derecho de acrecer cuando uno de los colegatarios no puede ó no quiere aceptar el legado.

Por esa misma razón, no admite la ley el derecho de acrecer cuando el testador asignó la parte de cada uno de los colegatarios en la cosa legada, aun cuando hayan sido instituidos en una misma disposición. Según la teoría del código, la conjunción *verbis tantum* no es conjunción, ni por tanto, hay acrecencia.

El artículo 1,045 prevee el caso de conjunción *re tantum*. En el mismo testamento se lega una sola cosa á varios, pero separadamente, es decir, por disposiciones separadas, distintas; el código no admite la conjunción ni, por consiguiente, el derecho de acrecer sino con la condición de que no sea susceptible de división la cosa, sin deterioro.

El código, pues, deroga el derecho antiguo en cuanto á la conjunción *verbis tantum* y en cuanto á la conjunción *re tantum*. ¿Qué motivos hay y, sobre todo, hasta dónde llegan los efectos de tal derogación? Esto es lo que vamos á ver al examinar los diversos casos en que tiene lugar el derecho de acrecer.

Núm. 2. ¿Cuándo tiene lugar el derecho de acrecer?

*I. De la conjunción *re et verbis*.*

303. Cuando á varias personas se les lega una misma cosa por medio de una misma proposición, los legatarios son conjuntos, quiere decir, como lo explica Pothier, son legatarios del total de la cosa. Cuando ambos reciben el legado, necesariamente se divide la cosa, puesto que no puede pertenecer á cada uno de ellos por el todo. Pero si falta uno de los legatarios, el otro tendrá toda la cosa; ¿por qué? *Jure crescendi*, responde Pothier, ó más bien *jure non decrescendi*, porque siendo cada uno de los colegatarios legatario del total de la cosa, recibe ese total únicamente, porque no habiendo concurrencia, no hay división de partes. Impropriamente, pues, se llama *acreseencia* al derecho en virtud del cual recibe toda la cosa el legatario que se quedó sólo. Nada hay que le acrezca, puesto que estaba llamado al total de la cosa; nada hay tampoco que le decrezca, puesto que no concurre con él su colegatario. (1)

304. Si hay conjunción y, por consiguiente, acrecencia,

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 340.

ó por mejor decir, no decrecencia, ¿por qué el artículo 1,044 dice que *reputurá* hecho el legado conjuntamente? La expresión no es muy exacta: es cierta la conjunción, y lo que hay de incierto es la intención del testador: ¿quiso él que la parte del legatario que falta aproveche al colegatario? Esto es probable, y por esta probabilidad presume el legislador que tal es la voluntad del testador. Pero no es más que presunción, el testador puede manifestar una voluntad contraria, que era lo que enseñaba Furgole ya en el antiguo derecho. El testador, dice, puede ciertamente prohibir el derecho de acrecer que resulte de la conjunción, así como derogar los efectos que produce ella y proveer de otra manera, según su voluntad y como lo estime oportuno. En este punto están de acuerdo todos los autores. Tal prohibición, continúa Furgole, puede hacerse ó expresamente, diciendo el testador que no quiere que haya derecho de acrecer entre los colegatarios ordenando que las porciones vacantes queden en la herencia ó bien sustituyendo á las porciones vacantes, porque la sustitución produce un derecho más robusto que el de acrecer. (1) ¿Por qué es más robusto el derecho que resulta de la sustitución? Porque es la voluntad expresa del testador, y tal voluntad prevalece sobre la presunta.

La misma doctrina enseñan los autores modernos. (2) y la jurisprudencia están de acuerdo. Pero, ¿es exacto como lo dice el tribunal de Agen, que la presunción de la ley no puede ser destruida sino por una prueba en contrario que resulte de un escrito? (3) Cuando la ley admite la prueba en contrario, se refiere á las legales, tales como el código las establece, y por tanto, el derecho común es el

1 Furgole, *De los testamentos*, capítulo 9º, núm. 114 (t. 3º, página 361).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 207 y nota 40. Demolombe, t. 22, página 359, núm. 385.

3 Agen, 27 de Noviembre de 1850 (Dalloz, 1851, 2, 19).

que hay que aplicar; mas el derecho común, cuando se trata de interpretar un testamento, está en que se busque la voluntad del testador en las cláusulas de un testamento y en las circunstancias del caso que las expliquen.

*II. De la conjunción *verbis tantum*.*

305. El artículo 1,044 excluye, por lo general, la acreencia cuando los legatarios son conjuntos *verbis tantum*. Esa era la opinión de Pothier, conforme á la de Cujas. Si el testador asigna, dice, á cada uno de los legatarios, á quienes lega la misma cosa, una parte de ella, esos legatarios no son propiamente colegatarios, siendo cada uno legaterio de su parte, y no hay lugar al derecho de acrecer entre ellos. Pothier añade que hay, sin embargo, intérpretes que han creído, en ese caso, que había lugar al derecho de acrecer, pero que la opinión contraria, que es la de Cujas, está más conforme con los principios; porque habiendo asignado partes el testador en la cosa legada á los legatarios, éstos no lo son sino por la parte que se les asignó, ni pueden reclamar lo que no se les hubiere dado. Añade Pothier esta restricción: ‘á menos que prueben, por algunas circunstancias, que se lo quiso conceder el testador.’¹ (1)

306. Los autores modernos y la jurisprudencia han interpretado más latamente la conjunción *verbis tantum*. Rechazan el derecho de acrecer cuando la asignación de partes recae sobre la institución misma de los legatarios: en ese caso, éstos no son llamados sino á determinada porción de la cosa, habiendo en realidad tantos legados cuantas son las partes, y no pudiendo, por tanto, uno de los legatarios recibir lo que no le fué legado. Pero también puede recaer la asignación de partes en la ejecución del legado, es decir, en la partición que los legatarios deberán hacer de la cosa legada si reciben el legado todos ellos; si son ins-

¹ Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm., 349, 350.

tituidos por el todo, ¿qué importa que el testador haya arreglado la partición? La ejecución no puede limitar el legado cuando no está limitado éste por la institución. Sigue, pues, siendo el legado lo que era, y teniendo por objeto toda la cosa legada; por consiguiente, hay conjunción y, en esa virtud, hay también acrecencia. (1) Antes de apreciar esta interpretación del artículo 1,044, debemos ver la manera como se ha aplicado la jurisprudencia.

307. Dice el testador que instituye herederos por una parte á su hermano y por la otra mitad á su sobrino. Se resolvió judicialmente que no hay lugar al derecho de acrecer. La asignación de partes recae en la institución, puesto que cada legatario no fué instituido sino por mitad, y no puede la mitad legada al sobrino volver al hermano, por no haberle sido legada á éste, pues no estando llamado sino á la mitad, nunca puede recibir más que la mitad. (2) En el mismo sentido se declaró en casación que el legado hecho por mitad á dos instituidos de todo lo que el testador deje á su fallecimiento, no da lugar á la acrecencia. Pero importa hacer constar los términos de la resolución. No dijo la sala, como lo hacen los autores, que la asignación que recae en la disposición no da lugar á la acrecencia; sino que comienza por decir que la regla principal que se ha de seguir en la interpretación de los testamentos, es la voluntad del testador, cuya interpretación de esa voluntad es cuestión de hecho; y después, al llegar al medio deducido del artículo 1,044, la propia sala declara que, según ese artículo, los legatarios eran conjuntos, *verbis*, pero no *re*, de donde podría inferirse que no había lugar al derecho de acrecer entre ellos. La sala no se contenta con ese argumento jurídico, pues añade que es lícito al testador derogar el derecho de acrecer; mas, en el caso,

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 202 y siguientes, notas 31, 32, pfo. 726 y los autores que citan.

² Turin, 23 de Agosto de 1808 (Dalloz, núm. 4,413, 1º).

el tribunal de Alzada había hecho constar que nunca había querido el testador dar más que la mitad de la herencia al legatario que la reclamaba toda por derecho de acrecer; de donde resultaba que la anulación del legado hecho á uno de los legatarios debía aprovechar á los herederos legítimos. (1) Esto se reduce á decir que ante todo, la acrecencia es cuestión de intención del disponente.

El testador lega á dos hermanas, por mitad entre ellas, 70 medidas de tierra; muere una de las legatarias, ¿y tendrá derecho la otra á todas las medidas legadas? El tribunal de Douai, resolvió que no había lugar á la acrecencia; resolviendo así conforme á derecho, y dando por motivos los que, de acuerdo con la doctrina generalmente aceptada, expusimos ya (núm. 306). En la institución misma, dice el fallo, inmediatamente después del nombramiento de los dos legatarios y antes de designarse la cosa legada, es donde el testador divide el legado por mitad. Pero el tribunal adopta así mismo los motivos del fallo; y los jueces de primera instancia se habían fundado en la voluntad del testador tal como resultaba de las diversas disposiciones de su testamento, mucho más que el artículo 1,044; el difunto había hecho varios legados en favor de dos personas. En unos, designaba las partes, y en otros, no las designaba; por consiguiente, los legados con designación de partes eran legados divisos, distintos, en razón de cada parte; lo cual excluía el derecho de acrecer. (2) Esto equivale á decir que la intención hace un importante papel en la acrecencia, antes que la ley.

En el mismo sentido está concebido el último fallo dado

1 Denegada, 18 de Mayo de 1825 (Dalloz, núm. 251).

2 Donai, 6 de Agosto de 1846 (Dalloz, 1848, 2, 121). Compárese á Donai, 10 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1851, 5, 473), y una sentencia de París, fundada toda ella en la intención del testador, que la sala busca, no solamente en el testamento litigioso, sino también en otro anterior, nulo. París, 22 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 32).

en casación sobre esta materia. Después de hacer varios legados particulares, dice el testador: "En cuanto al excedente de mis propiedades, bosques, prados, viñas, campos, ingenios, le doy y lego á mis hermanos por mitad;" uno de los hermanos muere antes que el testador: ¿había lugar al derecho de acrecer? No, dice la sala; porque la designación de partes se contiene en la institución misma del legado; resultando de ello que había un legado distinto y separado para cada uno de los hermanos, lo cual impedía la solidaridad de los legados, condición necesaria para que el fallecimiento de uno de los legatarios ocurrido antes que el del testador de lugar á la acrecencia. La sala no se está á esta resolución fundada en el artículo 1,044, pues añade que el fallo impugnado hizo una apreciación de las disposiciones del testamento, y sacó la consecuencia de que el testador había tenido ánimo de dar á cada uno de sus hermanos la mitad de la cosa legada, y no de legarles solidariamente de lo que era objeto de la disposición. (1) De este modo, se toma en consideración la intención de las partes, lo mismo que la disposición de la ley: en definitiva, la designación de partes de los legatarios no es motivo absoluto para resolver, pues no se invoca sino como expresión de la intención del difunto.

308. Ordinariamente los testadores, al instituir varios legatarios, agregan esta cláusula ó expresión *por iguales porciones*. ¿Es esto asignación de partes, en el sentido del artículo 1,044? Si se respondiera afirmativamente, casi siempre se desconocería la intención del testador: éste quiso legar el total de la cosa á cada uno de sus legatarios; si dijo que los llamaba por iguales porciones, ó que se dividirían en porciones iguales, no fué por hacer tantos legados cuantas fueran las particiones, que esto sería una expresión inútil; pero por ser inútil es necesario cuidarse de

1 Denegada, 19 de Febrero de 1861 (Daloz, 1861, 1, 261).

darle otro sentido, según el cual la parte del que no acepta el legado volvería á los herederos legítimos. He aquí la pregunta que importa hacerse cuando se quiere interpretar un legado hecho á varios: ¿prefiere el testador á sus legatarios sobre sus herederos legítimos? No tememos engañarnos afirmando que casi siempre debe responderse afirmativamente.

Tan evidente es esto, que la sala de casación ha casado muchas veces, fundándose en el artículo 1,044, sentencias que declaraban que había designación de partes cuando decía el testador: *por iguales porciones*. En el primer caso, resuelto por el Tribunal Supremo, el testador había instituido en una misma disposición herederos universales, á su hermano y á sus dos hermanas, añadiendo la cláusula de cajón: “para que disfruten y dispongan de la dicha herencia *por iguales porciones*.” Esta expresión, dice el tribunal, no altera la institución conjuntiva que comprende á los tres hermanos á quienes se legó la herencia, pues no anuncia de ningún modo que el testador haya hecho partes y asignado una á cada uno de los herederos que instituyó, sino que, por el contrario, al instituir á los tres sus herederos universales, quiso que la sucesión se dividiera igualmente entre los que aprovecharan la institución. (1) El fallo se dictó conforme á las conclusiones de Daniels é hizo una apreciación justa de la intención del testador. ¿Hizo también una aplicación justa del artículo 1,044? Esto será lo que digamos más adelante.

Los tribunales de apelación comenzaron por resistir á la jurisprudencia de la sala de casación, é invocaban el texto legal, argumento omnipotente. El artículo 1,044 no distingue entre la asignación de partes que se refiere á la disposición y á la que se refiere á la ejecución. Decir que la

1 Casación, 19 de Octubre de 1808 (Dalloz, núm. 4,414, 1º).

expresión ó cláusula de *partes iguales* no es asignación de partes, es borrarla del testamento, por no tener ningún sentido en esta distinción; el tribunal de Pau resolvió, en consecuencia, que no había lugar á la acrecencia. Conforme á derecho, bien podrá tener razón; pero, por su parte, también la sala de casación tiene razón al decir que aquella resolución se oponía á la mente del testador. Este había instituido como herederos universales á su hermano y á su hermana, añadiendo: "para que gocen y dispongan de mis bienes *por partes iguales*." ¿Cuál era la mente del testador? ¿Había querido asignar una parte á cada uno de ellos? No; sino que solamente quería que, en el caso de sobrevivirle ellos se dividieran con igualdad sus bienes. El tribunal concluyó de aquí que no había asignación de partes y que, por consiguiente, el fallo impugnado había violado el artículo 1,044. (1) Más justo habría sido decir que la voluntad del difunto había sido la violada.

En sus últimas resoluciones, insiste más y más la sala de casación en la intención del testador; desaparece la ley, y queda como tal la voluntad del testador. ¿Qué dice el artículo 1,044? Sienta como regla que ha lugar á la acrecencia en favor de los legatarios cuando se haga el legado á varios conjuntamente. La sala dice que es el único principio *absoluto* que establece el código en materia de acrecencia. Esto es también demasiado decir; el principio no es tan absoluto como lo parece, porque todo estriba en saber cuando hay conjunción; y sobre este punto la ley no se expresa de una manera absoluta. La sala lo confiesa. Para saber si hay asignación de partes, debe inquirirse qué sentido dió el legislador á sus expresiones cuando son dudosas, lo cual, dice el fallo, deja en su justo lugar á la

1 Casación, 14 de Marzo de 1815 (Daloz, núm. 4,414, núm. 3). Compárese con la de 18 de Diciembre de 1832 (Daloz, número 4,414 6º).

apreciación de los jueces del conocimiento y *á la investigación de la voluntad del testador.* (1)

El último fallo del tribunal de primera instancia es el más significativo. Tratábase de un caso en que el testador, después de legar á su mujer el usufructo de todos sus bienes, instituía por sus herederos á varios sobrinos suyos, no por partes iguales, sino en proporciones desiguales, al uno por el cuarto, á los otros por el octavo y á otros por el décimo. Uno de los legatarios del décimo falleció antes: los herederos legítimos, sobrinos también, pero excluidos, pidieron que se les aplicara aquel décimo por haber vuelto á la herencia *ab intestato*; pero el tribunal de primera instancia y el de apelación declararon que había lugar á la acrecencia, á pesar de la asignación de partes desiguales hecha á los diversos legatarios. Fundáronse aquellos en que todos los legatarios habían sido instituidos como herederos, y por consiguiente como legatarios universales llamados á toda la herencia, con exclusión de los parientes del mismo grado, sobrinos también pero desheredados; por tanto, según la mente del testador, los sobrinos instituidos debían partirse la herencia en las proporciones que él había indicado; si llegaba á faltar alguno de ellos, ¿debía su parte aprovechar á los otros legatarios, ó á los sobrinos excluidos? Darla á los sobrinos excluidos, habría sido violar manifiestamente la intención del testador que, en su primer testamento, había excluido á esos mismos sobrinos, declarando que si faltaba alguna de las ramas, los otros legatarios se aprovecharían de esa falta. La intención del testador era evidente; mas ¿cómo conciliarla con el artículo 1,044? El tribunal de primera ins-

1 Denegada, 9 de Marzo de 1857, dictado sobre el informe de Bay-el-Moullard. (Dalloz, 1857, 1, 213). Compárese en sentido contrario, á Toullier, t. 3º, 1, pág. 386, núm. 692; Duranton, t. 9º, pág. 489, número 502; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 203, nota 32; Demolombe, t. 22, pág. 342, núm. 374.

tancia dijo que el derecho de acrecer está fundado en la voluntad del testador; que el artículo 1,044 establece una presunción de voluntad, pero no excluye otras manifestaciones de esa misma voluntad. En casación se dió un fallo fundado en la violación del artículo 1,044, denegando el recurso la sala y declarando que el Código Napoleón no contenía fórmulas sacramentales y exclusivas en materia de acrecencia; y concluyó que la voluntad del testador debe producir los mismos efectos, ora la exprese terminantemente, ora se deduzca ella del conjunto de sus disposiciones. Esto es decir que todo depende de la intención del testador. En efecto, la sala cuida de hacer constar que el juez de los autos inquirió la mente del testador en los términos del testamento, en la relación de sus diversas cláusulas y en los documentos del litigio, y que de ahí concluyó que la voluntad del testador había sido excluir absolutamente y en todo caso á los sobrinos á quienes nombraba en su testamento, y que por consiguiente, la universalidad de la herencia debían recibirla los legatarios en las proporciones establecidas por el testamento. (1)

309. Los tribunales de apelación adoptaron la jurisprudencia del de casación, admitiendo la acrecencia, á pesar de la designación de partes, cuando tal fué la intención del testador. Esto es resolver en cuanto al hecho más bien que en cuanto al derecho. El tribunal de Pau aparta el artículo 1,044, diciendo y bien que se reputa hecho conjuntamente el legado cuando se hizo en una misma disposición y sin designación de partes; pero no se debe concluir de aquí que la ley deseche la acrecencia cuando el testador, aun comprendiendo á varios legatarios, indica la porción en que entiende que ejercitan los derechos que les confiere; la intención del testador es la que decide si hay ó no conjunción y, por consiguiente, acrecencia. En el caso

1 Denegada, 17 de Enero de 1868. (Daloz, 1869, 1, 400).

ocurrido, decía el testador: "Instituyo por mis herederos generales y universales á mis dos hermanas *por partes iguales*, para que reciban mi herencia íntegra después de mi muerte." No era dudosa la intención del testador, quien deseaba que solamente sus hermanas recibieran la herencia; por consiguiente, ésta debía aprovechar á la que sobreviviera, si llegaba á morir una de ellas. (1)

Buscan los tribunales la intención del testador, no sólo en los términos del testamento, sino en todas las circunstancias del caso. Un testador lega á sus dos hermanas la parte que le toca en su herencia paterna: prueba, dice el tribunal de Aix, de que quiso que sus bienes se quedaran en la familia. Poco importa, pues, que muera antes una de las legatarias; la otra deberá aprovecharse de la caducidad, pues de otro modo no se llenaría el objeto del testador. En el conjunto de circunstancias, resultado del caso, se en lo que se funda el tribunal para admitir la acrecencia. (2)

310. El tribunal de Bruselas dió, en materia de acrecencia, un fallo que se interpretó de varios modos, lo que prueba que no se redactó con claridad. Comienza por señalar el verdadero principio de que la acrecencia no se verifica por disposición de la ley, sino por voluntad del testador. Como es muchas veces dudosa esa voluntad, el legislador ha establecido presunciones para prevenir añejas controversias. ¿Cuál es la autoridad de tales presunciones? El tribunal responde que á falta de cláusula expresa que prevea el caso de acrecencia, el juez debe atenerse exclusivamente á las presunciones de la ley y desechar toda

1 Pau, 18 de Febrero de 1834 (Daloz, núm. 4,414, 4º). Compárese con lo resuelto en París, 22 de Junio de 1833 (Daloz, número 4,414, 6º).

2 Aix, 14 de Diciembre de 1832 (Daloz, núm. 4,414, 7º). Compárese con lo resuelto en Aix á 17 de Marzo de 1858 (Daloz, 1859, 2, 51); Burdeos, 7 de Enero de 1841 (Daloz, núm. 4,415, 2º).

prueba que ofrezcan los colegatarios para demostrar que el testador quiso la acrecencia entre ellos. Esta presunción es demasiado absoluta, y en casación se la hizo á un lado para atenerse á otros considerandos del fallo recurrido. Es un principio elemental, como lo veremos en el título de las *Obligaciones*, que las presunciones legales admiten prueba en contrario; al declararse en Bruselas que el artículo 1,044 establece presunciones en materia de acrecencia, debía, pues, admitir el tribunal la prueba de los legatarios sobre que, según la mente del testador, había lugar á la acrecencia; ¿no dice el mismo tribunal que ésta depende de la intención del testador? ¿y la intención presunta no debe ceder á la intención probada?

El tribunal examina también la cuestión de hecho. En el caso de que se trataba, el testador, antiguo abogado general, había instituido por sus herederos á su hermana, á su sobrina y á su sobrino, y después añadía: "En consecuencia, se dividirán igualmente entre los tres todos mis bienes, con las cargas y condiciones que se expresarán." El tribunal vió en esta cláusula una designación de partes; desde luego, dijo, la parte de uno de los herederos no puede pertenecer á los otros sin contravenir á la voluntad legalmente presunta del testador. Oponíase la distinción aceptada por los autores y por la jurisprudencia francesa entre la *institución* y la *ejecución*; pero el tribunal respondió que el artículo 1,044 repele semejante distinción puesto que la *institución* y la *partición* no constituyen mas que una misma disposición; y la ley no distingue si la designación de partes se halla en la primera ó en la segunda parte de la disposición. Por estos motivos, rechazó el tribunal la prueba ofrecida por el apelante, en virtud de no ser claros los hechos que éste estableció.

Recurrido el fallo, recayó uno denegatorio que, desentendiéndose de toda la parte jurídica de la resolución, se

atuvo exclusivamente al punto de hecho resuelto por el tribunal, á saber, que en la disposición estaba la designación. Con solo eso, carecía de base el segundo fallo; ya no se puede tratar de la acrecencia cuando el testador legó partes distintas, puesto que, en ese caso, hay tantos legados diferentes cuantas son las partes. Si tal fué la mente del tribunal de Bruselas, la expresó muy mal, porque los términos de la resolución más bien deciden el punto de derecho que el de hecho, y siempre tendremos que la sala de casación de Bélgica se fundó únicamente en la resolución de hecho para denegar el recurso. Su fallo está, pues, en armonía con la jurisprudencia francesa. (1)

311. Si la cuestión de acrecencia fuera cuestión de derecho, la resolveríamos como lo hizo el tribunal de Bruselas, quiere decir, que repeleríamos la distinción que admiten la doctrina y la jurisprudencia entre la designación de partes que se halla en la institución y lo que se halla en la ejecución. La ley no la hace; introducese, pues, en el texto una distinción que rechaza la generalidad de sus términos. Contraria á la distinción es asimismo la distinción. Entendemos por tradición la que habitualmente siguen los autores del código, la opinión de Pothier. Mas Pothier cita precisamente como excluyente del derecho de acrecer la misma cláusula que la jurisprudencia y la doctrina interpretan en favor de la acrecencia. "Lego mi casa á Pedro y á Pablo *por partes iguales*." Los dos legatarios, dice Pothier, lo son cada uno de su parte; luego no ha lugar al derecho de acrecer entre ellos. (2)

Tenemos que hacer otra objeción contra la opinión generalmente seguida, y es que la distinción que hace ella es de tal manera sutil, que no la comprendería la mayor

1 Denegada, 7 de Febrero de 1851 (*Pasicrisja*, 1851, 1, 280). Comárese con lo resuelto en Bruselas á 27 de Noviembre de 1868 (*Pasicrisja*, 1869, 2, 78).

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 349.

parte de los autores. La jurisprudencia admite la acrecencia cuando el testador hace un legado á varias personas en una misma disposición, añadiendo *por partes iguales*; y la rechaza cuando el testador dice que lega la cosa á dos personas *por mitad*. Decir que se da á dos legatarios una cosa *por partes iguales* y decir que se les da *por mitad*, ¿no es decir una misma cosa? Puede afirmarse aventuradamente que el mismo sentido tienen las dos expresiones para los más de los testadores. Dado lo sutil del derecho, hay una diferencia: la cláusula *por mitad* recae sobre la disposición, y la cláusula *por partes iguales* sobre la ejecución; luego una de ellas excluye la acrecencia, mientras que la otra la implica. Nada hay mejor en la teoría; pero las disposiciones de última voluntad no son cuestión de teoría, sino de la voluntad del testador que domina en ella, voluntad que siempre hay que buscar por consiguiente. Puede suceder que, conforme á la mente del testador, no haya lugar á la acrecencia, aunque los legatarios sean conjuntos *re et verbis* (núm. 304), como puede suceder también que tenga que hacerse la acrecencia en virtud de la voluntad del disponente, aunque aquellos sean conjuntos, *verbis tantum*. Esto fué lo que la sala de casación resolvió en su último fallo (núm. 308). Esa resolución es, ni más ni menos, un cambio de jurisprudencia; aparentemente se mantiene la distinción entre la asignación de parte que recae en la disposición y la que recae en la ejecución; pero, en realidad, se resuelve, no según la fórmula, sino según la intención del testador. Este es el verdadero principio. Qui siéramos que se desterrara de nuestra ciencia ese formalismo que tan directamente influye en el ánimo de nuestros jueces; los que están imbuidos en la convicción de que la designación de partes en la institución impide la acrecencia, siempre se sentirán arrastrados á ver una asignación de partes y que excluye la acrecencia. Es preciso qui-

tar del ánimo esas cadenas, estableciendo como principio que la voluntad del testador es la que resuelve si hay ó no acrecencia.

La doctrina tiene más trabajo que la jurisprudencia para sustraerse al dominio de las fórmulas, ella, que es la que forja esas cadenas. Sin embargo, tanto los autores como la jurisprudencia han acabado por reparar que desconocían la voluntad del testador, al apreciarla desde el punto de vista de sus fórmulas. Hasta aquellos que más se adhieren á la distinción que combatimos, confiesan que debe tener lugar la acrecencia, si tal fué la mente del testador, aunque, conforme á las presunciones de la ley, no haya conjunción. (1) Decir que el testador puede declarar una voluntad contraria á la que impone la ley, es confesar que la acrecencia estriba en la intención del disponente, y no en la fórmula que hubiere empleado; lo cual conduce á la doctrina que hemos profesado en toda esta materia: la acrecencia es punto de voluntad, de hecho, no de derecho. (2)

III. De la conjunción re tantum.

312. El artículo 1,043 prevee el caso de la conjunción *re tantum*. En el mismo testamento y por disposiciones distintas, se lega una cosa á varias personas. El código dice: *separadamente*. Es la expresión tradicional para indicar que los legatarios son *conjuntos* en cuanto á la cosa, pero *disjuntos ó separados*, en el sentido de que no están instituidos por una misma disposición. (3) El artículo 1,045 no admite el derecho de acrecer entre legatarios conjuntos *re tantum* si no con la condición de que la cosa no sea susceptible de dividirse sin deterioro. ¿Cuándo lo será ó no en el sentido

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 207 y nota 41. Demolombe, t. 22, página 359, núm. 385.

2 Coin-Delisle, pág. 513, núm. 7 del artículo 1,044. Mourion, tomo 2º, pág. 397.

3 Demolombe, t. 22, pág. 349, núm. 377.

del artículo 1,045? Esta es cuestión de hecho que los jueces resolverán.

Todos los autores, con excepción de Toullier, critican el artículo 1,045. La cuestión de si debe ó no tener lugar la acrecencia depende de la voluntad del testador, y nada tiene que ver con la naturaleza de la cosa legada: el testador puede querer la acrecencia cuando la cosa es divisible, y no quererla cuando es indivisible. En los artículos 1,044 y 1,045, el legislador establece simples presunciones de voluntad; debía presumir la del testador de que el colegatario se aprovechará de la caducidad, cuando hay conjunción *ret tantum*, más bien que en el caso de que tenga lugar la conjunción *re et verbis*; en este último caso, la disposición implica la necesidad de hacer parte, mientras que en el primer caso, el testador lega la cosa entera á cada uno de los legatarios; llama, pues, á cada uno á toda la cosa indivisa, solidariamente, y tal es la base de la acrecencia presunta. No se ve por qué el legislador se separó, en este punto, de la doctrina tradicional. (1) Para conciliar la disposición del artículo 1,045 con los varios principios, Proudhon ha propuesto otra interpretación de ese artículo. Es inútil que nos detengamos en esto; la opinión de Proudhon ha quedado aislada, y no podía ser admitida, puesto que se contradice con el tenor de la ley. (2) Todavía no ocurre la cuestión ante los tribunales, y ello es prueba de que esta especie de conjunción, de uso entre los romanos, no está en nuestras costumbres. Razón de más para dejar aquí tan ociosas discusiones.

Núm. 3. Condiciones.

313. Los artículos 1,044 y 1,045 no establecen ninguna
 1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 204 y nota 34, y los autores que citan.
 Mourlon, t. 2º, pág. 396; Demolombe, t. 22, pág. 351, núm. 379.

2 Proudhon, *Del usufructo*, t. 2º, núms. 734 y siguientes. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 205, núm. 36, y todos los autores.

condición, pues sólo dicen cuándo tiene lugar el derecho de acrecer. Dicho se está que la parte de uno de los legatarios no puede acrecer á la otra sino cuando no la reciba el instituido; así es, que la acrecencia supone la revocación, caducidad ó nulidad del legado que acrece al colegatario. La aplicación del principio da margen á una cuestión muy controvertida. Si se revoca el legado por causa de ingratitud, ¿aprovechará al colegatario? Suponemos que la revocación se hizo en virtud de los artículos 1,046 y 955, y en consecuencia por ingratitud propiamente dicha. Antes (números 265 y 273) hemos expuesto que no se aplican al legatario las disposiciones concernientes á la indignidad del heredero legítimo. Para no confundir la *indignidad* del heredero con la *ingratitud* del *legatario*, importa conservar la expresión de *ingratitud*, que se aplica á las donaciones y á los legados.

A nuestro juicio, el colegatario se aprovecha de la revocación del legado hecha por causa de ingratitud. Proudhon da de esto una razón decisiva. (1) Para que haya lugar al derecho de acrecer, es menester que los legatarios sean llamados á toda la cosa cada uno de ellos. El legatario que acepta el legado debe recibirlle, pues, todo entero, si no le acepta su colegatario. Poco importa la causa para la cual no acepte; basta que no pueda recibir el legado para que su colegatario le reciba entero, porque está llamado al todo. La sala de casación consagró esta opinión, pero por un motivo que no podemos aceptar, por ser él más bien una objeción y una razón para dudar; dice el fallo que la declaración de indignidad hace desaparecer completamente la disposición testamentaria, de suerte que nunca tuvo efecto el legatario con relación al legatario. (2) Esto no es axac-

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. 2º, pág. 231, núms. 688-690.

2 Denegada, 13 de Noviembre de 1855 (*Dalloz*, 1856, 1, 185), y la nota del recopilador, que indica los autores y los precedentes.

to; el legatario ingrato gana los frutos y se le considera como propietario hasta el fallo que declara la revocación (núm. 273). ¿No se deberá concluir de ahí, con Toullier, que habiendo adquirido el legatario un derecho al legado y no estando revocado en derecho retroactivamente, no puede la cosa legada acrecer á un colegatario, de donde seguiría que la revocación aprovecharía á los herederos? (1)

La respuesta á la objeción es fácil y la creemos concluyente. Que caiga el legado á virtud de una causa que retroobre, ó de una que no retroobre, poco importa. La retroactividad concierne á las relaciones del legatario con los terceros; que en cuanto á la acrecencia, ha lugar á ella cuando el legado no aprovecha al legatario instituido y hay un colegatario llamado á la cosa legada: éste la recibe, puesto que su colegatario no puede recibirla. Todavía se hacen otras objeciones en las cuales creemos inútil detenernos, puesto que ya han sido refutadas. (2)

314. Si el legatario que muere antes deja hijos, no por eso acrece menos su parte á sus colegatarios, salvo que sustituyan al padre. Esto no es dudoso, en cuanto al derecho; pero, en cuanto al hecho, es cierto que ese efecto de la acrecencia frecuentemente se opone con la mente del testador. Este instituye por sus herederos universales á dos hermanos; si uno de ellos muere, el otro recibirá toda la herencia. ¿Fué esa la voluntad del testador? No por cierto; porque al mejorar al padre, quiso mejorar también á los hijos, y se halla que aquellos á quienes quiso mejorar están excluidos. Objétase contra esto que si transcurrió cierto tiempo entre el fallecimiento del legatario y el del testador, éste pudo cambiar su testamento, y que, si no lo hizo, su silencio prueba que no quiso llamar á sus sobri-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 388, núm. 698.

2 D'Hauthuile, *Del derecho de acrecer*, pág. 188 y siguientes. En sentido contrario, Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, página 101, nota a; Demolombe, t. 22, pág. 318, núm. 373.

nos á la herencia. La objeción está fundada en derecho. De hecho, los más de los testadores se imaginan que los hijos de su hermano recibirán su parte en la sucesión testamentaria, como la reciben en la sucesión *ab intestato*. Pero ¿pueden los tribunales admitir una representación testamentaria sin una declaración terminante del testador? Ya hemos examinado la cuestión en el tomo XIII de nuestros *Principios* (núm. 503). Desde el punto de vista del derecho, la negativa no es dudosa. (1) Toca á los que redactan los testamentos llamar sobre este punto la atención de los testadores, é insertar una cláusula de sustitución en los legados conjuntivos hechos en favor de parientes próximos.

La sustitución impide la acrecencia cuando hay sustitutos; pero si éstos llegan á morir también, el que sobreviva de los legatarios recibirá el todo en virtud del derecho de acrecer. (2) Tal será con frecuencia la intención del testador; pero bueno será que la manifieste expresamente, porque los tribunales no están dispuestos á admitirla.

315. La sustitución fideicomisaria impide también la acrecencia cuando es válida. ¿Qué deberemos decir cuando es nula? El tribunal de Bruselas resolvió que la nulidad aprovechaba á los herederos legítimos, pero su resolución fué casada conforme á una excelente requisitoria del Procurador general Daniels. Había extraños errores en el fallo impugnado. El tribunal pensaba que el derecho de acrecer sólo tenía lugar en los dos casos previstos por el artículo 1,043, quiere decir, cuando uno de los legatarios repudia el legado ó es incapaz de recibirlle. Esto es contrario á la esencia misma de la acrecencia, tal como siempre

1 Agen, 27 de Noviembre de 1850 (Daloz, 1851, 2, 19), Poitiers, 6 de Enero de 1844 (Daloz, 1864, 2, 137).

2 Duranton, t. 9º, pág. 509, núm. 511. Aubry y Rau, t. 6º, página 204 y siguientes, y nota 35; Demolombe, t. 22, pág. 369, número 392 y siguientes.

lo han entendido. El colegatario conjunto aprovecha la acrecencia en todos los casos en que el otro colegatario no quiere ó no puede por cualquier causa aceptar el legado. Tal es el principio, fundado en la intención del testador: su voluntad fué la de que al llamar á varios legatarios conjuntamente á la cosa legada, cada uno tuviera el todo á falta de los demás, importando poco la causa por la cual falten. Si el testador revocara expresamente la liberalidad que hizo á uno de los legatarios, tal revocación aprovecharía ciertamente á los colegatarios. Sin embargo, no lo dice la ley; ni tenía necesidad de decirlo, porque la ley no es manual. Por lo demás, al tratar de la acrecencia, en la sección intitulada *De la revocación de los legados y de su caducidad*, el legislador señala suficientemente que ha lugar á la acrecencia en todos los casos en que el legado queda sin efecto. Es menester, pues, aplicar al derecho de acrecer, no sólo el artículo 1,043, sino también todos los que declaran un legado revocado, nulo ó caduco. En el caso, el legado era nulo, y el legado nulo se considera como no existente; no pudiendo recibirle el legatario, deberían aprovecharse de él sus colegatarios. (1)

316. ¿Se aplica el derecho de acrecer á los legados en usufructo? Es indudable que sí, cuando falta uno de los legatarios. Tal es el derecho común. Pero si todos aceptan el legado y muere uno de ellos, se extingue su usufructo. ¿Quién se aprovechará de él, el nudo propietario ó los colegatarios? Este punto se controvierte; mas nosotros no vacilamos para decir que no hay derecho de acrecer. ¿Puede tratarse de la acrecencia cuando todos los legatarios reciben el legado? Ciertamente que no; entonces se divide entre ellos la cosa legada, y la parte de cada uno se rige por el derecho común; y es elemental que el usufruc-

1. Fallo de la sala de casación de 8 de Julio de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 433).

to que se extingue se reúna á la nuda propiedad. Objétase que la intención del testador es de que el legatario que sobreviva aproveche la extinción parcial del usufructo. Admitimos la objeción en cuanto al legado del usufructo, como lo hemos tenido en consideración en toda la materia de la acrecencia; pero con una condición, y es la de que el testador haya declarado esa intención, ó que ella resulte de las circunstancias del caso. Si se limitó á legar el usufructo, se está bajo el imperio de los principios generales: para que tenga lugar la excepción, es menester que la haga el testador. Se invoca el derecho romano, queriéndose que lo que era cierto en él lo ha de ser todavía en el día; pero respondemos con Proudhon que en nuestro código no hay vestigio alguno de la doctrina romana, y que la generalidad de las reglas que establece la rechaza. Es inútil insistir entonces en que los principios son de una certidumbre indiscutible. (1)

La jurisprudencia está en el sentido de nuestra opinión. Un excelente fallo del tribunal de Bruselas resuelve la cuestión en unas cuantas palabras. (2) No hay lugar á la acrecencia sino cuando un colegatario no acepta el legado; en el caso, todos los legatarios habían recibido su parte de usufructo, y desde ese momento, la dicha parte, si uno de ellos muere, no puede acrecer á los colegatarios por haber producido su efecto ya el legado. La intención del testador puede introducir excepción, y de ello se ve un ejemplo en un fallo del tribunal de Lieja. (3) El de Aix resolvió el punto en sentido opuesto, pero al denegar la sala de casa-

1. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 210 y nota 47; Demolombe, t. 22, página 361, núms. 387-389. Proudhon, *Del usufructo*, t. 2º, pág. 223, número 675. Tribunal de Lovaina, 2 de Noviembre de 1872, (*Pasicrisia*; 1873, 2, 88). En sentido contrario, Coin-Delisle, pág. 514, núm. 10 del artículo 1,044, Marcadé, t. 4º, pág. 146, núm. 5 del artículo 1,044; Troplong, t. 2º, pág. 265, nám. 2,184.

2 Bruselas, 7 de Abril de 1856 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 371).

3 Lieja, 31 de Diciembre de 1858 (*Pasicrisia*, 1859, 2, 275).

ción el recurso, se cuidó muy bien de apropiarse los motivos del fallo recurrido, resolviendo en cuanto al hecho y no en cuanto al derecho. No es necesario, dijo, examinar si la acrecencia tiene lugar para los legatarios conjuntos de usufructo como para los de la propiedad, porque en el caso, no de la ley recibe el colegatario su derecho, sino de su hermano. (1)

317. También se ha creído que, al caducar por haber muerto el legatario sin aceptarle, el legado del usufructo acrecía al de la nuda propiedad. El interés de la cuestión consistía en el goce de los frutos: ¿debía pertenecer ese goce al nudo propietario desde que se abría la herencia en virtud del derecho de acrecer, ó á partir desde la muerte del legatario del usufructo? La sala de casación se declaró contra la acrecencia, (2) y á nuestro juicio, resolvió con acierto. No había identidad de la cosa legada, ni por consiguiente, conjunción, ni acrecencia. Sería menester, ó una disposición de la ley, ó una del testador para que hubiese acrecencia sin conjunción.

318. ¿Se aplican los artículos 1,044 y 1,045 al legado universal? Tanto el tribunal de París como la sala de casación resolvieron este punto en sentido negativo. Nos parece que el tenor y el espíritu de la ley resuelven en ese sentido el caso. El tenor literal habla de la *cosa legada*, y esta expresión casi no se emplea tratándose de un legado universal; mucho menos aún puede emplearse tratándose del universal que es ó no *susceptible de dividirse sin deterioro* (arts. 1,044 y 1,045). En el mismo sentido está el espíritu de la ley. Cuando se usa conjuntamente á varias personas un legado universal y falta alguno de los legatarios, los que lo aceptan reciben toda la herencia, sin necesidad de

1 Denegada, 1º de Julio de 1841 (Dalloz, núm. 4,436).

2 Denegada, 3 de Junio de 1861 (Dalloz, 1861, I, 327 y la crítica del compilador).

acogerse al derecho de acrecer. Sucede lo mismo con el legatario universal que con el heredero, que tiene un derecho, cuando menos eventual, á toda la herencia: ese derecho se realiza cuando no aceptan el legado sus colegatarios.

La cuestión carece de interés práctico cuando los legatarios son conjuntos *re et verbis*: en ese caso, el legatario que acepta él sólo, la herencia la recibe entera, admitase ó no el derecho de acrecer: los que le admiten entre legatarios universales dicen que hay conjunción, y por lo mismo, acrecencia; los que no le admiten dicen que el legatario recibe toda la herencia por estar llamado á ella. De ahí que la jurisprudencia dé el nombre de acrecencia á lo que, conforme á los verdaderos principios, más bien es efecto de la institución universal. Esto es muy indiferente, puesto que es uno mismo el resultado.

No sucede otro tanto cuando los legatarios universales son conjuntos *re tantum*. El testador lega sus bienes á Pedro y á Pablo en disposiciones separadas. Faltando uno de ellos, ¿tendrá el otro el todo? Sí, según nuestra opinión, puesto que está llamado á ese todo; pero no según la opinión que admite el derecho de acrecer, puesto que no tiene lugar la acrecencia cuando los legatarios son conjuntos *re tantum*. Dejemos á un lado este género de conjunción, que nunca se presenta. El fallo de casación se dictó en el siguiente caso.

Declara el testador que instituye á varias personas por sus legatarios universales, dividiendo después entre ellas sus bienes por partes desiguales. Muere uno de los legatarios: ¿acrece su parte á la de los otros en proporción del derecho hereditario de éstos? Se sostuvo que debía aprovechar al heredero legítimo la falta del legatario. No hay lugar á la acrecencia, decían, puesto que los legatarios

fueron llamados para recibir partes distintas, y así hudo designación de ellas bien caracterizada, lo cual excluye la acrecencia. En casación se resolvió que no era aplicable el artículo 1,044 cuando se lega la universalidad de los bienes á varias personas conjuntamente, pues cada legatario está llamado á toda la herencia en virtud de su institución, y esto hace que sea inútil el derecho de acrecer. (1)

319. Si va anexa una carga al legado que acrece al co-legatario, ¿quedará éste obligado con la carga salvo su derecho á renunciar el beneficio de la acrecencia? Se discute el punto; pero nosotros sin vacilar respondemos afirmativamente. El derecho de acrecer tiene por único fundamento la intención del testador, y cuando éste impone una carga á uno de los legatarios conjuntos, gentiende eximir de esa carga á aquél á quien aproveche la parte del legatario que falte? No por cierto; el colegatario recibe la parte que habría tenido el legatario que hoy falta, y debe recibirla por lo mismo, tal como el testador la instituyó, esto es, con la carga, salvo su derecho para renunciar su acrecencia; el legatario que no acepta el legado habría podido libertarse de la carga con renunciar, é igual derecho debe tener el legatario á quien la parte acrece.

Tal es la solución de nuestra cuestión, ateniéndose, como debe ser, á la voluntad del testador. La tradición romana es la que da lugar á dudas. Nosotros nos desentendemos de ella, ante todo, porque Pothier la desechaba, y Pothier, que no el derecho romano, sirvió de guía á los autores de nuestro código. Nos desentendemos de ella, principalmente por no haber adoptado el código la doctrina romana. Distingúase entre la conjunción *re* y la conjun-

1 Denegada, 12 de Febrero de 1862 (Dalloz, 1862, 1, 244); París, 5 de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 2, 49). Compárese á Demolombe, t. 22, pág. 356, núm. 383; Monlon, según Valetle, t. 2º, pág. 398, 2. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 305; Troplong, tomo 2º, pág. 266, núm. 2,188. En sentido contrario, Aubry y Rau, tomo 6º, pág. 206 y notas 38 y 39.

ción *re et verbis*. En la primera, cada legatario estaba llamado al todo; recibía el todo al aceptar el legado, sin carga, consiguientemente; y si la parte de su colegatario acrecía á la suya, había no-decrecencia más bien que acrecencia. Por el contrario, en la conjunción *re et verbis* hay acrecencia, y así la carga acrece con el legado, bien que la acrecencia es voluntaria. Pues bien, el código no ha admitido la teoría de la no-decrecencia, lejos de eso, rechaza, en lo general, la conjunción *re tantum*; cuando la admite, es á título de acrecencia, y por consiguiente, con el mismo título que la conjunción *re et verbis*. (1) No hay, pues, que distinguir; en este sentido parece haberse declarado la jurisprudencia. (2)

Decimos que la acrecencia es voluntaria, lo cual supone la verdadera. En los legados universales, no ha lugar á la acrecencia (núm. 318), porque si un legatario lo recibe todo, es por haber sido llamado al todo, y si acepta, no puede renunciar la parte que le sobreviene por la no-decrecencia, pues esto sería repudiar lo mismo que ya aceptó. En este punto el acuerdo es general. (3)

320. La partición da lugar á ciertas dificultades en caso de conjunción. Entre los legatarios conjuntos, la partición se verifica por cabezas «i todos ellos son llamados individualmente; pero si algunos fueron instituidos conjuntamente en concurrencia con otros llamados disjuntamente, se sigue como regla que los primeros no reciben en junio más que partes iguales. (4) Con todo, esta regla no tiene nada

1 Proulhon, *Del usu/ructo*, t. 2º, pág. 193, núms. 643 y siguientes. Demolombe, t. 22, pág. 374, núm. 396 y los autores que cita. En sentido contrario, Aubry y Rau (t. 6º, pág. 208 y nota 43) y los autores que citan.

2 Turin, 20 de Diciembre de 1809 (Daloz, núm. 4,439). Colmar, 31 de Julio de 1818 (Daloz, núm. 4,405).^a

3 Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 103, número 355. Demolombe, t. 22, pág. 379, núm. 398.

4 Gand, 28 de Febrero de 1860 (*Pasticrisia*, 1860, 2, 162).

de absoluta, sino que se funda en la intención del testador, intención que puede ser también la de que aquellos á quienes nombró colectivamente hereden por cabeza con los demás legatarios, y la voluntad del testador es ley. (1)

En cuanto á la parte que acrece á los colegatarios, la regla es que se divida en proporción á la que cada uno de ellos está llamado á recibir en la cosa legada. También este principio está fundado en la intención del testador, que la puede manifestar contraria, como sucede cuando llama á varios legatarios colectivamente, por ejemplo, á su hermano y á los hijos de su hermana; si muere uno de los hijos, su parte acrece á los otros hijos, con exclusión de su hermano. (2)

321. ¿Es transmisible el derecho de acrecer, á los sucesores de aquél á quien aproveche? Ninguna duda hay en cuanto á los sucesores universales, que suceden en todos los derechos del difunto; mas el colegatario tenía derecho de recibir la parte del que falta; derecho que nada tiene de personal, sino que procede de la naturaleza del legado, y es por consiguiente patrimonial, y como tal pasa á los sucesores del colegatario que fallece, antes que caduque el legado de su colegatario. (3) Tratándose de un sucesor á título particular, tal como un cessionario, la cuestión se discute mucho, y volveremos á ella en el título de la *Venta*.

SECCION IV.—De los ejecutores testamentarios.

§ I. NOCIONES GENERALES.

322. El artículo 1,025 dice que el testador puede nombrar uno ó varios ejecutores testamentarios. Por derecho,

1 Bruselas, 27 de Diciembre de 1865 (*Pasicrisia*, 1866, 2, 157).

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 207 y nota 42, pfo. 726 y los autores que citan.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 210 y nota 45. Demolombe, t. 22, página 367, núm. 390 y los autores que citan.

el heredero *ab intestato* ó el legatario universal son los encargados de ejecutar la última voluntad del difunto. Sin embargo, dice Pothier, es muy frecuente que para asegurar la mayor exactitud y diligencia en la ejecución de sus últimas disposiciones, nombren los testadores personas á quienes se las confian; y se llaman *ejecutores testamentarios*. (1)

Atribúyese el origen de esta institución á los legados piadosos que llegaron á ser muy frecuentes después del establecimiento del cristianismo; pues como los herederos pagaban con poca fidelidad tales legados, los testadores encargaban de su ejecución á un amigo en quien tenían plena confianza. (2) Sin embargo, el mandato de aquellos ejecutores testamentarios era especial, y no tenía por objeto más que las disposiciones cuya ejecución dependía únicamente de la buena fe de los herederos. En nuestras antiguas costumbres, recibió gran extensión la ejecución testamentaria, al encargarse al mandatario instituido por el testador que cuidara de ejecutar todas las disposiciones testamentarias. Los ejecutores testamentarios son, pues, una institución consuetudinaria. (3)

323. Hemos llamado mandato á la ejecución testamentaria; porque aunque no lo dice el código, ello resulta de la naturaleza misma de la carga que el testador confía al ejecutar. En efecto, aquel da poder á la persona en quien se fija para que execute ó haga ejecutar sus disposiciones: cuando el ejecutor acepta esta comisión, se perfecciona el mandato por la concurrencia de las voluntades del mandante y del mandatario. Furgole concluye de aquí que deben aplicarse al ejecutor testamentario las reglas establecidas para el mandato, pero cuidando de añadir que siempre que ello sea posible; porque las costumbres y el código

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 206.

2 Toullier, t. 3º, I, pág. 320, núm. 576.

3 Coin-Delisle, pág. 485, núm. 1 del artículo 1,025.

civil después de ellas, han introducido multitud de innovaciones con respecto á los ejecutores testamentarios que no son convenientes para el mandato. (1)

Desde luego hay la particularidad de haber un mandatario sin que se sepa de una manera precisa quién es el mandante. Furgole dice que el testador pone al ejecutor testamentario en su lugar ó en el de los herederos; de suerte que no se sabe si es el mandatario del uno ó de los otros. Tampoco los autores modernos no están muy acordes en este punto. Hay quienes digan que el ejecutor testamentario es mandatario de los herederos y de los legatarios, nombrado por el testador. Coin-Delisle dice que no es posible emitir con mayor claridad una idea doblemente falsa; según él, no puede ser el ejecutor testamentario mandatario del testador á quien debe sus facultades. Sin embargo, otros autores muy concienzudos reproducen la idea de Vazeille. Así, según Aubry y Rau, el ejecutor testamentario es un mandatario impuesto á sus herederos ó legatarios universales (2). Semejantes disensiones sobre punto tan elemental, ¿no probarían que la ejecución testamentaria es un mandato de naturaleza absolutamente especial á quien no es posible aplicar las ideas del mandato ordinario? Cierto es que el ejecutor testamentario recibe sus facultades del testador; pero, conforme al derecho común, el mandato concluye con la muerte del mandante, siendo así que la ejecución testamentaria comienza precisamente cuando él muere. De modo que el mandato se forma en un momento en que ya el mandante no puede expresar su consentimiento. Esto prueba que no hay ver-

1 Furgole, *De los testamentos*, cap. 10, sec. 4^a, núms. 13 y 15 (t. 4º, pág. 152).

2 Furgole, cap. 10, sec. 4^a, núms. 13 y 14 (t. 4º, pág. 252). Vazeille, t. 3º, pág. 88, artículo 1,025, núm. 1. Coin-Delisle, pág. 486, número 4 del artículo 1,025 y nota. Aubry y Rau, t. 6º, pág. 131, párrafo 711.

dadero mandato conferido por el testador, puesto que el mandato es un contrato, y el contrato no puede formarse más que por el consentimiento de todos los contratantes. ¿Se dirá que el ejecutor testamentario es mandatario de los herederos, impuesto, si se quiere, á ellos? Aun en esto faltan las ideas del mandato ordinario. El mandatario representa al mandante en cuyo nombre obra, y en realidad el mandante es quien obra por mediación del mandatario. Tal no es ciertamente el papel que hace el ejecutor testamentario. Representa en tan insignificante manera á los herederos, que más bien fué establecido contra ellos, cuya acción limita él y entorpece; si ocupa su lugar para ejecutar la última voluntad del difunto, es porque éste desconfió de la exactitud, actividad y hasta de la buena fe de sus herederos; de modo que aquí tenemos un mandatario, si queremos considerarle como tal, que hace lo que sus pretendidos mandantes no tienen disposición de hacer. Concluyamos con que la ejecución testamentaria es un mandato organizado por las costumbres del código civil sin tener presente el derecho común.

324. ¿En qué forma debe hacerse el nombramiento de ejecutor testamentario? Pothier dice que el testador le nombra en su testamento. Furgole cree que el tal nombramiento podría haberse hecho en cualquier otro instrumento público ó privado que bastara para hacer constar el mandato. (1) Vése que la idea d-l mandato ofusca á los intérpretes en vez de ilustrarlos. Todos los autores modernos se sujetan á la opinión de Pothier: una cláusula concerniente á la ejecución del testamento forma parte esencial del mismo y debe, por lo tanto, hallarse en el instrumento que contiene la última voluntad del difunto. Nosotros ni siquiera admitiríamos, como ciertos autores, que

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 206. Furgole, capítulo 10, sec. 4^a, núm. 10 (t. 4^a, pág. 161).

el nombramiento se puede hacer en codicilo, esto es, en un instrumento revestido de las formas del testamento, pero sin más objeto que nombrar al ejecutor testamentario. (1) La palabra *codicilo* no existe en nuestras leyes, y bueno sería no usar palabras que ellas no conocen, sobre todo, cuando se refieren á un orden de ideas que nos es del todo extraño. No basta, para que haya testamento, que se observen las ritualidades testamentarias, sino que también se necesita que el documento contenga disposición de bienes. Si pues nombrara el testador un ejecutor testamentario en un escrito fechado y firmado por él, no sería válido ese nombramiento que sería un instrumento hecho con las formalidades testamentarias, mas no un testamento. Ahora bien, la tradición y los principios quieren que el testador nombre á su ejecutor testamentario en su testamento. Esto es quizás muy riguroso, pero al legislador es á quien incumbe corregir el rigor de la ley.

325. La ejecución testamentaria no es una función pública, sino un simple oficio amistoso que tiene por objeto intereses puramente privados. De ahí, dice Pothier, que personas que son incapaces de desempeñar funciones públicas no dejan de poder ser ejecutorias. Así, una mujer puede serlo; lo dice el código (art. 1,029). Un extranjero puede ser investido de ese mandato. (2)

El artículo 1,028 dice que el que no se puede obligar no puede ser ejecutor testamentario. Esto es una nueva derogación de las reglas del mandato. Conforme al artículo 1,990 se puede escoger á las mujeres y á los menores emancipados para ejecutores testamentarios. Hay una razón de esta diferencia, y esa razón prueba que es erróneo asimilar la ejecución testamentaria al mandato. Los ejecutores responden de su gestión, y deben dar cuenta á los herederos;

¹ Aubry y Rau, t. 6º, pág. 131. Coin-Delisle, pág. 486, núm. 6 del artículo 1,025. Demolombe, t. 22, pág. 17, núm. 21.

² Colmar, 8 de Noviembre de 1821 (Dalloz, núm. 4,046).

mas no son éstos quienes los eligen, sino que más bien fueron elegidos contra ellos; y si el testador quiere garantías contra los herederos, la ley quiere que también éstos las tengan contra los ejecutores testamentarios; siendo la garantía más natural la de que los últimos tengan capacidad para obligarse. Notable es esta disposición, que nos da á conocer otro carácter de la ejecución testamentaria. Por más que el testador sea quien nombre al ejecutor, no se le permite que encargue esa ejecución á quien él quiera, pues la ley limita las facultades del testador en favor de sus herederos. Si pues la ejecución testamentaria es un mandato, no depende únicamente de la voluntad de aquél que la confiere, sino que es también un mandato legal, en cuanto á que la ley le define y le limita. (1) Este principio es elemental, y volveremos á él.

326. Aplicándole, declara la ley que el menor no puede ser ejecutor testamentario; en efecto, los menores son incapaces para contratar (art. 1,124). El artículo 1,030 añade que el tutor no puede autorizar al menor para que sea ejecutor testamentario. Inútil era decir esto; puesto que, según nuestro derecho moderno, no es el menor quien obra con autorización de su tutor, sino el tutor el que representa al menor en todos los actos civiles (art. 450); sería, pues, contrario á los principios de nuestra tutela que el menor desempeñara funciones de ejecutor testamentario con autorización de su tutor.

Conforme al artículo 1,030, tampoco el menor emancipado puede ser ejecutor testamentario, ni aun con autorización de su curador. (2) Verdad es que el menor emancipado es capaz hasta ciertos límites, pero el legislador no

1 Toullier, t. 3º, I, pág. 321, núm. 578. Demolombe, t. 22, pág. 20, núm. 24.

2 El curador no autoriza al menor emancipado; simplemente le asiste.

creyó que esa capacidad limitada fuera suficiente para garantizar los intereses de los herederos.

327. En cuanto á la mujer casada, es incapaz en cuanto á que se puede obligar sin autorización de su marido, ó bien judicial. Entre las dos autorizaciones hay la diferencia de que la judicial no puede facultar á la mujer para obligarse más que respecto de la nuda propiedad de sus bienes si el marido tiene el goce de ellos; mientras que el marido, al autorizar á su mujer para obligarse, renuncia su usufructo en favor de los acreedores, los cuales tienen, por consiguiente, acción sobre toda la propiedad de los bienes de la mujer. Esta distinción explica la primera disposición del artículo 1,029: la mujer no puede aceptar la ejecución testamentaria sino con el consentimiento de su esposo. Supone la ley que la mujer está casada bajo un régimen que deja al marido el usufructo de sus bienes: tales son el régimen de la sociedad, el régimen exclusivo de sociedad y el régimen dotal en lo concerniente á los bienes dotales: la mujer casada no podría, bajo estos regímenes, aceptar la ejecución testamentaria con autorización judicial, porque tal autorización no daría á los acreedores más que un derecho sobre la nuda propiedad de los bienes de la mujer, y sería insuficiente esa garantía. No sucede lo mismo con la mujer separada de bienes, sea por capitulación matrimonial, ó por sentencia judicial; pues no puede aceptar la ejecución testamentaria con consentimiento de su marido, ó, si éste se niega á darle, con autorización judicial. Bajo ese régimen, el marido no tiene el goce de los bienes de su mujer; por consiguiente, al obligarse ella, compromete la propiedad absoluta de sus bienes, con tal que se obligue con autorización, sea marital, sea judicial.

Se pregunta si el marido que autoriza á su mujer, casada bajo el régimen de comunidad de bienes, para que acepte la ejecución testamentaria, obliga á la sociedad conyugal

y á su propio patrimonio. Volveremos á esta cuestión en el título del *Contrato de Matrimonio*, que es el lugar que le corresponde.

328. La única condición que exige la ley es la capacidad para obligarse; pero no establece ninguna incapacidad especial. Resulta de aquí que el testador puede confiar esas funciones á un legatario, á un testigo y hasta al mismo notario que autoriza el testamento. (1) En cuanto á los notarios, ocurre una pequeña dificultad, á saber: que no pueden autorizar ningún instrumento que contenga alguna disposición en su favor; esta prohibición, establecida por la ley de 25 ventoso, año XI (art. 8º), la invocan para inferir de ella que es nulo el testamento si confiere al notario su ejecución. Pero el tribunal de Gand responde, y su respuesta es concluyente, que, lejos de ser liberalidad, es por sí misma una carga la ejecución testamentaria, es un simple mandato, y que esto concluye la aplicación del artículo 8º. En el caso que se ofreció, el primer juez se había apoderado de la idea del mandato para concluir de ella que, siendo mandatario como tal ejecutor testamentario, era por lo mismo el notario parte en el testamento, lo cual le hacia ser nulo, por no poder intervenir él en propia causa (art. 8º). Pero el tribunal de Gand contesta que sólo una parte hay en el testamento, que es la del testador, pues el notario, aunque sea ejecutor testamentario, no figura ni puede figurar allí como parte, puesto que está en la esencia del testamento que sea obra solamente del testador. No se puede decir que se forme verdadero mandato por la aceptación del ejecutor testamentario, porque, en el momento de aceptar él, ya murió el testador, lo cual hace imposible el concurso de su consentimiento. En todo caso, si hay mandato, es un mandato de naturaleza absolutamente especial; un mandato que no existe á la hora de confección.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 132 y notas 4 y 5.

narse el testamento, y así no se puede decir que en él sea parte el notario, como ejecutor testamentario. (1)

329. La ejecución testamentaria que se confía al notario engendra aún otra dificultad: ¿puede recibir remuneración á título de paga, por ejecutar el mandato que se le confió? Importa plantear la cuestión en términos más generales. Hay personas incapaces de recibir á título gratuito: ¿puede encargárselas la ejecución del testamento, aun cuando el testador les haya dejado un legado á título de remuneración ó paga? No cabe duda en responder afirmativamente cuando no hay remuneración agena á la ejecución testamentaria. Se resolvió ya que el sacerdote que asiste al testador en su última enfermedad puede ser nombrado ejecutor, á menos que se pruebe que se le confirió la ejecución testamentaria para eludir la incapacidad de recibir de que estaba afectado. (2) Es distinta la cuestión de si el ejecutor, incapaz de recibir, puede no obstante ser gratificado con algún obsequio, á título de gratitud, de paga ó de remuneración. Si se trata de verdadera paga que, en caso de necesidad puede tasar el juez, no cabe duda; una paga no es liberalidad, y la ejecución testamentaria no es esencialmente gratuita. Lejos de eso, en nuestro antiguo derecho, acostumbrábase que el juez tasara una paga si no la había hecho el testador. (3) La cuestión es más delicada cuando el testador dejó un legado para el ejecutor testamentario. En derecho estricto, el legado remuneratorio sólo deja de ser legado en el caso de que tuviera el legatario acción para hacerse pagar el servicio que prestó; mas el ejecutor testa-

1 Gand, 12 de Abril de 1839 (*Pasicrisia*, 1839, 2, 71; y Dalloz, número 335, 4º). Compárese el fallo del tribunal de Gand de 24 de Enero de 1856 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 170).

2 Pau, 24 de Enero de 1825 (Dalloz, núm. 338, 2º).

3 Bacquet, *Del derecho de bastardía*, cap. 7º, núm. 14. Van den Hane comentando el artículo 9 de la rúbrica 28 de la práctica de Gand. Véase el fallo precisado (nota 1º de ésta página) del tribunal de Gand, confirmado por la sala, fallo de 6 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 170).

mentario no tiene acción, y esto parece resolver en su contra la dificultad. Pero aun hay otra consideración, que nos obliga á inclinarnos á la opinión contraria. La ejecución testamentaria es una materia tradicional que el código tomó de las costumbres; por tanto, hay que interpretar el código conforme á la antigua jurisprudencia. Esto supuesto, trae Pothier, como doctrina cierta é indiscutible, que cuando el testador nombra ejecutor testamentario á alguien á quien no puede dejar nada por testamento, no deja de poder hacerle un obsequio módico para recompensar el cuidado que ponga en la ejecución. Tal es también la opinión más generalmente sostenida por los autores modernos. (1)

La jurisprudencia está vacilante. Se declaró ya que no teniendo derecho á recompensa alguna el ejecutor testamentario, no se puede considerar como legado lo que con aquél título se le hubiere abonado. (2) La objeción no resuelve la dificultad. No se trata de si el ejecutor testamentario puede reclamar honorarios: es indudable que no, puesto que el mandato es gratuito por su naturaleza, y el código no reproduce lo que enseñaba el derecho antiguo prometiendo al juez que abonara un honorario al ejecutor testamentario. Pero el mandato no es esencialmente gratuito (artículo 1,986); y así el mandatario puede recibir una recompensa; si ésta no excede del importe de los servicios prestados no hay razón para declarar nulo el legado hecho por el testador al ejecutor testamentario. Poco importa que aquel le haya calificado como legado: los tribunales decidirán si hay paga ó legado, según las circunstancias, los cuidados que demande la ejecución y el monto de la recompensa que se hubiere legado.

También se resolvieron varias ocasiones en Bélgica que la disposición hecha en favor del ejecutor testamentario era

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 211. Toullier, tomo 3º, 1, pág. 322, núm. 580. Demolombe, t. 22, pág. 15, núm. 19.

2 París, Febrero de 1833 (Daloz, núm. 3,585).

un legado. Los términos mismos y el importe de la recompensa no permitían dudar. (1) Apícanse, en este caso, los principios relativos á los legados, así en lo relativo á la capacidad del legatario como á sus obligaciones con respecto al Fisco.

Esos principios se aplican también á los notarios. Conforme al artículo 8.^o de la ley de 25 ventoso, año XI, tal como generalmente se le interpreta, los notarios no pueden autorizar un testamento que contenga disposiciones en su favor: de modo que si la disposición hecha en el del ejecutor testamentario contuviese una liberalidad, sería nula y el testamento estaría viciado. (2) Pero una remuneración (3) ó una paga, no serían obstáculo para su validez. Lo contrario se resolvió en Donai, fundándose el tribunal en que la ejecución testamentaria con designación de paga constitúa al notario parte en el testamento. (4) Ya hemos contestado esta objeción. El notario no es parte en el testamento en que se le nombra ejecutor, ni tampoco lo es cuando viene anexa una paga al mandato que se le confirió. Si fuera parte, habría concurso de consentimiento, y en consecuencia, contrato; ¿y un testamento puede ser contrato? Vése que siempre la idea de mandato es la que hace á los intérpretes que caigan en el error. Conforme á nuestra opinión, la ejecución testamentaria no es verdadero mandato.

330. Con todo, hay que aplicar por analogía á la ejecución testamentaria los principios propios del mandato cuando en ella militan las mismas razones que en éste: la aplicación analógica de las leyes es derecho común. Esto supuesto, se pregunta si puede el ejecutor renunciar la carga que se le confió, aunque no tenga excusa legítima. To-

1 La Haya, 23 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 17). Bruselas, 4 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 26).

2 Compárese con lo resuelto en Gand á 6 de Febrero de 1857 (*Pasicrisia*, 1857, 2, 170).

3 Gand, 18 de Enero de 1872 (*Pasicrisia*, 1872, 2, 102).

4 Donai, 15 de Enero de 1834 (Dalloz, *palabra Notario*, núm. 414).

dos admiten que se puede renunciar la ejecución testamentaria, lo mismo que el mandato, sin que haya obligación de alegar alguna excusa; pero una vez que el ejecutor aceptó el cargo, está obligado por su consentimiento como el mandatario, aun cuando no haya mandato propiamente dicho. Así, por lo menos, lo enseñan. (1) Esto es dudoso. No hay contrato: el ejecutor no se obliga para con el testador, que ya no vive, ni tampoco para con los herederos de quienes no es mandatario, ni por último para con los legatarios que no están llamados á consentir. A nuestro juicio, pues, puede dejar cuando quiera la ejecución testamentaria: cosa que no pasa tratándose del mandato (artículo 2,007); pero aquí no hay analogía, pues no se puede comparar al ejecutor, que con nadie contrae obligación, con el mandatario que sí la contrae con el mandante.

Estos principios tienen una excepción cuando el testador hizo un legado al ejecutor testamentario en razón de la carga que le impone. El ejecutor puede, en todo caso, renunciar el cargo renunciando el legado; esto es de derecho común. ¿Hay casos en que tenga derecho al legado aun cuando renuncie el cargo? Esto depende de la intención del testador; siendo, por lo mismo, punto de hecho que debe dejarse al arbitrio judicial. Hay autores que dicen que debe presumirse que el testador hizo el legado en atención al cargo; otros sostienen que, á lo menos en ciertos casos, hay que presumir lo contrario. Pero vale más decir que no hay presunción de ninguna especie: respecto de la legal, no se trata de ella; y en cuanto á las humanas, dependen ellas de las circunstancias del caso, y esas circunstancias varían de uno á otro; siendo inútil preverlas *a priori* é imposible dar regla sobre este punto.

Pregúntase igualmente si puede el ejecutor testamentá-

1 Furgole, cap. 10, sec. 4^a, núms. 20 y 22 (t. 4^o, págs. 154 y 155) y todos los autores modernos (Daloz, núm. 4,032 y Demolombe, tomo 22, pág. 6, núms. 7 y 8).

rio renunciar el cargo después de haber aceptado el legado. Si éste es independiente del cargo, claro está que el ejecutor puede recibir el legado y renunciar el cargo, conforme á derecho cuando menos; porque bajo el aspecto de la delicadeza, sería indiferente dar cualquier solución. Si se hace el legado en razón del cargo, se vuelve al derecho común: habrá entonces un legado con carga, de suerte que el legatario se obliga á cumplir con ésta aceptando el legado. (1)

331. ¿Puede el ejecutor testamentario hacer que le reemplace persona competentemente autorizada? Es indudable, cuando tal derecho se le dió por el testador. (2) La sala de casación resolvió en términos generales "que ninguna ley obliga al ejecutor testamentario á obrar personalmente ni le prohíbe que haga que un apoderado especial desempeñe todas las obligaciones que se le impusieron por el testamento." (3) No hay ley, es verdad, y faltando la ley, sería difícil prohibir al ejecutor testamentario que se hiciera representar por un apoderado. Sin embargo, hay una razón para dudar. Ordinariamente el testador concede la ocupación del mobiliario al ejecutor testamentario; ¿y podría transladar esa misma ocupación, con los derechos que de ella resultan á un mandatario? Esto nos parece muy dudoso. En el espíritu de la ley entra que el ejecutor testamentario haga por sí mismo los oficios de amigo que se le confiaron; y ni la amistad ni la confianza se transladan por medio de procuración. Ni se concibe tampoco que deban sufrir los herederos las restricciones que la ejecución testamentaria pone á sus derechos de

1 Compárese á Duranton, t. 9º, pág. 375, núm. 391; Demolombe, t. 22, pág. 9, núms. 12.14.

2 Colmar, 8 de Noviembre de 1821 (Daloz, núm. 4.046).

3 Denegada, 26 de Mayo de 1829 (Daloz, núm. 4.056). Esta es la opinión general (Coin-Delisle, pág. 488, núm. 14 del artículo 1.025, Aubry y Rau, t. 4º, pág. 132 y nota 10; Demolombe, t. 22, pág. 34; núm. 41.

parte de un tercero á quien transmitiera sus facultades el ejecutor. Hay un vacío en la ley, que señalamos al legislador; á nuestro juicio, los derechos y obligaciones del ejecutor testamentario no son transmisibles.

§ II. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL EJECUTOR

TESTAMENTARIO.

Núm. 1. *Principio.*

332. Hay un principio que domina en toda esta materia: ¿puede el testador conferir al ejecutor testamentario las facultades que él quiera; ó esas facultades deben restringirse dentro de los límites de la ley? Esta cuestión está muy discutida, y no faltan dudas á que da lugar. Creemos que el testador no puede conferir al ejecutor testamentario más facultades ni poderes que los que le confiere la ley misma. Este principio resulta de la naturaleza de la ejecución testamentaria. Impone esa ejecución restricciones al derecho de los herederos; ¿y quién las impone? El testador; es decir, que el difunto prolonga su dominio más allá de la tumba y pone trabas al ejercicio del derecho de propiedad en un momento en que aquel ya no vive. He aquí, en verdad, una situación excepcional, una derogación de los principios fundamentales que rigen el derecho de propiedad. Desde el momento en que muere, deja de ser propietario el difunto, y la propiedad y la posesión de sus bienes pasan de pleno derecho á sus herederos. Mas la propiedad es un derecho absoluto, exclusivo, que sólo pueden restringir ó la ley ó los contratos libremente consentidos por los propietarios; ¿y se concibe que aquel que ya no vive, que ya no puede tener ningún derecho, llegue á restringir los de los vivos y ejerza imperio su voluntad cuando él cesa de ser? Dícese que tal es el derecho del testador, puesto que dispone de sus bienes para

un tiempo en que ya no ha de vivir (art. 895). Sin duda; pero ¿cuál es el tiempo en que se ejecutan las disposiciones del difunto y cuáles las que le es lícito adoptar? El dispone de sus bienes, quiere decir, transmite la propiedad á sus legatarios al momento de morir. En ese momento cesan sus derechos, y comienzan otros. Los de los herederos instituidos y de los legatarios son creados por la voluntad del testador, pero desde el momento en que se abren quedan independientes de esa voluntad. Es, pues, un derecho absolutamente excepcional el que ejerce el testador cuando encarga á un ejecutor testamentario la ejecución de sus últimas disposiciones; el mandato que le confiere no comienza sino después de su muerte, obra por la mediación de su mandatario, en un momento en que ya no vive; obra como propietario, cuando ya no le pertenece la propiedad, y llega á restringir derechos que no dependen ya de él. Todo esto es anormal, excepcional hasta el más alto grado, y, por consiguiente, de la más estricta interpretación.

En vano se dirá que el testador es libre para disponer de su patrimonio como le parezca; que si podría no dejar nada á sus legatarios, con mayor razón puede restringir sus derechos nombrando un ejecutor testamentario. (1) La objeción supone que el que puede lo más puede siempre lo menos; pero nada más falso que este principio, si se quiere hacer de él una regla general. Indudablemente podía el testador no haber dejado nada á los que instituyó como sus legatarios; pero no puede transmitirles una propiedad distinta de la que organiza la ley; no puede transmitirles una propiedad limitada, cuando la ley declara la propiedad absoluta é ilimitada; no puede tener la pretensión de ejercer aún su derecho cuando ya no es propietario ni vive ya.

¹ Troplong, núm. 2.026, t. 2º, pág. 201; Demolombe, t. 22, página 80, núm. 90.

Se objeta que ninguna razón hay para restringir el derecho que da la ley al testador de encargar á un ejecutor testamentario la ejecución de sus disposiciones. ¿Qué quiere la ley? Quiere dar al testador medio de proveer á la ejecución de sus disposiciones; debe, pues, permitirse que invista á su ejecutor testamentario de todas las facultades necesarias para conseguir aquel objeto. (1) Esto es olvidar que también los herederos tienen derechos que es menester tomar en cuenta: se trata de conciliar los derechos de los legatarios, cuyo ejecutor es el representante, con los de los herederos. Conforme á los principios, el derecho de los herederos es un derecho absoluto, puesto que es un derecho de propiedad, y conforme á los principios también el derecho del testador cesa á su muerte. Al legislador y sólo á él toca determinar qué derechos quiere mantener al testador para cuando ya deja de existir, y con qué límites le permite poner trabas al derecho de propiedad de los herederos. ¿Son demasiado estrechos esos límites? ¿habría debido conceder la ley un poder más amplio al testador? Son cuestiones de legislación estas, que no corresponde al intérprete resolver. ¿Con qué derecho le había de dar él á un muerto facultades que no le da la ley? ¿Con qué derecho modificaría la propiedad de los herederos que la propia ley declara absoluta? (2)

Dicen que esta interpretación restrictiva hace á la ley ilógica, inconsecuente; pero esto es olvidar que la ejecución testamentaria fué introducida por las costumbres, antes de que la formulara la ley. La tradición desempeña en esta materia un importante papel, y hay que tenerla en cuenta, á salvo que la modifique el legislador, si procede.

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 133 y nota 11, pfo. 711.

2 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 3º, pág. 261. Compárese á Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 12 y las observaciones muy justas del redactor de los fallos del tribunal de Bruselas (*Pastoriza*, 1815, pág. 529).

Pothier pregunta si puede el testador hacer extensiva la posesión que los usos concedían al ejecutor testamentario: "No lo creo, dice, porque á virtud de la ley tiene el ejecutor la posesión de los bienes del testador; y como en favor de éste la concede la ley, puede él muy bien restringirla, pero no estenderla; porque no puede por sólo su voluntad dar la ocupación de sus bienes, para después de muerto, á su ejecutor, puesto que únicamente la ley puede conceder á éste esa ocupación, y el testador no puede concederle nada que no le conceda la ley." Así opina también Ricard. (1) Lo que dicen Pothier y Ricard de la ocupación, debe aplicarse por idéntica razón á todas las facultades del ejecutor testamentario, porque hay esa identidad de razón. Ciento que en derecho antiguo, las costumbres mismas daban la ocupación al ejecutor, mientras que, conforme al código civil, el testador puede darla si lo quiere; pero en nada afecta esta diferencia á la cuestión que debatimos, porque siempre en virtud de la ley es como el testador concede la posesión; por lo cual no puede concederla sino dentro de los límites de la misma ley.

333. Casi todos los autores siguen la opinión contraria, pero tal es el desacuerdo entre ellos que apenas si puede decir que tengan un principio. MM. Aubry Rau distinguen admitiendo la interpretación restrictiva cuando se trata de facultades que no tienen por objeto ejecutar la última voluntad del testador; pero habiendo autorizado á éste el legislador para nombrar un ejecutor testamentario, le dió por ende la facultad de conferir á ese mandatario todas las que necesitara según las circunstancias. (2) La distinción es poco jurídica. Si el testador no puede limitar el derecho de propiedad de los herederos, dando facultades á su mandatario ajenas á la ejecución del testamento, tampoco tiene

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 217.

2 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 133 y nota 12.

ese derecho fuera de los límites que la ley fija á la ejecución testamentaria. Para la teoría que combatimos, habría bastado con el artículo 1,025 que da al testador derecho para nombrar un ejecutor testamentario y era inútil hablar de las facultades que se derivan de ese mandato, puesto que es libre el testador para determinarlas según los casos. Si la ley las define, razón debe de tener para ello; y esa razón es precisamente la de que el legislador quiso y debió señalar los límites que nos es dado al testador traspasar. Este es el único medio de prevenir la arbitrariedad, quiere decir, la violación del derecho de propiedad perteneciente á los herederos; ¿dónde, en efecto, se detendrán las facultades que tienen por objeto la ejecución de la última voluntad? Imposible es decirlo; por consiguiente, es permitir á los tribunales que modifiquen los derechos que los herederos han recibido de la ley. Esto es inadmisible.

M. Demolombe reproduce la distinción de los editores de Zachariæ; pero lo que él agrega no da gran autoridad á esta doctrina. Establece como principio que la facultad de nombrar ejecutor testamentario es consecuencia de la de hacer testamento; de donde concluye, con el tribunal de Donai, que la extensión de las facultades que puede el testador conferir á sus ejecutores, es correlativa, de la de las disposiciones mismas. (1) A nuestro entender, es falso el punto de partida, y la consecuencia viene abajo con el pretendido principio. ¿Tiene el hombre poder cualquiera después de muerto? Indudablemente que no. La ley le concede el derecho de testar, y si no se le concediera, no podría él disponer de sus bienes ya para morir. Todo es, pues, de derecho estricto en esta materia. Si no concediera la ley al testador facultad para nombrar ejecutor testamentario

1 Demolombe, t. 22, pág. 77, núms. 84 y 85. Donai, 26 de Agosto de 1847 (Daloz, 1847, 2, 209).

tario, no la tendría él; si pues la tiene, es porque la ley se la concedió, y por lo mismo, no puede ejercerla sino dentro de los límites que la ley señala. M. Demolombe mismo introduce en esto restricciones que es inútil discutir: ¿pertenece al intérprete limitar el ejercicio de un derecho? Sólo el legislador que creó un derecho tan exorbitante como el de obrar alguien para después de muerto, puede y debe circunscribir los límites dentro de los cuales haya de ejercitarse.

Los editores de Zachariæ citan, en apoyo de su doctrina y como participando de ella, á algunos autores que ningún principio sientan, como Durantón y otros que profesan una opinión distinta. Vazeille parece dar al ejecutor testamentario todas las facultades que necesita para procurar la ejecución del testamento, sin que se las haya concedido el testador. (1) Esto es excederse de la ley y formar otra nueva. El código señala con cuidado las facultades que el testador puede conferir al ejecutor testamentario: ¿por qué se habría tomado ese trabajo si el ejecutor había de tener de pleno derecho facultad para hacer todo lo que tiende á ejecutar el testamento?

Troplong, á quien también se cita, va todavía más lejos que Vazeille. La misión de los ejecutores testamentarios, según él, puede ser tan varia como la de los testadores. Esto equivale á decir que la voluntad del testador forma ley. Si tal fuese el sistema del código civil, habría podido el legislador limitarse á transcribir la ley de las XII Tablas, En lugar de conferir al testador un poder absoluto, dice el código lo que puede y lo que no puede hacer. Troplong tiene una singular explicación para multitud de disposiciones de nuestra sección; los artículos 1,026 y siguientes se hicieron más bien para indicar la capacidad ordinaria

¹ Duranton, t. 9º, pág. 393, núm. 411; Vazeille, t. 3º, 102, número 12

de los ejecutores testamentarios y suplir el silencio del testador, que para limitar su poder en cuanto á lo que no excede á la parte disponible. Hay en estas palabras una confusión completa de principios é ideas. ¿Qué tiene que ver la parte disponible con la ejecución testamentaria? De que el testador pueda disponer de todos sus bienes cuando no deja herederos reservatarios, ¿se ha de seguir que puede sobrevivir á sí mismo y limitar y estorbar el derecho de propiedad de sus herederos? En los artículos 1,026 y siguientes, no dice el legislador lo que puede hacer el ejecutor, sino cuáles son las facultades que el testador puede conferir á su ejecutor testamentario y cuáles las obligaciones de los ejecutores; allí no se trata de su *capacidad*. ¡Cosa singular! Después de enseñar que todo lo puede hacer el testador, le niega Troplong el derecho de dar al ejecutor la posesión de los inmuebles. (1) Es menester ser consecuente: si los artículos 1,026 y siguientes no limitan las facultades del testador, éste debe tener derecho de hacer cuanto juzgue necesario para la ejecución de su última voluntad; si, por el contrario, esas disposiciones son limitativas, no puede el testador excederse de ellas.

334. Tan incierta como los autores lo es la jurisprudencia. Volveremos á ella cuando examinemos las cuestiones que se controvierten; por de pronto, nos limitamos á hacer constar las vacilaciones del tribunal de Bruselas que muchas ocasiones ha tenido que ocuparse en la cuestión de principio.

Un testador da á su ejecutor testamentario las más amplias facultades, entre ellas la de recibir las cantidades que se le deban por alguna pensión y hacer el empleo de ellas, la de sostener los litigios y perseguir á los deudores. Uno de los demandados opone la falta de carácter del ejecutor; y el tribunal resuelve que si el testador pudo dar á su eje-

1 Troplong, t. 2º, pág. 201, núm. 2,026.

cutor testamentario la posesión, pudo igualmente investirle de las facultades que haya estimado convenientes á los intereses de la sucesión. (1) Con lo cual se reconoce al testador un poder absoluto, ilimitado.

Hubo una testadora que usó de ese poder haciendo un testamento á la manera de las XII Tablas: daba á su ejecutor testamentario la facultad de dividir la herencia y reclamar las cantidades que quisiera para el desempeño de sus obligaciones, sin tener la de rendir cuenta alguna, y si veía la menor resistencia en sus herederos, él mismo podría nombrar á los herederos. Hasta la validez del mandato podía desconocerse, puesto que ninguna disposición de sus bienes había hecho la testadora. Se respondía, en cuanto al ejecutor testamentario, que si la difunta había podido excluir á sus herederos legales, con mayor razón había podido transmitirles su patrimonio modificado. El tribunal resolvió que las facultades que había conferido la testadora á su ejecutor eran exorbitantes, que se había excedido de la ley al conferirle facultades de que la ley no habla, y que la partición de la herencia no entraba en las atribuciones de un ejecutor testamentario. (2) El tribunal volvía sobre sus pasos y entraba en la verdadera senda y la única que puede conducir á un principio cierto, el de conformarse al texto del código.

El tribunal, en un fallo posterior, sienta el verdadero principio. La facultad de testar, dice, es pura emanación del derecho civil que arregla las facultades del testador. Ahora bien, al permitir el código civil al testador que nombre ejecutores testamentarios, ha descrito y fijado sus funciones, y no es lícito al testador conferir á los ejecutores facultades de que no habla la ley. En el caso, el testador había encargado á su ejecutor que liquidara la herencia;

1 Bruselas, 18 de Noviembre de 1815 (*Pasicrisia*, 1815, pág. 529).

2 Bruselas, 1º de Junio de 1816. *Pasicrisia*, 1816, pág. 141).

y el tribunal resolvió que la ley no da ese derecho al ejecutor ni permite que se le confiera. (1)

Núm. 2. De la ocupación.

1. Extensión de la ocupación.

335. El artículo 1,026 dice: "El testador podrá dar á los ejecutores testamentarios la ocupación de todo, ó sólo de una parte de su mobiliario; pero sin que pueda durar más que el año y día á contar desde su fallecimiento. Si no se la dió, no podrán ellos exigirla." Entiéndese, por ocupación, en materia de herencia, la posesión de la misma, deferida por la ley á los herederos conforme al orden que ella establece. En el derecho antiguo, era también legal la ocupación de los ejecutores testamentarios; concedíanse la las costumbres sin que ellos tuvieran necesidad de pedirla ni el testador obligación de darla. (2) Era esto consecuencia lógica de la desconfianza que ha presidido á la institución de los ejecutores testamentarios, á quienes nombra el difunto por el temor que abriga de que los herederos no ejecuten fielmente sus últimas voluntades; y si hay temor legítimo, es principalmente por lo que hace al mobiliario, por no ser tan fácil disiparle y distraerle. La ejecución concedida á los ejecutores testamentarios era un medio enérgico de prevenir el peligro. No se ve muy bien por qué los autores del código no mantuvieron la ocupación legal de las costumbres; esto es obligar al testador á darla, y, si ignora que tiene tal derecho, lo compromete la ejecución testamentaria, puesto que la ocupación del mobiliario es el medio más enérgico de alcanzar el fin que el testador tuvo en mira. Pothier

1 Bruselas, 25 de Febrero de 1818. *Pasicrisia*, 1818 pág. 44; Dalloz, núm. 4,025). En el mismo sentido, Bruselas, 28 de Noviembre de 1872; *Pasicrisia*, 1873, 2, 96).

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 212 y siguientes.
P de D. TOMO XIV.—52

dice que el poder de los ejecutores testamentarios consiste, principalmente, en la ocupación que las costumbres conceden al ejecutor para la ejecución del testamento. Sin la ocupación, carece de eficacia la ejecución testamentaria. (1)

336. Según el artículo 1,026 el testador puede dar la ocupación á los ejecutores testamentarios; y si no se la dió, no podrán ellos exigirla. ¿Será menester concluir de aquí que se debe conceder la ocupación en términos expresos? Se ha resuelto que la ley no exige una concesión expresa. Es cierto que no hay fórmula sacramental para la ocupación más que para las otras disposiciones de última voluntad (arts. 1,002 y 967¹); pero cuando menos se necesita una expresión de la voluntad del testador, puesto que éste deroga la ocupación legal de los herederos ó del legatario universal; y las excepciones piden, por lo general, una manifestación expresa de la voluntad. Si no se exige para la ocupación, es porque se aplica el principio, en virtud del cual, puede el testador expresar su voluntad como él la entienda. Si un testador da á su ejecutor todas las facultades, todos los derechos que constituyen la ocupación, es menester decidir, como lo hizo el tribunal de Bruselas, que el ejecutor tendrá la ocupación aunque nada haya dicho el testador. (2)

337. La ley dice que el testador puede dar al ejecutor testamentario la ocupación de todo el mobiliario ó de una parte de él. La extensión de la ocupación depende, pues, de la voluntad del testador, como la ocupación misma. Bajo este concepto, justificase la invocación del código; la riqueza mobiliaria ha adquirido una extensión que no podían ni aun imaginar las costumbres, toda vez que hay grandes fortunas que consisten exclusivamente en mobiliario; si los legados son de poca importancia, es inútil dar

¹ Compárese a Duranton, t. 9º, pág. 380, núm. 396.

² Bruselas, 8 de Noviembre de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 320) y 7 de Junio de 1848) *Ibid.*, 1851, 2, 339).

al ejecutor la ocupación de todo el mobiliario, pues el medio debe ser proporcionado al fin.

¿Qué se entiende por mobiliario en el artículo 1,026? El artículo 535 dice que se entiende por mobiliario todo lo que se reputa mueble, conforme á las reglas de la ley. Comprende, pues, todos los derechos muebles. Sin embargo, se resolvió ya que no podía reclamar el ejecutor los derechos de que no podía disponer el difunto; tal sería un arrendamiento hecho con la condición de que el arrendatario no podría cederle en todo ó en parte, sin consentimiento del propietario; el testador, dice el tribunal de Gand, no puede transmitir á su ejecutor la ocupación de un derecho que no puede ceder. En efecto, ¿cuál es el fin de la ocupación? Es el de permitir al ejecutor testamentario que procure la venta del mobiliario (art. 1,031); sin embargo, no puede vender derechos que el mismo difunto no le habría podido ceder. Es menester decir, pues, que aunque ciertamente el ejecutor tendrá el derecho de arrendamiento, es decir, la posesión, esa posesión no le ha de dar derecho para venderle. (1)

338. ¿Puede dar el testador la ocupación de los inmuebles al ejecutor testamentario? Generalmente se admite la negativa, con excepción de Delvincourt y de Vazeille, cuya opinión ha quedado aislada. Es consecuencia evidente del principio que hemos establecido acerca de las facultades que pueden conferirse al ejecutor. ¿Habría podido el testador dar la ocupación al ejecutor si la ley no le hubiese conferido expresamente ese derecho? No, en verdad, porque la ocupación del ejecutor quita á los herederos que la tienen la administración del mobiliario; ella estorba, pues, y altera los derechos que tienen como propietarios; más, bien puede el testador disponer de su patrimonio, sin poder no obstante limitar el derecho de propiedad de sus he-

1 Gand, 23 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 244).

rederos. Por otra parte, los motivos porque la ley permite que se de la ocupación del mobiliario al ejecutor no existen respecto de los inmuebles; los legatarios tienen un medio enérgico y sencillo para garantizar sus derechos, cuales es el de hacer que se registren los inmuebles y pedir la separación de patrimonios (ley hipotecaria, art. 39). Creemos inútil insistir en esto, de lo que ya hemos dicho (número 332). (1)

339. La ocupación del ejecutor testamentario no impide la del heredero que la tiene en virtud de la ley. Es observación que hace Dumoulin y reproduce Pothier. ¿Quiere decir esto que al mismo tiempo tengan el heredero y el ejecutor la ocupación del mobiliario? Esto no es posible, la ocupación concedida al ejecutor no es verdadera posesión. El ejecutor, á virtud de la ocupación que se le concedió, se constituye en depositario; no está en posesión sino en nombre del heredero; éste es, pues, el verdadero poseedor de todos los bienes de la herencia, conforme á la regla: *El muerto pone en posesión al vivo.* (2)

Del principio de que el ejecutor posee por los herederos, la sala de casación de Bélgica sacó la consecuencia de que los herederos pueden agregar á su posesión la del ejecutor testamentario, para completar la prescripción de treinta años que oponen á la acción de petición de herencia. (3) A decir verdad, no necesitan invocar esa posesión; porque la ocupación les da la posesión de hecho lo mismo que la de derecho; ellos son los que poseen y quienes, por consiguiente, prescriben.

Teniendo los herederos la posesión, tienen también todos los derechos anexos á la posesión; tienen el goce de

1 Aubry y Rau, t. 4º, pág. 136, notas 23 y 24 y los autores que citan. Demolombe, t. 22, pág. 41, núm. 47. Dalloz, núm. 4,065. Bruselas, 8 de Agosto de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 411).

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 212.

3 Denegada, 23 de Diciembre de 1834 (*Pasicrisia*, 1834, 1, 338).

los bienes; si el ejecutor percibe los frutos naturales ó los civiles, debe darles cuenta de ellos. (1) A veces, el derecho de los herederos y el del ejecutor se ponen en conflicto; puede el ejecutor necesitar títulos, libros, papeles del difunto, y también los herederos tienen derecho de consultarlos. Se resolvió en este caso que debían depositarse en una escribanía si lo pedían los herederos, á fin de que todos los interesados pudieran examinarlos. (2)

340. ¿Puede el testador conceder á su ejecutor la ocupación de todo su mobiliario cuando deja herederos reservatarios? Esta cuestión divide á los autores; pero nos parece que casi ni dudosa es. El tribunal de París la resolvió de un modo afirmativo, diciendo, y diciendo muy bien, que el artículo 1,026 es general y no distingue si hay ó no herederos reservatarios. Ni tenía necesidad de distinguir. La ocupación del ejecutor testamentario no quita á los reservatarios los derechos que les corresponden á virtud de la ley (núm. 339), y pueden hacer que cese la ocupación proporcionando al ejecutor los recursos indispensables para el pago de los legados. (3)

II. Duración de la ocupación.

341. El artículo 1,026 dice que la ocupación del ejecutor testamentario no podrá durar más que el año y día á contar desde el fallecimiento del testador. A pesar de los términos restrictivos de la ley, se ha sostenido que el testador podía prolongar la ocupación á más de un año, y por tanto sin limitación. (4) Esta opinión demuestra el poco respeto con que los jueces ven á la ley; la letra de ella es restrictiva y lo es también su espíritu. Ella ha querido

1 Gand, 23 de Febrero de 1870 (*Pasicrisia*, 1870, 2, 244).

2 Bruselas, 25 de Febrero de 1818 (*Pasicrisia*, 1818, pág. 41).

3 París, 18 de Diciembre de 1871 (Dalloz, 1873, 2, 15). En nota se cita á los autores en pro y en contra.

4 Duranton, t. 9º, pág. 382, núm. 400, combatido por todos los autores (Marcadé, t. 4º, pág. 109, núm. 11 del artículo 1,026).

conciliar los derechos de los herederos con las necesidades de la ejecución testamentaria y con ese fin limitó la duración de la ocupación. Las observaciones del Tribunal disiparían cualquier duda si alguna hubiese. El proyecto presentado por el consejo de Estado se hallaba concebido así: "Podrá darles la ocupación por un año y un día." Esto bastaba para limitar el tiempo de la ocupación; el Tribunal fué de parecer que era necesario decir más claro que la ocupación, en ningún caso, podría durar más que el año y día. Se atendió esa indicación y se redactó el artículo de una manera restrictiva. Inútil es insistir en este punto que es de evidencia.

¿Pueden los tribunales prorrogar el tiempo de la ocupación? Troplong dice que nada obsta para que el juez pueda prorrogar el término de un año, en el caso de que el ejecutor haya estado impedido en sus operaciones por disputas ó cualquier otra causa, ó bien cuando se haya probado que fué insuficiente el plazo para desahogar la misión que se le confió. El tribunal de Córcega, añade Troplong, lo resolvió así según nuestras conclusiones. (1) Si ese tribunal lo resolvió así, lo resolvió mal. ¡Cómo! ¡los tribunales habían de tener derecho para restringir y entorpecer el ejercicio de la propiedad! Fueron establecidos ellos para garantizarla, que no para violarla. Todos, incluso Troplong, le niegan el testador el derecho de prolongar la ocupación más allá del término legal; y sin embargo, las mismas razones que se dan para los tribunales existen à fortiori para el testador. El es propietario, tiene libertad para disponer de sus bienes, y la tiene para no dejarlos á los que instituye por sus legatarios; pero si se los deja, no tiene libertad para quitarles la detención y la administración por más de un año. ¡Y podrían hacer los tribunales lo que no tiene derecho de hacer el propietario!

¹ Troplong, t. 2º, pág. 193, núm. 1,999. Compárese con Grenier, tomo 3º, pág. 11, núm. 330.

342. La jurisprudencia está de acuerdo con los autores. Un testador estableció una fundación de 10,000 francos de renta, destinándola para proveer á perpetuidad á la educación y enseñanza de sus parientes colaterales, y nombrando ejecutores testamentarios para que cuidaran de la ejecución de su voluntad con la facultad de darse sucesiones á sí propios. Se resolvió que aquella prorrogación ilimitada era nula y que la perpetuidad de la institución degeneraba en una verdadera sustitución. (1) La palabra fué mal empleada: había, en nuestro caso, el cargo de conservar, no el devolver. Por mejor decir, había una fundación perpetua, esto es, creación de una persona civil con establecimiento de administradores especiales. Hemos dicho en otro lugar que una disposición como aquella es radicalmente nula como contraria al orden público.

El tribunal añade que la ejecución que por algún tiempo se da á una disposición por el estilo, no por eso la expurga del vicio que contienen. Esto es evidente; las nulidades de orden público no se cubren con la confirmación. Cuando no se interesa el orden público, puede prorrogarse la ocupación de acuerdo con los interesados. Según él mismo, la ocupación es de interés puramente privado, y así nada obsta para que los herederos consientan en que se prolongue. (2)

343. La ocupación cesa después del año y día contados desde la muerte del testador. El artículo 1,026 supone que el ejecutor testamentario ha tenido la ocupación desde que se habrió la herencia, pero si por cualquier motivo no ha podido ponerse en posesión desde que murió el testador, no comenzará á correr el año sino desde el día en que el ejecutor haya estado ó podido estar en posesión del mobiliario. Así se resolvía antiguamente, por más que las cos-

1 Pau, 7 de Diciembre de 1861 (Dalloz, 1863, 5, 164).

2 Denegada de la sala de casación de Bélgica, 6 de Julio de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 1, 236).

tumbres, lo mismo que el código civil, hicieran correr el plazo desde el fallecimiento del testador. En el mismo sentido hay que entender el código, puesto que no hace más que reproducir la disposición de las costumbres, fuera de que la razón misma exige esa interpretación. Lo que quiere la ley, es que el ejecutor cuente con un año para ejecutar la última voluntad del testador; y si el término comenzara á contarse desde el fallecimiento, podría suceder que transcurriera ese término de un año sin que el ejecutor tuviera noticia del testamento, ó bien antes de que pudiera tomar posesión si se impugnaba el testamento. Tal es la opinión unánime de los autores. (1)

344. Cesando la ocupación, ¿cesa también la ejecución testamentaria? Así lo enseña Pothier: la ejecución testamentaria se restringe por las costumbres, á un año, con el fin de que no estén privados por mucho tiempo los herederos del goce de los bienes de la herencia, so pretexto de que no se ejecutara todavía el testamento. No sucede lo mismo, vigente el código civil; la ocupación no es ya de esencia de la ejecución testamentaria, siendo así que, conforme al derecho antiguo, el mandato del ejecutor se confundía con la ocupación. Puede el ejecutor testamentario no tenerla, pues su mandato consiste en hacer que se execute el testamento, y continúa mientras no se haya cumplido con la última voluntad del testador. (2)

345. Conforme al artículo 1,027, "el heredero podrá hacer que cese la ocupación, ofreciendo proporcionar á los ejecutores testamentarios la cantidad que baste para el pago de los legados muebles, ó acreditando haber hecho ya ese pago." Por ofrecer, entiende la ley, no una simple pro-

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 231, según Du-moulin y la jurisprudencia. Toullier, t. 3º, I, pág. 325, núm. 594 y todos los autores.

2 Bruselas, 9 de Septiembre de 1815 (*Pasjerista*, 1815, pág. 455), y Agosto 4 de 1852 (*Ibid*, 1853, 2, 26).

mesa, sino un ofrecimiento real, ofrecimiento que, conforme á la misma ley, debe equivaler al pago de los legados, siendo menester, por lo mismo, que los herederos suministren al ejecutor los recursos necesarios para hacer el dicho pago. En este sentido hay una resolución, y la cosa no ofrece la menor duda. (1)

El derecho que el artículo 1,027 concede á los herederos es absoluto; en cuanto á que puedan ellos ejercerle aun cuando el testador haya conferido mandato al ejecutor para vender todos los bienes del acervo y liquidarle. Efectivamente, esa venta sólo es un medio para llegar á la ejecución del testamento; pero si los herederos le ejecutaron ya pagando los legados, ó si proporciona al ejecutor las cantidades necesarias para hacer los pagos, tal ejecución no tiene razón de ser. (2) Se resolvió ya que uno de los herederos no necesita la concurrencia de sus coherederos para ejercer el derecho que le concede el artículo 1,027; y si quiere adelantar las cantidades que se necesiten para pagar los legados, indudablemente no tienen derecho para negarse á recibirlas ni los legatarios ni el ejecutor testamentario: no los primeros, porque reciben lo que se les debe, y el acreedor está obligado á aceptar lo que se le ofrece en pago; no el ejecutor, porque su mandato es una carga, no un derecho; y cuando se cumplió con la carga, cesó el mandato. (3)

346. La aplicación de los principios que acabamos de exponer dió lugar á una dificultad que se llevó ante la sala de casación de Bélgica. Durante el año de la ocupación, el ejecutor, que recibió mandato para el efecto, procede á la venta de los bienes, por el ministerio de un notario, y al spirar el año, el notario entrega el precio al ejecutor.

1 Bruselas, 4 de Agosto de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 2, 26).

2 Bruselas, 16 de Marzo de 1811 (Dalloz, núm. 4,077).

3 Bruselas, 15 de Marzo de 1817 (*Pasicrisia*, 1817, pág. 347).

Los herederos sostienen que ese pago es nulo, por haber sido hecho á una persona que no tenía carácter para recibirla, y piden que se condene al notario á pagarles lo que indebidamente pagó al ejecutor. Desecháronse, como tenía que suceder, esas pretensiones, por estar en pugna con los principios del mandato. El ejecutor da al notario mandato para vender; lo que el notario recibe de los compradores, recibelo por el mandante, y por consiguiente, éste es el que se reputa haber recibido el precio de la venta en el momento de habérsela entregado al mandatario. ¿Qué importa que el notario no haya entregado inmediatamente al ejecutor el precio que recibió? No por eso le es menos deudor de ese precio. Nada debe á los herederos, porque nada trató con ellos; estando obligado á pagar al ejecutor que le encargó hiciera la venta, naturalmente se libra con pagar á su mandante. ¿Se dirá que éste no tiene derecho de obrar después de haber cesado la ocupación? Es cierto que él no podría hacer ya ninguna venta, pero puede percibir el precio de lo que válidamente hubiere vendido; habría podido recibir los valores en el momento de la venta, y por lo mismo, puede aun recibirlos después de la ocupación. (1)

III. Efectos de la ocupación.

347. Pothier dice que el ejecutor puede ponerse por sí mismo en posesión de los bienes de que le ha puesto en posesión la costumbre; (2) en nuestro derecho moderno, el menester decir del mobiliario cuya ocupación le concedió el testador. Esto no ofrece dificultad cuando el testamento es auténtico. Mas, ¿qué deberemos decir cuando el testamento es ológrafo ó cerrado? El legatario universal, cuyos derechos son mucho más amplios que los del ejecutor testamentario, está obligado á pedir la posesión al presidente

1 Denegada, 5 de Marzo de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, I, 341).

2 Pothier, *De las denaciones testamentarias*, núm. 218.

del tribunal si es ológrafo ó cerrado el testamento (artículo 1,008). Es imposible admitir que pueda el ejecutor, sin intervención de los tribunales, posesionarse del mobiliario en virtud de un documento privado. No determinando la ley ninguna formalidad en lo que mira al ejecutor, hay que resolver que debe dirigirse al juez si los herederos se niegan á entregarle el mobiliario cuya ocupación tiene él.

348. Enseña Pothier, de acuerdo con Dumoulin, que otro efecto de la ocupación es el de que pueda el ejecutor vender los muebles á petición suya: pero debe hacer la venta de acuerdo con el heredero, y si éste no consiente en ella, debe emplazarle para hacer que decrete el juez la venta, á lo cual no se puede oponer aquel, como no sea ofreciendo al ejecutor las cantidades necesarias para la ejecución del testamento. El código reconoce esta doctrina en el artículo 1,031, al cual volveremos al tratar de las funciones del ejecutor testamentario. A él debe entregarse el producto de la venta, lo cual es consecuencia directa de la ocupación; el ejecutor tiene derecho de apoderarse de todo aquello de lo cual está en posesión. Por otra parte, siendo necesaria la venta para pagar los legados, debe el ejecutor recibir los recursos para el desempeño de su cometido, que consiste precisamente en ejecutar las disposiciones de última voluntad. (1)

349. Por igual razón, puede cobrar los capitales que se deban á la sucesión. Esos capitales se hallan comprendidos en el mobiliario de que está en posesión; á él, pues, deben pagar los deudores. ¿Sucederá lo mismo con las rentas? Es menester distinguir. En cuanto á las vencidas al fallecimiento del testador, están comprendidas en el mobiliario cuya posesión concedió el testador á su ejecutor, y éste será,

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 218; Toullier, tomo 3º, 1, pág. 323, núm. 585.

por lo mismo el que deba cobrarlas. ¿Puede también recibir las rentas que se venzan durante el año de la ocupación? Se ha discutido el punto y hay alguna duda. Puede decirse que el difunto dió al ejecutor la ocupación de todo el mobiliario, lo cual quiere decir de todo el mobiliario hereditario, y en él están comprendidas las rentas. Creamos que la opinión contraria es la más conforme con los principios. El testador no puede dar al ejecutor más que la posesión de los bienes que están en su patrimonio; mas las rentas que se venzan después de su fallecimiento nunca le pertenecieron, sino que pertenece á los herederos en virtud del derecho de propiedad que se les transmitió; ¿y puede el testador conferir al ejecutor la posesión de lo que pertenece á sus herederos? Esto sería un verdadero atentado contra el derecho de propiedad. (1) Nuestra opinión está conforme con la tradición. (2)

350. Es también consecuencia de la ocupación de los muebles, dice Pothier, que el ejecutor testamentario pueda compelir al pago á los deudores de la herencia y recibir lo que ellos deban; por consiguiente, puede perseguirlos ante los tribunales. De aquí se concluía que el ejecutor debía gestionar lo necesario para conseguir el pago de las deudas; si descuidaba hacer gestiones y llegaban los deudores á estado de insolvencia, á él se le declaraba responsable, por no haber cumplido con su deber. (3) La misma doctrina enseñan los autores modernos. (4)

Hay un fallo de Bruselas en sentido contrario. El tribunal parte del principio que hemos establecido (núm-

1 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 137 y nota 31; Demolombe, t. 22, página 49, n.º 53 y los autores que citan. En sentido contrario, Duranton, t. 9º, pág. 393, n.º 412. Troplong, t. 2º, pág. 193, número 2,001.

2 Furgole, *De los testamentos*, cap. 10, sec. 4º, n.º 40 (t. 4º, página 160).

3 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, n.º 220. Furgole, cap. 10, sec. 4º, n.º 34.

4 Demolombe, t. 22, pág. 50, n.º 56. Dalloz, n.º 4,092.

ro 332); á saber: que las facultades y, por consiguiente, las obligaciones de los ejecutores testamentarios se derivan únicamente de la ley, puesto que entrañan la facultad de nombrarlos, la de conferir un mandato que se tiene que ejecutar muerto el mandante, es emanación del derecho civil. Síguese de ahí que el testador no puede hacer extensivo á otros objetos el mandato del ejecutor á quien él nombra, por deber quedar ese mandato dentro de los límites de la ley que le dió el ser. Ahora bien, el código civil no da al ejecutor facultad para ejercitar judicialmente las acciones que pertenezcan á la herencia, sino solamente el derecho de provocar la venta del mobiliario. El silencio de la ley resuelve la dificultad. (1) Si el ejecutor no tiene carácter para ejercitar judicialmente las acciones correspondientes á la testamentaría, la consecuencia será que no puede quedar obligado á los daños y perjuicios con los herederos por causa de la insolvencia de los deudores.

Admitimos el principio que sirve de punto de partida al tribunal; pero no hace el fallo una aplicación muy estricta de él? Fugole dice muy bien que la aceptación se le dió al ejecutor testamentario para pagar los legados y cumplir con las demás disposiciones del testador; y ¿de qué le serviría la posesión de créditos si no había de poder perseguir á los deudores? Puede consistir todo el activo mobiliario en créditos; mas si no puede hacerlos efectivos el ejecutor, ¿cómo ejecutará su mandato? La ocupación implica, pues, el derecho de perseguir á los deudores. (2) Pero es distinta la cuestión de si, por no perseguirlos, ha de ser responsable el ejecutor de la insolvencia de los deudores. Creemos, con el tribunal de Bruselas, que no lo es con relación á los herederos; y la razón está en que teniendo éstos la

1 Bruselas, 3 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, pág. 5).

2 En este sentido hay un fallo reciente del tribunal de Bruselas de 18 de Mayo de 1873 (*Pasicrisia*, 1874, 2, 244).

ocupación, tienen también derecho de perseguir á los deudores. A ellos, pues, toca obrar, y no se pueden quejar de que no proceda el ejecutor, puesto que no es representante de ellos ni tiene la misión de velar por sus intereses; él está encargado de procurar que se ejecute el testamento; si, pues, incurre en responsabilidad, no puede ser sino con respecto á los legatarios. En esto nos parece que está el verdadero punto de la dificultad.

El ejecutor puede perseguir á los deudores en virtud de la ocupación que tiene del mobiliario; pero no debe hacerlo sino cuando lo exija la ejecución del testamento. Si hay recursos suficientes para pagar á los legatarios, ¿por qué habrá de perseguir á los deudores? No obraría entonces como ejecutor del testamento, sino como representante de los herederos, y no es esa su misión. *Mas si es necesaria la recaudación de créditos para pagar los legados y si, por negligencia del ejecutor, se hacen insolventes los deudores, podrá declarársele responsable de las consecuencias de su negligencia.* (1) Decimos que podrá serlo, porque la responsabilidad es cuestión de falta, y al juez corresponde apreciar su gravedad. En este sentido se ha formado la jurisprudencia; habiéndose declarado que no podía el ejecutor responder de la insolvencia de los deudores cuando se tratara de créditos antiguos que el testador mismo no había podido hacer efectivos, á pesar de los fallos favorables que había obtenido; que el ejecutor no estaba obligado á proceder cuando fueran á durar los litigios más tiempo que el de sus funciones, y que lo único que se le podía exigir era que suspendiera la prescripción practicando actos de conservación. El tribunal de Burdeos agrega una consideración muy equitativa, y es la de que el mandato del ejecutor debe apreciarse por el estado y carácter de la persona á quien se le confirió. En el caso ocurrido, tratábbase

1 Dalloz, "Disposiciones," núm. 4,093.

de un capitán de buque; no se podía suponer que el testador hubiese tenido el ánimo de imponerle cargas incompatibles con sus obligaciones de capitán: ¿podía descuidar él los intereses de los armadores para sostener los litigios contra los deudores de la testamentaría? (1)

351. ¿Puede el ejecutor contestar las demandas de los acreedores y legatarios? Volveremos á este punto cuando tratemos de las funciones del ejecutor testamentario. Por de pronto nos concretamos á asentar que la ley no le da carácter para representar á los herederos, pues no es su mandatario, ni está encargado de sus intereses. En este punto, hay que estarse á la ley; el mandato del ejecutor es, como muy bien lo dice el tribunal de Bruselas en el fallo que acabamos de citar, absolutamente excepcional, y, como tal, de estricta interpretación.

Núm. 3. De las medidas de conservación.

I. Del aseguramiento de bienes.

352. El artículo 1,031 dice: "Los ejecutores testamentarios harán que se proceda al aseguramiento de bienes si hay herederos menores, en interdicción ó ausentes." Se pregunta en favor de quién deben los ejecutores requerir para el embargo. En general, todas las obligaciones de los ejecutores se refieren á la ejecución del testamento, y se les han impuesto, no en favor de los herederos, sino más bien contra ellos; los embargos son un acto de conservación y á la vez de desconfianza. Es un preliminar del inventario, al cual deben proceder los ejecutores. En este sentido, la medida se comprendería perfectamente. Pero el texto legal no consiente atenerse á ese punto de vista, exclusivamente; el artículo 1,031 no obliga á los ejecutores á que se proceda á los embargos, sino cuando hay herederos meno-

1 Agen, 17 de Abril de 1807. Compárese con la denegada de de 27 Marzo de 1827 (Dalloz, núm. 4,094, 1º y 2º).

res, ausentes ó en interdicción, esto es, herederos incapaces de cuidar por sí mismos de sus intereses. Esto prueba que el legislador se preocupa con otros intereses que no son los de los legatarios. (1) Resulta de aquí falta de lógica y unidad, y hasta cierta incertidumbre en la aplicación de la ley.

353. El código de procedimientos no ordena que intervengan terceras personas para pedir el aseguramiento en provecho de los menores, sino cuando éstos no tienen tutor. Así, el artículo 910 dice que si los menores no tienen tutor, podrá pedirse el aseguramiento de bienes por alguno de sus parientes; y según el artículo 911, se procederá á ese aseguramiento á instancia del ministerio público, y aun de oficio, por el juez de paz, si el menor no tiene tutor ni se ha pedido el aseguramiento por algún pariente. Se pregunta si el ejecutor está obligado á pedir ese aseguramiento cuando los herederos menores tienen tutor. Nos parece que la obligación impuesta por el código civil al ejecutor testamentario, está modificada por el código de procedimientos civiles. ¿Se concibe que el ejecutor testamentario, á quien su misión no llama á vigilar los intereses de los herederos, debe pedir el aseguramiento cuando hay tutor, es decir, un representante legal de los menores, (2)

354. ¿Qué tendremos que decir cuando no haya herederos incapaces? Que en ese caso, no está obligado el ejecutor testamentario á pedir el aseguramiento, aun cuando tiene indudablemente derecho á ello. Al encargarle que cuide de que se ejecute el testamento, el artículo 1,031 le da derecho de hacer todo lo que sea necesario para esa ejecución y, principalmente, de provocar las medidas que

1 Demolombe, t. 22, pág. 56, núm. 61. Compárese á Troplong, t. 2^a, pág. 190, núm. 2,020.

2 Véanse en sentido opuesto, los autores citados por Demolombe, t. 22, pág. 54, núm. 61.

tiendan á conservar el mobiliario de la testamentaría, que es la garantía de los legatarios. El artículo 935 del código de procedimientos supone que el ejecutor testamentario concurre con los herederos á pedir la formación de inventario; y el aseguramiento de bienes es un preliminar del inventario. Este no es verdaderamente garantía sino cuando el aseguramiento haya impedido toda mala inversión del mobiliario hereditario. (1)

355. ¿Los ejecutores testamentarios deben pedir el aseguramiento cuando no tienen la posesión? Si el aseguramiento no fuese prescripto más que en favor de los legatarios, habría que resolver que el ejecutor sin la posesión y ajeno por lo mismo á toda gestión, no está obligado á pedir el aseguramiento. Pero, como acabamos de verlo, la ley extiende aquí las atribuciones del ejecutor, diciendo de una manera absoluta que debe pedir el aseguramiento sin distinguir si tiene ó no la posesión. Conforme al sistema del código, el ejecutor puede no tenerla; si, pues, fuesen las obligaciones que le impone el artículo 1,031 con consecuencia de la posesión, lo habría dicho el legislador; pero comenzando por declarar que la posesión es facultativa y prescribiendo en seguida lo que debe hacer el ejecutor, la ley resuelve implicitamente que debe cumplir con tales obligaciones, tenga ó no la posesión. Esta es la opinión más generalmente seguida. (2)

II. Del inventario.

356. El artículo 1,031 dice que "los ejecutores harán que se haga, en presencia del heredero presunto, ó del debidamente llamado, inventario de los bienes de la herencia." Aquí vuelve á ocurrir la dificultad de si los ejecuto-

1 Demolombe, t. 22, pág. 56, núm. 61.

2 Véanse en sentido opuesto, los autores citados por Dalloz, número 4,068).

res deben hacer inventario cuando no tienen la posesión. Parécenos que la ley resuelve la dificultad. Si fuese el inventario consecuencia de la ocupación, habría limitado la ley la obligación del ejecutor al inventario del mobiliario cuya ocupación le dió el testador, siendo así que quiere que se inventarien los bienes de la herencia á solicitud del ejecutor; así no sólo todo el mobiliario, sin distinguir si el ejecutor tiene ó no la ocupación, sino también todos los inmuebles de que no se la pudo dar el testador. Por tanto, no hay relación necesaria entre la ocupación y el inventario al cual debe proceder al ejecutor. Esto es decisivo. (1)

Sin embargo, un motivo muy poderoso hay para dudar, y es la tradición. Pothier dice que el ejecutor testamentario no tiene la ocupación de los bienes de la herencia sino haciendo inventario, y que no debe inmiscuirse en la ejecución del testamento antes de cubierta esa formalidad. Furgole hace notar que el ejecutor estaba obligado á hacer inventario en los países regidos por la costumbre, en tanto que no lo estaba en los países de derecho escrito, y nos da la razón de esta diferencia. Esa razón dice que es la de que en los países consuetudinarios, el ejecutor tenía la posesión de ciertos bienes del difunto y estaba encargado de una gestión de la cual debía dar cuenta; mientras que por el contrario, en los países de derecho escrito, el ejecutor no tenía la ocupación, ni administraba; desde ese momento, venia á ser inútil el inventario, pues no es necesario sino para que aquellos que tienen la administración y están encargados de los bienes de otro, puedan dar cuenta exacta. (2) Esto, en lo general, es cierto; pero no deroga estos principios el artículo 1,031? Este artículo obliga al ejecu-

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 323. Troplong, t. 2º, pág. 200, núm. 2,022. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 57, núm. 62, pág. 89, núm. 102.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 226. Furgole, capítulo 10, sec. 4º, núms. 27 y 28 (t. 4º, pág. 156).

tor á hacer inventario de bienes de los cuales no debe indudablemente dar cuenta, puesto que no está en posesión de ellos. Luego es absoluta la obligación que le incumbe.

357. ¿A quién le toca elegir el funcionario público, que deba formar el inventario? Antiguamente, el ejecutor testamentario escogía á los funcionarios que debían formar el inventario y el avalúo y hacer la venta. Si los herederos no aprobaban la elección, podían nombrar otro notario, u otro avaluador para proceder en unión de los que hubiera nombrado el testador. Los más de los autores enseñan que, bajo la vigencia del código civil, el ejecutor testamentario tiene igual derecho. (1) Vazeille hace notar que esos sabios profesores no han reparado en la disposición del artículo 935 del código de procedimientos civiles, que resuelve la cuestión. Dice ese artículo: "El cónyuge en comunidad de intereses, los herederos, el ejecutor testamentario y los legatarios universal ó á título universal, podrán convenir en la designación de uno ó dos notarios y de uno ó dos peritos ó valuadores; si no llegan á convenirse, procederán á la operación uno ó dos notarios, peritos ó valuadores que nombrará de oficio el presidente del tribunal de primera instancia." (2)

Se pregunta si el testador puede dejar al ejecutor testamentario la designación de notario. El tribunal de Gand lo declaró afirmativamente fundándose en los arts. 1,026 y 1,031. (3) El artículo 1,026 no habla de funcionarios públicos cuyo ministerio se requiera para el inventario y para la venta: sólo permite al testador que dé la ocupación al ejecutor testamentario, y si ella le da á éste facultad para nombrar funcionario, igual facultad debe tener

1 Toullier, t. 3º, 1, pág. 322, núm. 584, Duranton, t. 9º, pág. 38, núm. 405; Aubry y Rau, t. 6º, pág. 134 y notas 14 y 15.

2 Vazeille, t. 3º, pág. 98, núm. 3 del artículo 1,031, seguido por Coin-Delisle y Bayle-Mouillard.

3 Gand, 3 de Febrero de 1838 (*Pascerisja*, 1838, 2, 27 y Dalloz, número 429).

el heredero, puesto que también él tiene la posesión y es, además, propietario. Nos hallamos, pues, en presencia de dos derechos iguales, por no decir que es superior el del heredero, siendo por tanto aplicable el artículo 935 del código de procedimientos. ¿Se dirá que puede el testador privar á su heredero del derecho que tiene á la posesión para dársela al ejecutor testamentario? Ya hemos contestado á esta objeción. Si es exacto el principio tal como le hemos formulado, él zanja la dificultad; el testador no puede investir á su ejecutor de facultades que despojen á los herederos de un derecho inherente á su calidad de propietarios y poseedores, á salvo los límites que señala la ley.

358. ¿Puede el testador dispensar al ejecutor de que haga inventario? Creemos con Pothier que no. (1) Dispensar al ejecutor de que haga inventario, es dispensarle implícitamente de dar cuenta de su manejo, puesto que el inventario es la base de esa misma cuenta. Sin embargo, ordinariamente dispensan de las dos cosas los testadores al ejecutor; pero si no hay ni inventario ni cuenta, ninguna garantía tienen los herederos contra la negligencia ó la mala fe del ejecutor. ¿Y se concibe que el testador exima al ejecutor de las obligaciones que impone la buena fe? Una cláusula que permite á un administrador ser impunemente descuidado ó infiel, ¿no es contraria á las buenas costumbres y, en tal virtud, no se debe tener por no escrita? Objétase que nada obsta para que los herederos puedan usar del derecho que la ley les da y hacer ellos mismos inventario; pero tal objeción no destruye el argumento de la moralidad. Para apreciar la validez de una cláusula, debe apreciarse en sí misma, y no tomando en consideración lo que ha de hacer ó no un tercero. Si la

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 227; y Práctica de Orleans, art. 291, nota 3.

cláusula que examinamos es inmoral, queda siéndolo, aun cuando los herederos adopten ciertas medidas para asegurarse contra el dolo ó la negligencia del ejecutor. (1) De modo que hasta los más lógicos partidarios de la opinión que combatimos dicen que el testador podría prohibir el inventario. (2) Aquí es flagrante la inmoralidad. El inventario es una garantía contra la malversación del mobiliario; prohibir el inventario es tanto como decir que impunemente puede malversarle el ejecutor que está en posesión del mismo; y una cláusula que facilita, que favorece la malversación, no está viciada ni es esencialmente nula? Se opone contra esto el axioma: El que puede lo más puede lo menos, pero respondemos que no, cuando lo menos consiste en una cláusula inmoral. Libre es el testador para disponer de sus bienes como le parezca; puede no dejar nada á sus herederos, pero si les deja su patrimonio, no puede agregar una cláusula en que se permita que los roben impunemente. (3)

Núm. 3. De las medidas de ejecución.

I. Principio.

359. Dice el artículo 1,031 que "los ejecutores testamentarios cuidarán de que se ejecute el testamento, y podrán, en el caso de que se cuestione sobre su ejecución, intervenir para sostener su validez."

La primera parte del artículo establece un principio general aplicable á todo caso en que se dispute acerca de la ejecución de la última voluntad del testador. De las circunstancias depende lo que puede hacer el ejecutor. Así,

1 Compárese á Demolombe, t. 22, pág. 57, núm. 63 y á los autores en sentido diverso, citados por Aubry y Rau, t. 6^a, pág. 134, nota 15, pfo. 711.

2 Dalloz, "Disposiciones," núm. 4,076.

3 Duranton, t. 9^a, pág. 387 y siguientes, núm. 406; Troplong, tomo 2^a, pág. 200, núm. 2,013; Marcadé, t. 4^a, pág. 114, núm. 3 del artículo 1,031.

admitesele que pueda registrar los inmuebles de la testamentaría en nombre de los legatarios, para conservarles el beneficio de separación de patrimonios. (1) No obstante, hay una razón para dudar, y es la de que la ley da ese derecho á los legatarios, quienes pór lo mismo pueden velar por sus intereses; y no es esto decir que carece de carácter el ejecutor? La objeción prueba mucho; todo lo que la ley permite al ejecutor que haga, lo permite así mismo á los legatarios; y de que éstos puedan registrar, no se debe, pues, inferir que no lo puede el ejecutor. Basta que el registro asegure la ejecución del testamento para que el ejecutor tenga derecho de solicitarle.

360. El derecho de intervención que el artículo 1,031 concede al ejecutor es consecuencia del principio establecido por la ley. Es una extensión del derecho común. Conforme al artículo 466 del código de procedimientos, no se admite ninguna intervención, si no es de parte de los que tendrían derecho para oponerse en tercería. El ejecutor puede intervenir en virtud de la misión que le dió el testador para procurar la ejecución del testamento. Es menester no tomar el artículo 1,031 al pie de la letra para inferir de él que el ejecutor no tiene derecho de intervenir sino cuando se objeta la validez del testamento; se ha resuelto ya que tiene derecho de oponerse á todas las observaciones que tocan al sostenimiento de la última voluntad del difunto, y que, en consecuencia, puede intervenir cuantas veces fuere menester para el mejor desempeño de su mandato. Pero es menester que ello sea necesario ó cuando menos útil. El mismo fallo resolvió que si el ejecutor no hace más que reproducir los medios que hacen valer los legatarios, es inútil su presencia en el litigio, y por consiguiente ilusoria, lo cual autoriza al juez para obligarle á pagar los gastos.

¹ Duranton, t. 9º, pág. 395, núm. 417; Aubry y Rau, t. 6º, página 135.

Síguese de ahí que los ejecutores testamentarios no deben intervenir; el artículo 1,031 dice que podrían; y á ellos toca juzgar si es útil su intervención. Si se promueve en contra suya, pueden pedir que se declare su incapacidad para contestar. Desde el momento en que los legatarios defienden por sí mismos sus intereses y no puede el ejecutor traer al debate ninguna ley, no hay razón para que continúe en el pleito. (1)

361. La ley no da al ejecutor testamentario facultad para ejercitar las acciones de la herencia; al contrario, se le niega implicitamente, permitiéndole, nada más que intervenga en las cuestiones que afecten á la ejecución del testamento. Esto resulta, por otra parte, de la naturaleza misma de su encargo. No es el representante de los herederos; éstos pueden y deben vigilar por sí mismos sus intereses; aquél está encargado de asegurar la ejecución de la última voluntad del difunto; su mandato es, pues, limitado, y, fuera de esos límites, no tiene derecho de obrar. (2)

Se ha resuelto que el ejecutor testamentario no tenía derecho de intentar la acción pauliana para demandar la nulidad de los actos ejecutados por el difunto en fraude de sus acreedores. El ejecutor no es representante de éstos, no está encargado de pagar deudas, y en nuestro concepto, como lo diremos más adelante, ni siquiera le puede conceder esa facultad el testador. Por tanto, las acciones correspondientes á los acreedores están fuera de los límites del mandato. (3) Es distinta la cuestión de si puede el ejecutor intervenir en las disputas que se ofrezcan entre el heredero y un deudor de la testamentaría ó un detentador de bienes hereditarios cuando el heredero, unido á un tercero, trata de defraudar los derechos de los legatarios.

1 Lieja, 11 de Junio de 1851 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 311).

2 Metz, 3 de Julio de 1865 (Dalloz, 1865, 2, 126). Demolombe, tomo 22, pág. 71, núm. 79.

3 Lieja, 25 de Julio de 1868 (*Pasicrisia*, 1869, 2, 215).

Desde que está á discusión el interés de éstos, el ejecutor tiene personalidad para obrar. Todos están de acuerdo en este punto; solo que unos dicen que debe limitarse á avisar á los legatarios, (1) y otros son de parecer que puede intervenir. (2) Esta última opinión nos parece más conforme con el texto y el espíritu de la ley. El artículo 1,031 confiere al ejecutor la facultad de intervenir en los pleitos que se originen acerca de la ejecución del testamento, y al mismo tiempo, el cargo de cuidar que se ejecute éste: luego el ejecutor tiene personalidad desde que se trata de asegurar la ejecución de la última voluntad del testador, y la ley indica el camino que debe seguir para obrar cuando alguna contestación interesa á los legatarios: esa es la intervención.

362. El ejecutor testamentario que tiene la ocupación puede perseguir á los deudores de la herencia (núm. 350). Se pregunta si los fallos dictados con respecto á él producen efecto en cuanto á los herederos. La negativa es indudable, y resulta de los principios relativos á la cosa juzgada y de la misión del ejecutor. Conforme al artículo 1,351, las sentencias no producen efecto más que entre las partes, y no lo es en un litigio sino el que figura en él personalmente ó representado conforme á la ley, y los herederos no están representados por el ejecutor testamentario, lo cual resuelve la dificultad. (3)

II. Venta de los bienes.

363. Dice el artículo 1,031, que los ejecutores testamentarios "provocarán la venta del mobiliario á falta de dinero suficiente para pagar los legados." Pothier nos dirá lo que se debe entender por las palabras *provocar la venta*. El eje-

1 Toullier, t. 3º, 1; pág. 325, núm. 591; Duranton, t. 9º, pág. 395, núm. 415.

2 Demolombe, t. 23, pág. 71, núm. 79.

3 Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 15, nota c.

cutor, dice, puede vender á su solicitud los muebles, pero debe hacer la venta de acuerdo con los herederos. En efecto, estos son propietarios, y sólo el propietario puede vender, sea voluntariamente, sea por autorización judicial. Si los herederos no consienten en la venta, debe el ejecutor emplazarlos judicialmente para que se proceda á ella. Los herederos no tienen más que un medio para impedirla, y es el de ofrecer al ejecutor las cantidades necesarias para la ejecución del testamento. Si le ofrecen la cantidad que baste para el efecto, no tendrá razón de ser la venta, porque no tiene lugar conforme al artículo 1,031, sino á falta de recursos; mas cuando los herederos suministran los necesarios, no se puede decir que no los hay. Vése que el derecho consuetudinario, lo mismo que el código, buscaba la manera de conciliar los intereses del heredero con los de los legatarios; los herederos pueden estar obligados á conservar unos muebles que para ellos tengan precio de afición, y algún sentimiento de delicadeza puede obligarlos á adelantar las cantidades necesarias para el pago de los legados, más bien que dejar se venda públicamente el mobiliario del difunto. (1)

364. Si no hay recursos suficientes, ni basta la venta del mobiliario para pagar á los legatarios, ¿podrá el ejecutor provocar la venta de los inmuebles? El silencio de la ley resuelve el caso. Si el ejecutor estuviese facultado para provocar la venta de los inmuebles, como lo está para la de los muebles, habría dicho la ley que puede vender los bienes del difunto, pero al decir que puede vender el mobiliario, excluye los inmuebles. Esto, en verdad, es argumentar con el silencio de la ley, por esa argumentación, en materias excepcionales, es decisiva; el espíritu de la ley está de acuerdo con su letra. Antiguamente, los inmuebles se

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 218. Troplong, t. 2º, pág. 2,011, núm. 2,024).

consideraban como la parte más preciosa de la fortuna de los individuos y el legislador desplegaba toda su solicitud para conservarlos en las familias. Ahora bien, la ejecución testamentaria no exige, en general, que los inmuebles sean vendidos; aun cuando no bastara el precio, producto de la venta, para pagar á los legatarios, podrían los herederos preferir pedir prestado á dejar que se vendiera la heredad de la familia. Después de todo, los legatarios tienen un medio enérgico para asegurar sus derechos relativos á los inmuebles hereditarios, cual es el de registrar esos mismos bienes y pedir la separación de patrimonios. Lo que nos parece decisivo es que, en el derecho antiguo, no se permitía al ejecutor que vendiera los inmuebles, ni que sujetara al heredero á consentir en esa venta, ni siquiera en las costumbres que le concedían la posesión. (1)

Los de la opinión contraria invocan el artículo 1,031, que encarga al ejecutor vigile por la ejecución del testamento. (2) Puede contestarse que el argumento prueba demasiado. Si bastara confiar al ejecutor la misión de vigilar la ejecución del testamento, para investirle de la facultad de hacer todo lo que puede facilitar esa ejecución, habría debido contentarse el legislador con una sola disposición, la que se cita; ¿á qué viene decir que el ejecutor puede provocar la venta del mobiliario, si puede provocar la de todos los bienes en virtud de su mandato? Hemos dicho ya por qué el legislador define y limita las facultades del ejecutor; es porque se trata de un mandato conferido por el difunto y cuyo efecto es restringir el derecho de propiedad de los herederos. Es menester no considerar únicamente los intereses de los legatarios, sino

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, n.ºm. 219. Bayle-Mouillard comentando á Grenier, t. 3º, pág. 17; Anbry y Rau, t. 6º, página 134, nota 16, pfo. 711.

2 Demolombe, t. 22, pág. 66, n.ºm. 74. Troplong, t. 2º, pág. 201, n.ºm. 2,024.

también tener presente el derecho de los herederos. Ellos tienen también obligaciones, se dirá; ellos deben pagar los legados, y si no lo hacen voluntariamente, debe haber derecho para obligarlos á ello. Sin duda; pero ¿á quién corresponderá ese derecho? A los legatarios; que en cuanto al ejecutor, no está llamado á concurrir á la ejecución de la última voluntad del difunto, sino dentro de los límites de la ley.

365. ¿Puede dar el testador al ejecutor testamentario derecho de vender sus inmuebles. Ya hemos respondido á esta pregunta. Tenemos á la vista dos principios contrarios, que son: la interpretación restrictiva y la extensiva. Nuestro principio es el de la restrictiva (núms. 332-334), y ya hemos dado nuestras razones. Los autores y la jurisprudencia se declaran por una interpretación más y más extensiva; pero siguiendo por este camino, van á llegar hasta á formar un nuevo código civil. En materia de ejecución testamentaria, esto nos parece evidente de todo punto.

Confiesa Troplong que, dada su misión legal, el ejecutor no tiene otro cargo que el de pagar los legados y cuidar de que se cumpla con el testamento. Esto resuelve la cuestión contra el sistema que prevalece entre los autores y la jurisprudencia. El mandato del ejecutor testamentario es una creación de la ley; los derechos del testador acaban á su muerte; si su voluntad ejerce á un dominio mas allá del sepulcro, no es por virtud de los principios generales de derecho, puesto que, según ellos, el mandato del ejecutor es una verdadera ficción, por formarse en un momento en que el concurso de voluntades, necesario para todo contrato, es imposible por la muerte del pretendido mandante. Sin embargo, escrito está que nada impide al testador para prolongar ese mandato legal. (1) ¡Nada impide! Más exacto

1 Troplong, t. 2º, pág. 201, núm. 2,026. Demolombe, t. 22, página 80, núm. 80.

sería decir que todo impide que se prolongue: la naturaleza de las cosas que no permite á los muertos el ejercicio de la voluntad; los derechos de los herederos que, haciéndose propietarios y poseedores de la herencia, ven cómo se ponen trabas á sus derechos, y ven alterados éstos por el poder sin límites que se reivindica en favor del testador y del ejecutor testamentario.

La jurisprudencia sienta como principio que la facultad de confiar á un tercero el cuidado de ejecutar las disposiciones del testador es consecuencia natural del derecho de disponer concedido á éste último. (1) ¡Cómo es natural que el hombre tenga derecho de mandar alguna cosa cuando ya murió! Si alguna cosa hay contraria á la naturaleza, es querer, cuando ya no se vive. ¿Se dirá que la ley reconoce ese derecho al hombre al darle la facultad de testar? En cierto sentido, sí. Y véase por qué se dice que la facultad de testar es de derecho civil; quiere decir que la ley ha debido confirmarla para que exista. Es menester, pues, dejar á la *naturaleza* á un lado, para atenerse á la ficción de la ley, pues, ficción es lo que hay. Sea el legislador ó el testador quien llame á la herencia del difunto á un sucesor cualquiera, siempre tendremos que por una ficción es por lo que el muerto pone en posesión al vivo; porque el testador sigue siendo poseedor y propietario hasta el momento en que muere, y en ese momento, ya no puede tener voluntad. La ley es, pues, la que da efecto á su voluntad. ¿En qué límites? Puesto que ella crea el derecho, ella debe determinar los límites en que se ejerza. Podría no permitir al testador que nombrara ejecutor testamentario; pero pues lo permite, sólo á ella le debe tal facultad el testador. Esa facultad no es natural sino esencialmente.

Si el principio de donde parte la jurisprudencia es falso,

1. Donai, 26 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209). Metz, 13 de Mayo de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 192).

deben serlo igualmente las consecuencias que deduce de él. Siempre es la *naturaleza de las cosas* la que invoca el tribunal de Donai para deducir que la extensión de las facultades que puede conferir el testador á su ejecutor debe ser correlativa de la de las disposiciones testamentarias mismas. Vese que el legislador desaparece, no quedando más que el testador que habla y ordena, cuando no tiene derecho de ordenar sino porque la ley le concede esa facultad. El tribunal de Donai invierte los papeles: no se concebiría que aquél que puede legalmente ordenar no pudiese encargar á su ejecutor testamentario la plena y completa ejecución de sus disposiciones. Menos aún se concibe, diremos, que el que no puede ordenar sino en virtud de la ley, pueda ordenar, sea lo que fuere, sin que se lo permita la misma ley. Esto es lo que hizo ella en el artículo 1,031. El tribunal de Donai explica esa disposición de manera muy singular; al entenderla, ella tiene por objeto arreglar las funciones generales y ordinarias de los ejecutores testamentarios; pero no se sigue que el legislador no pueda él mismo arreglar su misión y conferirles poderes especiales distintos y con mayor extensión que los enunciados en aquel artículo. ¿No se diría que la ejecución testamentaria es un contrato á manera de venta? ¿qué el legislador prevee solamente aquello que las partes quisieron, pero que les permite querer otra cosa? Se olvida quién es el que figura en ese pretendido contrato; el testador es el único que habla en él, pero no habla sin permitírselo la ley, la cual le dice que puede ordenar; pero fuera de los límites que ella le traza, no puede hacer nada, porque es un muerto que habla. Esto quiere decir que sólo el legislador tiene la palabra en esta materia. El citado tribunal insiste diciendo que el artículo 1,031 no está concebido en términos prohibitivos ó limitativos y que no hay razón para que el legislador restrinja en este punto la libertad del testador.

¿Es menester enseñar á los jurisconsultos que hay leyes restrictivas por su naturaleza por ser excepcionales, y existe alguna más excepcional que la que da á un muerto el derecho de mandar? ¿Se preguntará por qué la ley no le da plena facultad para ordenar? Ya lo hemos dicho: es porque hay otro derecho delante del testador, que es el de los herederos, es decir, el derecho de propiedad. El tribunal de Donai no se preocupa más que con la *libertad del testador*. Convenimos en que la ley le permite que disponga de sus bienes como le parezca; pero hay un límite necesario á esa libertad. ¿Podrá el testador, so pretexto de libertad, encadenar eternamente los derechos de los herederos? Nadie se atrevería á decir que lo puede. Hay, pues, un límite para su libertad: la tiene mientras viva, pero no ya muerto. Desde este momento comienzan otros derechos, que la ley debe tener en consideración, puesto que en esa transmisión de las herencias descansa la sociedad civil.

El tribunal de Donai pretende que el legislador no restringe la libertad del testador en lo que concierne al derecho de venta que puede conceder á su ejecutor. Es cierto, como lo dice él, que esa restricción no resulta del artículo 1,026 que, por confesión del mismo tribunal, no permite al testador que conceda á su ejecutor la posesión de los inmuebles. Pero esta disposición prueba por lo menos un cosa: que la ley toma en consideración otro principio que no es la libertad del testador. La ley encadena esa libertad: ¿en favor de quién? Evidentemente, en el de los herederos; ella no quiere que los prive el testador de la donación de los inmuebles. En el mismo espíritu de restricción la ley autoriza al ejecutor para vender el mobiliario, en tanto que no le da facultad para provocar la venta de los inmuebles. La libre disposición de los bienes es un derecho para los herederos, que merece protección tanto como la libertad del testador.

El mismo tribunal se esfuerza en seguida en demostrar que la facultad de vender los inmuebles no menoscaba la posesión, sea del heredero, sea del legatario universal. Cierto que ambas posesiones coexisten sin destruirse entre sí, como lo hemos dicho (núm. 339); pero no es esa la cuestión. La ocupación es la posesión legal que, á pesar de la ocupación del ejecutor testamentario, sigue perteneciendo á los representantes del difunto. Estos son más que poseedores, son propietarios; y no dice el artículo 544 que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas *de la manera más absrluta?* Aquí surge el conflicto entre el derecho absoluto de propiedad y la libertad del testador, que se dice también absoluta. ¿Dominará la pretendida libertad del testador el derecho de propiedad de los herederos? No; el tribunal de Donai tiene que confesar que el testador no puede conceder al ejecutor la posesión de los inmuebles. Que se deje, pues, de hablar de la libertad del testador, la cual no consiste más que en la facultad de disponer de sus bienes; pero cesan al punto en que esa disposición produce efecto para dar lugar á otra libertad, la de los herederos.

Recurrido el fallo, se dió en casación otro denegatorio, y no tenemos embarazo para decirlo; son de una debilidad extrema los motivos en que descansa. La sala sienta como principio que “el testador que no tiene herederos en reserva es libre para imponer á los legatarios universales que hubiere escogido, á los cuales era dueño de no dejarles nada, la condición que le plazca, con tal que no se opuega á la ley, al orden público ni á las buenas costumbres. (1)”. El principio es verdadero en lo que mira á las consideraciones con que el testador llama á los legatarios á su herencia; pero no, en lo que mira á los derechos que resultan de la revocación. Es el axioma vulgar el que puede lo

1 Denegada, 8 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 188).

más puede lo menos, el que cegó á la sala. Sin embargo, todo el mundo reconoce que ese axioma es falso cuando hay una razón de diferencia entre lo más y lo menos. Ciertamente, podía el testador no dejar nada á su legatario universal, y sin embargo, no puede privarle de la ocupación; no puede dar á su ejecutor más que la del mobiliario, y ni siquiera puede prolongarla á más del año y día. Por tanto, puede lo más y no lo menos; y así no es cierto que pueda imponerle á su legatario la condición que le plazca. La sala dice que no hay ley que prohíba al testador que ordene la venta de sus inmuebles autorizando al ejecutor para que la haga. Esto es plantear mal la cuestión; hay que preguntar si alguna ley permite al testador que ordene después de muerto. Esto, indudablemente, no puede tener lugar sino en virtud de la ley; si no la hay, pues, no hay derecho. El de vender los inmuebles, dice la sala, en nada excede á las facultades que es lícito al testador conferir al ejecutor testamentario. He aquí una afirmación; pero ¿dónde está la prueba? La sala se limita á repetir lo que había dicho el tribunal de Donai: que el derecho de vender los bienes no menoscaba la ocupación legal del heredero, ni cuando se trata de los inmuebles, ni tratándose de los muebles. Repetimos que la ocupación legal está fuera de la cuestión: la ley permite que se modifique el derecho de propiedad de los herederos en lo que concierne á los muebles; pero no en lo tocante á los inmuebles. Tal es el código civil; si encuentran que es muy restrictivo, procedan á formar otro. Pero esta facultad sólo es del legislador. (1)

366. La jurisprudencia de Bélgica ha variado, así en cuanto al principio, como en cuanto á sus aplicaciones; y esas variaciones no hablan en favor de la doctrina que ve-

1 Compárese con el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 671, número 457.

nimos impugnando. Importa hacerlas constar, para que no se nos objete con la jurisprudencia como con indiscutible autoridad.

En 1809, admitió como principio el tribunal de Bruselas, la validez del mandato, conferido al ejecutor testamentario, para que vendiera los inmuebles. El fallo que se dictó contra las conclusiones del ministerio público, no tiene importancia alguna doctrinal, porque ni un sólo motivo da para apoyar la opinión que adopta. Los legatarios que se oponían á la venta daban excelentes razones para apoyar su oposición; pero el tribunal no las tomó en cuenta, ni siquiera las discutió. (1)

En 1843, el mismo tribunal declaró igualmente válido el mandato conferido por el testador á su ejecutor; pero la necesidad de vender estaba reconocida por todos los interesados; y más bien se trataba de saber en nombre de quien se había de verificar la venta: punto que no era dudoso, por deber hacerse toda venta en nombre los propietarios. Habría aún otra dificultad concerniente á la designación del notario; y como estaban de por medio menores en el caso, la dificultad quedaba zanjada por la ley de 12 de Junio de 1816: el notario debía ser designado por el juez. Por lo demás, la cuestión de principio que examinamos no se agitó. (2)

En 1818, el tribunal de Bruselas cambió de jurisprudencia. En un fallo que ya citamos (núm. 334), dice que el nombramiento y las facultades de los ejecutores testamentarios emanan puramente del derecho civil; lo cual, es decir, que el legislador ha creado ese mandato excepcional y que sólo puede fijar sus límites y extensión. En 1850 nuevo cambio de jurisprudencia. El fallo de ese año ve en la

1 Bruselas, 2 de Agosto de 1809 (*Daloz*, núm. 4.087, 1º).

2 Bruselas, 8 de Abril de 1843 (*Pasicristia*, 1843, 2, 235 y *Daloz*, núm. 1,108, 3º).

ejecución testamentaria una consecuencia del derecho que la ley reconoce al hombre para transmitir sus bienes, lo cual le da al testador el derecho de arreglar su ejercicio. Era la doctrina que acababa de admitir el tribunal de Donai y la sala de casación de Francia. El tribunal de Bruselas dijo que el artículo 1,031 no limita las facultades del testador; aun va más lejos, y conforme á la opinión que impugnamos, es menester ir hasta allá: el testador puede conferir al ejecutor atribuciones más extensas y aun poderes de distinta naturaleza; el legislador, dice el tribunal, había atentado á la libertad que tienen los testadores para disponer de sus bienes, si les hubiese negado aquel derecho. En 1818, el tribunal raciocinaba de otro modo, y creemos que lo hacía mejor. Siendo el mandato puramente de derecho civil, toca al legislador arreglar su extensión, siguiéndose de aquí que lo que la ley no permite al testador se lo prohíbe. Partiendo de éste su nuevo principio, el tribunal de Bruselas hace que la ley diga lo contrario de lo que ella dice: invoca aquél el artículo 1,031 que encarga al ejecutor vigile por la ejecución del testamento, y de ahí concluye que puede el ejecutor vender los inmuebles si le confirió el testador esa facultad; mas ese mismo artículo expresa las del ejecutor en lo que mira á la venta de los bienes, dándole la ocupación del mobiliario y la facultad de procurar su venta; pero no le da ningún derecho respecto de los inmuebles. (1)

El tribunal no ha seguido fielmente su nueva jurisprudencia. En 1864, tenía que declarar acerca del efecto de una cláusula que daba al ejecutor facultades de tal manera extensas, que éste pretendió ser legatario á título universal de todos los inmuebles. Pidió que por lo menos se le permitiera vender los inmuebles hereditarios como lo

1 Bruselas, 17 de Abril de 1850 (*Pasicrisia*, 1851, 2, 14). Ocompárese con lo resuelto en Gand á 1º de Agosto de 1857 (*Rasicrisia*, 1857, 2, 416).

había prescripto la testadora y aplicar su precio de la manera indicada por ella misma. El tribunal halló que ese mandato era exorbitante. ¡Cómo! dijo, la ley no quiere, y sobre ellos todos están de acuerdo, que el testador de la posesión dé sus inmuebles á su ejecutor testamentario. ¿Y qué cosa es esa posesión? El único efecto sería retardar un año cuando más la posesión de los herederos. ¡Y se quiere que el testador, que no puede quitar á sus herederos la tentación de los inmuebles, pueda dar al ejecutor facultad para disponer de ellos y venderlos! Todo lo que admite el tribunal, es que el testador encargue á su ejecutor que procure la venta de los inmuebles en el caso de que no baste el mobiliario para pagar los legados. Esta facultad vuelve á quedar bajo el dominio del artículo 1,031, según el cual la misión del ejecutor consiste en cuidar de la ejecución del testamento. En efecto, la venta de los inmuebles puede ser el único medio de llegar á ese resultado. El tribunal invoca la tradición. Fugole y Ferrière dicen que el ejecutor puede pedir que se emplace al heredero para que se le ordene que ministre las cantidades que faltan para la ejecución del testamento, y que en caso de negativa, se vendan inmuebles hereditarios. (1) Reducida á estos términos, casi no ofrece interés práctico la cuestión. Indudablemente los legatarios tendrían aquél derecho. Poco importa que le ejerciten directamente ó por medio del ejecutor. Sólo queda una dificultad de teoría: ¿es el ejecutor representante de los legatarios y puede hacer todo lo que podrían hacer ellos? Esto, por lo menos, es dudoso. En un fallo reciente, el tribunal de Bruselas volvió á la verdadera doctrina que consagró en el que dictó en 1818. (2)

367. El mandato que pareció exorbitante al tribunal de Bruselas está considerado como natural y legítimo por la

1 Bruselas, 8 de Agosto de 1864 (*Pasticrisia*, 1864, 2, 411).

2 Bruselas, 28 de Noviembre de 1872 (*Pasticrisia*, 1873, 2, 96).

jurisprudencia francesa. Vamos á asistir á una ejecución testamentaria d- que ni ejemplo hay en el código, más aún, que reproban el código y los principios. La jurisprudencia la creó y los autores han pasado por ella. Un testador que no deja herederos reservatarios instituye legatarios universales, confiriendo á un ejecutor facultad para vender todos sus inmuebles y emplear el precio en el pago de legados particulares y distribuir después el remanente entre los legatarios por él instituidos. Ese es el mandato para liquidar la herencia; ¿es válido? Sí, dice el tribunal de Donai. La ley permite al que no deja herederos reservatarios que disponga de sus bienes como le parezca; y al darle esa facultad, la ley le deja en la más completa libertad en cuanto al modo de distribuir sus bienes; bajo este concepto, sus disposiciones deben ejecutarse por completo desde el momento en que no se oponen á la ley, al orden público ni á las buenas costumbres. Tal es el principio que se establece, á saber: el de la omnipotencia del testador, y fundante en los artículos 893, 895 y 913 del código civil. ¿Qué dicen esos artículos? Que cualquiera puede disponer de sus bienes por testamento, con tal que respete la reserva. *Diponer de sus bienes:* ¿qué quiere decir esto? El artículo 711 nos contesta: "La propiedad de los bienes se adquiere y se transmite por donación testamentaria." Por tanto, disponer de sus bienes por testamento, es transmitir su propiedad á los legatarios. Tal es el efecto de los legados, conforme al artículo 1,014: "Todo legado puro y simple da al legatario, desde el día que muere el testador, derecho á la cosa legada." Todo legado puro y simple, dice la ley; el legado puede ser condicional, y en ese caso, se aplican los principios relativos á las condiciones. En suma, la libertad de testar, invocada por el tribunal de Donai, consiste en la facultad de transmitir á los legatarios la propiedad de los bienes; el testador los puede dis-

tribuir como le plazca, esto no es dudoso, pero es menester también entender esta facultad en el sentido de que puede dar á quien quiera la propiedad de los bienes que deje á su fallecimiento.

No es así como el tribunal comprende la facultad ilimitada que reclama para el testador. Ninguna disposición legal, dice, obliga al testador á transmitir sus bienes en especie á aquellos á quienes juzgue á propósito gratificar con ellos. Desde ese momento, nada obsta para que, instuyendo legatarios particulares y legatarios universales, ordene el testador que se vendan todos sus bienes muebles é inmuebles después de su fallecimiento, en la forma indicada por él, para que se emplee el precio, primero, en pagar las deudas y legados particulares, y después, el resto, entre los legatarios universales. El tribunal dice que ninguna ley se opone á una disposición como esa. ¿Qué cosa es, entonces, toda la sección relativa á los ejecutores testamentarios? Si los artículos 893, 895 y 913 dan al testador facultad para disponer, después de su muerte, de sus bienes como si todavía viviera, ¡á qué venían, pues, los artículos 1,025 y siguientes que le dan, no un poder ilimitado de proveer á la ejecución de su última voluntad, sino un poder muy ilimitado? El tribunal confundió dos cosas muy distintas: la transmisión de los bienes y la ejecución de las disposiciones que los transmiten. El artículo 895 que él cita, da al testador derecho para disponer de sus bienes para un tiempo en que ya no viva, es decir, para el momento de morir; pero una vez hecha esa transmisión, cesa el derecho de testar que tienen. Al morir, transmite á sus legatarios la propiedad de sus bienes; pero cesa su derecho en el momento mismo de morir para abrirse el de sus legatarios. Estos son propietarios en virtud de la ley (art. 1,014), y á ellos toca, después de aquel momento, proceder á la liquidación de la herencia. ¿Puede

intervenir el testador en esa liquidación y hacerla para sus legatarios? Este es otro orden de ideas: se trata de saber si todavía puede el testador ordenar después de muerto; puesto que él es quien obra por medio del ejecutor testamentario. La ley se lo permite; es una nueva extensión del derecho de testar, porque no se trata de disponer de bienes, puesto que ya produjeron su efecto las disposiciones testamentarias, y los legatarios han llegado á ser propietarios. ¿Puede restringirse esa propiedad por la voluntad del testador? ¿puede ordenar éste que se vendan los bienes cuando los legatarios preferirían dividírselos en especie? A estas preguntas contesta la sección 7.^a, *De los Ejecutores testamentarios*. Esa sección permite al testador que nombre un ejecutor que vigile la ejecución de las últimas disposiciones; pero no permite que le dé facultades ilimitadas. Aun en lo que concierne á la ejecución de los legados, son muy limitadas las facultades que la ley permite que se den al ejecutor. El artículo 1,026, al dar derecho al testador para conceder á su ejecutor la ocupación del mobiliario, le niega implícitamente la facultad de invertirle de esa misma ocupación con relación á los inmuebles; y aun la de los muebles no puede durar más que un año. El artículo 1,031 encarga á los ejecutores que procuren la venta del mobiliario, lo cual importa negarles implícitamente la facultad de vender los inmuebles, aun tratándose de hacer que se ejecute la última voluntad del testador. Pero, en el caso, no se trata de esa ejecución tal como la organiza el código, sino de disposiciones muy distintas que la jurisprudencia consagra, pero que el código no conoce.

¿Con qué fin encarga el testador al ejecutor testamentario que venda todos sus bienes? ¿Para asegurar la ejecución de su última voluntad? Tal es el objeto de la ejecución testamentaria organizada por el código; mas no el objeto de la disposición en que el testador manda que se vendan

todos sus bienes y se distribuya el precio entre los legatarios universales que instituyó. El tribunal de Donai dice que esa disposición tiene un fin muy legítimo, cual es el deseo de ahorrar dificultades á los legatarios, así como las dilaciones y gastos de la partición, la licitación, las cuentas y otras formalidades judiciales. ¿Qué es, pues, el mandato de vender que confiere el testador al ejecutor testamentario? El testador es quien hace por sí mismo la partición, á su manera, entre sus legatarios; y esto nada tiene que ver con la ejecución testamentaria del código. Poco importa, se dirá, si por lo demás es válida la disposición.

Tal modo de disponer de los bienes, dice el tribunal de Donai, debe acogerse con el justo favor que en cualquier circunstancia muestra la ley para las voluntades y actos del padre de familia. Esta consideración va dirigida al legislador, que ha organizado una ejecución testamentaria, y podría organizar otra. Pero no se trata de saber lo que podría hacer, sino si lo ha hecho. Pues bien, basta leer la sección VII para convencerse de que el legislador no ha permitido al testador que por sí mismo liquide la herencia, vendiendo todos los bienes por medio de un ejecutor testamentario. Al dar facultades tan limitadas al ejecutor, la ley se preocupa con los derechos de los herederos y de los legatarios universales. Véase por qué no permite que se dé al ejecutor la ocupación de los inmuebles; véase por qué no quiere que la ocupación del mobiliario dilate más de un año; véase por qué no le encarga que procure la venta de los inmuebles. ¡Y se quiere que después de limitar con tan escrupulosa solicitud las facultades del testador y de su ejecutor, dé la ley plena libertad al testador para despojar á los legatarios del ejercicio de la propiedad que reciben de la ley! Dícese que el que puede lo más puede lo menos, pero no hay quien diga que el que no puede lo menos pueda lo más.

Ese mandato, dice el tribunal de Donai, no ofende ni al orden público ni á á las buenas costumbres. Dejemos á éstas á un lado, que no se trata de ellos. El orden público, en materia de derecho privado, quiere decir que no es lícito á los particulares derogar lo que es de interés general. En nuestro caso, hay ese interés, cual es el derecho de propiedad. La ley declara absoluto ese derecho: ¿corresponde al testador restringirle y ponerle trabas para un momento en que él ya no vive? El testador, dice el tribunal, lo hace en favor de los legatarios; pero respondemos que lo que el testador quiere puede no convenir á los legatarios. Si éstos hallan su interés en dividirse los bienes en especie, ¿por qué el testador les había de imponer la obligación de recibir el precio en lugar de los bienes? Dejad a los hombres la libertad de cuidar por sí mismos de sus intereses; la libertad vale más que las cadenas. Después de todo, comete error el intérprete precupándose con los intereses, que es asunto del legislador; el juez sólo tiene puntos de derecho que examinar: ¿tiene el testador facultad para hacer que se vendan sus bienes por un ejecutor cuando ya aquel no es propietario? Tal es, en dos palabras, la cuestión, y parécenos que basta precisar la dificultad para resolverla.

El tribunal de Donai dice que la disposición de que se trata no es opuesta al artículo 1,006, que da la ocupación al legatario universal. Claro está; pero aun en esto, confunde el tribunal la facultad de disponer propia del testador, con la propiedad y la posesión que corresponde al legatario universal al momento de morir el testador. Este puede no dejar sus bienes á aquel á quien instituye legatario universal; pero si se los deja, no puede impedirle que sea propietario y poseedor. ¡Qué digo! El mismo, el muerto, da la posesión al vivo. Es cierto que no le puede quitar la ocupación que le da la ley, como tampoco

la propiedad, cosa que es absurda; ¿cómo le despojaría de un atributo de la propiedad en el momento mismo en que se la transmite? Es, pues, mutilar el derecho de propiedad permitir al ejecutor que venda contra la voluntad del propietario. Únicamente éste puede vender, y para que tal derecho pertenezca á otro que no sea el propietario, se necesita disposición expresa de la ley. ¿Dónde está esa disposición? En esto se palpa el error del tribunal, que dice que no hay disposición que prohíba al testador que ordene la venta de los inmuebles. Mal razonamiento es ese. Es menester decir: No hay disposición que autorice al testador para poner trabas al derecho de propiedad de los legatarios. Por consiguiente, no puede hacer que se vendan los bienes que, desde que se abrió la herencia, se han hecho propiedad de aquellos. (1)

368. La sala de casación confirmó el fallo del tribunal de Donai sin tomar en consideración los motivos graves que se hacían valer en la interposición del recurso y que acabamos de desarrollar; ni una palabra dice respecto de ellos. (2) Hay dos doctrinas contrarias entre sí. Una es la de la libertad absoluta del testador que puede imponer á sus legatarios cuantas restricciones quiera, sin atender para nada á sus derechos; no tienen ellos otros que los que les da el testador, y así nunca pueden quejarse de que éste se los desconozca, porque no reciben los bienes sino con las restricciones que el testador puso en sus disposiciones. Este es el sistema de la jurisprudencia francesa. Colocada desde ese punto de vista, la sala de casación parece no comprender la opinión contraria. Nosotros decimos que el testador queda sin facultad desde que deja de vivir, y por lo mismo no puede perpetuar su voluntad mas allá de

¹ Donai, 26 de Agosto de 1847 (Dalloz, 1847, 2, 209). Compárese con el tomo 11 de mis *Principios*, pág. 671, núm. 457.

² Denegada, 8 de Agosto de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 189).

su existencia. Muerto él, sus herederos ó legatarios universales entran en su lugar. Propietarios y poseedores de la herencia, es su derecho absoluto, ilimitado; y así el testador no le tiene para limitarle. Tiene solamente el de cuidar que se ejecute su voluntad nombrando un ejecutor que ejerza los derechos muy restringidos que la ley le concede, ó permite que se le concedan. Por aquí se ve lo que separa á ambas opiniones. La jurisprudencia, sin tomar en consideración más que el pretendido poder absoluto del testador, le sacrifica el derecho de propiedad de los legatarios: derecho que sostenemos nosotros con las restricciones que la ley autoriza al testador para que le ponga, nombrando un ejecutor testamentario.

M. Demolombe abrazó la opinión de la jurisprudencia; (1) y vamos á ver las consecuencias que deduce, las cuales no son nada á propósito para favorecer el principio. Puesto que el testador tiene derecho de mandar la venta de sus inmuebles, puede también arreglar las cláusulas y condiciones para realizar, y autorizar en consecuencia al ejecutor para que venda, no sólo ante notario y con adjudicación, sino también amistosamente. Si se objeta el derecho de propiedad de los legatarios que, á su pesar, se ven de este modo privados de sus bienes, expropiados sin su consentimiento. M. Demolombe responde que no son propietarios sino con la condición expresada por el testador, y esa condición está en que no son propietarios de los bienes legados, sino que sólo tienen derecho al precio. ¿Se les ha entregado por lo menos ese precio? Absolutamente, pues el ejecutor es el que vende y compra el precio. ¿Y cuál será la garantía de los legatarios? Ninguna tienen, si no es la responsabilidad del ejecutor, responsabilidad que es irrisoria si resulta éste insolvente. Sin embargo, entre esos legatarios, hay menores ó establecimientos de beneficencia

1 Demolombe, t. 22, pág. 81, núm. 91 y los autores que cita.

pública; los bienes que les pertenecen no pueden venderse privadamente, por deber hacerse la venta con las formalidades prescriptas por la ley; formalidades de orden público, que nadie puede quebrantar. M. Demolombe da siempre la misma respuesta. Los legatarios no son propietarios de los bienes, sólo tienen derecho al precio. (1) Con buen derecho califica el tribunal de Bruselas de *exorbitante* la facultad que se da al ejecutor testamentario. (2) Digase cuanto se quiera, el testador no puede legar sino lo que tiene, y lo que tiene al morir son bienes inmuebles; si de esos bienes le permite la ley disponer, inmuebles son, pues, los que llegan á hacer propiedad de los legatarios (art. 1,014). Véase por qué no puede el testador la ocupación de sus inmuebles á su ejecutor testamentario (artículo 1,026); ¿teudría esa prohibición sentido si el testador pudiera concederle facultad para venderlos, quiere decir, para privar á los legatarios de la propiedad y de la posesión? Tal cosa importaría invertir toda la teoría de las donaciones testamentarias y sustituirlas con otra nueva. En espera de que haya otro código, nos atenemos al que hoy existe.

III. Pago de los legados.

369. El ejecutor testamentario debe pagar los legados, dice Pothier. Antiguamente, era eso una obligación absoluta, puesto que el ejecutor tenía de pleno derecho la ocupación del mobiliario; conforme al código civil, puede no tener esa ocupación, y en tal caso, no podría estar obligado á pagar los legados, por no estar en posesión de nada; puede tan sólo cuidar de que se paguen los legados. Véase por qué el artículo 1,031 no dice terminantemente que el ejecutor está encargado de pagar los legados y se contenta con esta vaga expresión: "Cuidará de que se ejecute

1 Demolombe, t. 22, pág. 82, núms. 92 y 93.

2 Bruselas, 8 de Agosto de 1864 (*Pasicrisia*, 1864, 2, 411).

el testamento." Si tiene la ocupación, se vuelve á los antiguos principios: el ejecutor paga los legados con los recursos que encuentra en la herencia y con los que provengan de la venta del mobiliario; esto implica que los ejecutores solamente están encargados de pagar los legados muebles. Muy claro lo dice la ley: conforme al artículo 1,027, el heredero puede hacer que cese la ocupación ofreciendo entregar á los ejecutores testamentarios la cantidad suficiente para pagar los legados muebles, y el artículo 1,031 dice: Provocarán la venta del mobiliario á falta de recursos suficientes para pagar los legados. Esto se haya en armonía con el espíritu de la ley. La ejecución testamentaria es una señal de desconfianza con respecto á los herederos y á otros deudores de los legados, y es también una derogación de los principios relativos á las facultades del testador. Ha sido menester, pues, restringir la misión del ejecutor dentro de los límites que exige la necesidad, y los legatarios de inmuebles no la tienen de garantía alguna; ellos adquieren la propiedad de los bienes que les son legados, y pueden en caso de necesidad reivindicarlos; mientras que los legatarios de bienes muebles no tienen más que acción personal contra los deudores del legado. (1)

Pothier añade que el ejecutor debe solicitar el consentimiento de los herederos para pagar los legados. En efecto, los herederos ú otros deudores de los legados, pueden oponerse al pago, impugnar la validez de los mismos, los cuales no se hacen definitivos sino por la concurrencia de aquellos. Si los herederos promueven oposición, debe el ejecutor intentar una acción contra ellos. Tales es la marcha regular, la única que cubre la responsabilidad del ejecutor testamentario; si éste paga sin el consentimiento de los

1 Grenier, t. 3º, pág. 14, núm. 331. En sentido contrario, Demolombe, t. 22, pág. 70, núm. 78.

herederos, pueden éstos pretender que el legado es nulo y negarse á pasar en su cuenta por lo que hubiere pagado. (1)

370. ¿Contra quién deben los legatarios entablar su demanda de entrega? ¿contra el ejecutor testamentario, ó contra los herederos del legado? Hay mucha incertidumbre en la doctrina sobre este punto. Los más de los autores dicen que los legatarios pueden proceder contra el ejecutor testamentario, pero admiten que también se puede intentar la acción contra los herederos; hay quienes digan que el ejecutor y los herederos deben ser los demandados. (2) Nos parece que el texto legal y los principios resuelven la dificultad. Los artículos 1,011 y 1,014 dicen que los legatarios están obligados á pedir la entrega á los herederos á quienes se reserva una cantidad de bienes por la ley; á falta de ellos, á los legatarios universales, y á falta de éstos, á los herederos llamados, en el orden establecido en el título de las *Sucesiones*. Por consiguiente, y en lo general, debe entablarse la demanda contra los deudores del legado, lo cual no es más que aplicación de una regla muy elemental, según la cual el acreedor debe proceder contra su deudor. En materia de legados, esta regla tiene más importancia que tratándose de deudas; el heredero no se convierte en deudor sino cuando consintió en la entrega, pues hasta entonces puede impugnar la validez del legado. Esto resuelve el punto en lo relativo al ejecutor testamentario, que no es deudor del legado, ni tiene carácter para consentir en su entrega, pues su misión se reduce á sostener la validez del mismo y á procurar que se haga efectivo. En tal virtud, bajo ningún concepto debe

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 228. Toullier, t. 3º, 1, pág. 324, núm. 589 y todos los autores modernos. Bruselas, 2 pluvioso, año XIII (Dalloz, núm. 4,078).

2 Aubry Rau, t. 6º, pág. 138, nota 32 y los autores que citan. Grenier, t. 3º, pág. 29, núm. 338.

ser el que contradiga los legados. No se podría intentar contra él la demanda de entrega mientras terminantemente la ley no le diera personalidad para consentir en la entrega; mas la ley se ha cuidado mucho de derogar el principio establecido por los artículos 1,011 y 1,014. Esa derogación es imposible, como lo acabamos de ver. Lo único que la ley permite al ejecutor, es que intervenga en los pleitos que tienen por objeto la validez de los legados.

371. Igual incertidumbre reina en otra cuestión que no es más que corolaria de la que acabamos de examinar. Pothier pregunta si corren los intereses en favor del legatario desde el día en que se intenta la acción contra el ejecutor testamentario, ó desde aquél en que se le denunció la acción al heredero. La cuestión, tal como la formula Pothier, importa que los legatarios deben ó pueden por lo menos proceder contra el ejecutor. En nuestro concepto, deben proceder contra los herederos ó otros deudores del legado, y está por demás decir que su demanda hace que corran los intereses; los cuales, no comprendemos cómo podrían correr á consecuencia de una demanda entablada contra el ejecutor que no es deudor. Se deben los intereses, en caso de mora, y el deudor no se constituye en mora sino á virtud de una demanda judicial, cuando se trata de una deuda de dinero (art. 1,154), demanda que naturalmente debe instaurarse contra el deudor. ¿Es tal el ejecutor testamentario? Está encargado de pagar, pero no es él quien debe. ¿Es representante de los herederos ó de aquellos que deben el legado? Absolutamente. Por tanto, ningún carácter tiene para que se le demande, ni hay motivo para que por la demanda que se instaure en su contra constituya en mora á los deudores. Tan evidente nos parece esto, que creemos inútil insistir en las diversas opiniones emitidas por los autores. (1)

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 225. Demolombe,

IV. Pago de las deudas

372. Antiguamente, el ejecutor testamentario tenía el encargo de pagar las deudas muebles lo mismo que los legados. Pothier no encuentra ninguna diferencia entre los legados y las deudas, pues pone unos y otros en la misma línea. (1) Se pregunta si sucede otro tanto conforme al código civil. Según la opinión que sustentamos respecto á la naturaleza de la ejecución testamentaria, la negativa es indudable. El ejecutor no tiene más facultades que las que le da la ley ó permite que se le den; y no hay una palabra en la sección VII acerca del pago de las deudas. La misión esencial del ejecutor consiste en vigilar que se ejecute el testamento, ¿y qué cosa es el testamento? El acto por medio del cual dispone de sus bienes el testador. En cuanto á las deudas, son una carga de los bienes. ¿Era menester encargar al ejecutor el pago de las deudas, como puede ser necesario ó por lo menos útil confiarle la ejecución de las últimas disposiciones del difunto? No; los acreedores podrán muy bien ejercitar sus derechos. Luego la ejecución testamentaria es ajena al pago de las deudas. Tal es también la opinión generalmente enseñada bajo el imperio del código civil. (2)

La opinión contraria la profesa Troplong, pero su propia confesión se vuelve contra él. Confiesa que el pago de deudas no es oficio necesario del ejecutor testamentario, puesto que las deudas son independientes del testamento y el ejecutor testamentario no fué comisionado más que para ejecutar la última voluntad del testador. Esto es decisivo. Se pretende que el ejecutor debe pagar las deudas cuando tiene la ocupación del mobiliario: claro está, dice

t. 22, pág. 63, núm. 70 y los autores en sentido diverso, que cita. Compárese con lo resuelto en Bruselas á 2 de Agosto de 1809 (Dalloz, núm. 4 087, 1º).

1 Pothier, *De las denaciones testamentarias*, núm. 228.

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 325, núm. 591; Aubry y Rau, t. 6º, página 138; Demolombe, t. 22, pág. 68, núm. 75,

Troplong, que estando en posesión del activo, tiene que vigilar que no queden las deudas insolutas. Esto es menos que claro; tiene el ejecutor la posesión del mobiliario para pagar los legados, mas no para pagar las deudas. Sin duda, el acreedor que tiene un título ejecutivo puede apoderarse de los objetos muebles cuya detención tiene el ejecutor; pero de esto á decir que el ejecutor está encargado de pagar las deudas, hay gran diferencia. Parece que es de uso que el ejecutor pague las deudas privilegiadas, tales como los gastos del funeral, los del aseguramiento de bienes, del inventario y de la venta. En cuanto á estos últimos gastos, es muy natural que los pague el ejecutor, puesto que es quien los ocasiona, á salvo el cargarlos en cuenta. Pero no sucede lo mismo con los gastos del funeral. Puede ser contrario el uso, mas el uso no puede dar al ejecutor testamentario un derecho que la ley le niega. (1)

373. ¿Pueden los acreedores entablar su demanda contra el ejecutor testamentario? En el derecho antiguo se les permitía que procedieran contra el ejecutor; lo cual era consecuencia lógica del principio reconocido por las costumbres, las cuales hacían una obligación en los ejecutores de pagar las deudas. (2) El código no les impone tal obligación; ningún carácter tienen, pues, para contestar á las demandas de los acreedores. Inútil es invocar la posesión; ésta no les da más que la detención del mobiliario; mas la acción de los acreedores es personal, y debe ejercitarse contra los herederos, á salvo citar para el juicio al ejecutor para que le obligue la ejecución, lo cual facilitará la ejecución de la misma. 3

1 Troplong, t. 2º, pág. 194 n.º 104. Compárese á Bayle-Mouillard comentando á Grenier 3º, pág. 14, nota b.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, n.º 224.

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 138, n.º 33. Compárese á Troplong, n.º 2,005.

374. ¿Puede el testador comisionar al ejecutor para que pague las deudas? Conforme á la opinión que permite al testador confiar al ejecutor la liquidación de la herencia, debería, con mayor razón, permitírselle que encargara al ejecutor el pago de las deudas muebles. Troplong es, pues, consecuente al reconocer ese derecho al ejecutor; por mejor decir, no hay punto discutible de derecho allí donde hay una facultad aboluta para disponer. Por el contrario, no comprendemos cómo M. Demolombe niega al testador lo menos después de concederle lo más. Conforme á la opinión que sostenemos, no cabe duda; la única misión del ejecutor está en vigilar por el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, y las deudas son ajenas á esas mismas disposiciones, no teniendo nada que ver con la ejecución del testamento. Ciento es que Pothier dice que el pago de deudas muebles forma parte de la ejecución testamentaria, pero si lo dice es porque la costumbre de Orleans tenía sobre esto una disposición expresa. Pothier añade que eso proviene de que en otro tiempo era cláusula ordinaria de los testamentos que "el testador mandara que se pagaran sus deudas," y por consiguiente, se sobreentendía la dicha cláusula. Esto supone una ley, que ahora no tenemos, y los testadores ya no insertan en su testamento ninguna cláusula relativa al pago de deudas. Y aun cuando la insertaran, no podrían dar facultad al ejecutor para pagarlas, por ser esta carga absolutamente ajena á los motivos por los cuales el legislador estableció la ejecución testamentaria. (1) Hay un fallo de Bruselas que apoya la opinión contraria, pero carece de autoridad doctrinal, por no estar motivado. (2)

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núms. 224 y 225. Troplong, t. 2º, pág. 194, núm. 2.005. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 6º, pág. 138, pfo. 711; Demolombe, t. 22, pág. 79, núm. 88.

2 Bruselas, 4 de Junio de 1831 (*Pasicrisia*, 1831), pág. 170.

Núm. 5. De la responsabilidad del ejecutor.

375. ¿Es responsable el ejecutor testamentario? Todos los autores enseñan que sí lo es, (1) y se fundan en el texto mismo de la ley. El artículo 1,028 quiere que el ejecutor tenga capacidad para obligarse: ¿por qué? Porque contrae obligaciones al ejercer las funciones que le confía el testador. Esto implica que es responsable; si no lo fuese, nadie tendría acción contra él; y no se ve por qué, en este supuesto, la ley habría de exigir de él capacidad para obligarse. Sin embargo, se ha declarado que el ejecutor sólo era responsable en los casos expresamente mencionados en la ley, y que, fuera de esos casos, no tenía más que una obligación de conciencia. En apoyo de tan extraña doctrina, se citaban leyes romanas. Al ver el abuso que se hace del derecho romano, se vería uno tentado de suprimirle por medio de una excepción como derecho ya abrogado; excepción que, por lo demás, es muy legítima. Nuestra ejecución testamentaria no es de origen romano, sino institución consuetudinaria. Por tanto, á las costumbres hay que recurrir para interpretar el código. Ahora bien, no hay más que leer á Pothier para convencirse á cada paso de que el ejecutor es responsable de su administración; y lo es con respecto á todos aquellos á quienes perjudica con su falta, á los herederos y á los legatarios. Así se resolvió en casación anulando un fallo del tribunal de la reunión que había declarado no ser responsable el ejecutor en el siguiente caso. Cierta testadora, en dos testamentos que hizo sucesivamente en 1813 y en 1821, concedió la libertad á una de sus esclavas, nombrando un ejecutor testamentario á quien dió la ocupación de todos sus bienes; se procedió al inventario, se incluyó en él á la joven esclava dándole el valor de 800 francos, sin reserva alguna en su favor. El

1 Demolombe, t. 22, pág. 93, núm. 109 y pág. 94, núm. 111 y todos los autores.

ejecutor rindió la cuenta de su administración, comprendiéndose á la esclava entre los bienes restituidos, siendo así que hasta 1848 fué cuando se concedió la libertad á la esclava, á instancia del ministerio público. La liberta reclamó daños y perjuicios contra el ejecutor por haber prolongado culpablemente su esclavitud por espacio de veintiséis años. Admitida en primera instancia, la demanda fué desechada en apelación; y recurrido el fallo, recayó otro de casación. (1)

376. La sala de casación citaba los artículos 1,991 y 1,992 entre los que había violado el fallo que se recurrió. Conforme al artículo 1,991, el mandatario está obligado á desempeñar el mandato mientras dure en él y responde por los daños y perjuicios que puedan resultar de su in ejecución; el artículo 1,992 añade que responde no solamente por su dolo, sino también por las *omisiones* que cometa durante su ejecución. ¿Cuál es la omisión por la cual queda obligado? Todo deudor está obligado á cumplir con sus compromisos con el cuidado de un buen padre de familia (art. 1,137); quiere decir que el mandatario está obligado por la culpa leve, para servirnos de la terminología aceptada en las escuelas. Pero el artículo 1,992 admite una restricción á la regla: "Sin embargo, la responsabilidad relativa á las omisiones se aplica con menos rigor á aquel cuyo mandato es gratuito, que al que recibe un honorario." ¿Se aplican estas disposiciones á la ejecución testamentaria? La jurisprudencia y los autores admiten la afirmativa como punto fuera de discusión, pero hay una razón para dudar. La ejecución testamentaria no es verdadero mandato (núm. 323). El ejecutor puede, pues, decir que no está sujeto á la responsabilidad que resulta de las obligaciones convencionales; pero en ese caso habría que sujetarle á la responsabilidad, más grave, que provie-

1 Casación, 27 de Agosto de 1855 (Daloz, 1855, 1, 371):

ne de los delitos y de los cuasi delitos. De suerte que los legatarios y los herederos más bien se interesarían por invocar los artículos 1,382 y 1,383. Creemos que no son aplicables esos artículos, porque si la ejecución testamentaria no es un mandato ordinario, es cuando menos un hecho jurídico análogo al mandato. Al aceptar el encargo que le confía el testador, se obliga el ejecutor; por lo mismo se le pueden aplicar por analogía los artículos 1,991 y 1,992.

Esta aplicación da lugar á una nueva cuestión: ¿cuál es la culpa precisa á que está obligado el mandatario y, por consiguiente, el ejecutor cuando no recibe ni sueldo ni recompensa? Esta es cuestión de hecho más bien que de derecho. En efecto, el artículo 1,992 dice que se aplicará con menos rigor la responsabilidad en cuanto á las omisiones; y así, el grado de rigor ó de indulgencia depende de las circunstancias, siendo imposible decidir *à priori*, como se hace, que el ejecutor no ha de ser responsable, al litigar, sino cuando obra por espíritu de vejación, ó con una ligereza reprobable. (1) Dejemos estas cuestiones al arbitrio judicial, que en los varios casos las resolverá mejor que pudiera hacerlo el más sutil intérprete. (2)

377. ¿Es responsable el ejecutor testamentario cuando no tiene la posesión del mobiliario? En ese caso, hay una razón para dudar. El ejecutor que no tiene la ocupación no tiene la administración propiamente dicha; y el artículo 1,031 dice solamente que al concluir el año del fallecimiento del testador deben los ejecutores dar cuenta de su administración; lo cual implica que no tienen que rendir esa cuenta cuando no están en posesión del mobiliario. ¿No será menester decir lo mismo de la responsabilidad? No; porque ésta incumbe á los que tienen una obligación, aun

1 Demolombe, t. 22, pág. 94, núm. 110.

2 Agen, 18 de Abril de 1807 (Daloz, núm. 4,094, 1º).

cuando no tengan cuenta que rendir. Pues bien, aun cuando no esté en posesión, no por eso debe cuidar menos el ejecutor de que se lleve adelante el testamento; y si no cuida, es responsable. Este principio fué aceptado por el tribunal de París en el siguiente caso. (1) Una testadora lega unas pensiones vitalicias con la cláusula de que, para asegurar su pago, se colocarían las cantidades necesarias en créditos contra el Estado y en hipoteca. Nombró como ejecutor testamentario á un notario, concediéndole una remuneración de 600 francos. El ejecutor se contentó con la obligación que de pagar la renta alcanzó de legatario universal. Llegó á ser insolvente éste, y entonces el legatario intentó una acción de responsabilidad contra el ejecutor testamentario. El tribunal de París resolvió que en su calidad de ejecutor, y, sobre todo, de ejecutor asalariado, debía cuidar de la ejecución del testamento en lo tocante á las pensiones vitalicias; pero, descuidando exigir que se impusieran las cantidades suficientes, había incurrido en una omisión que le hacía responsable de la insolvencia del deudor de la pensión.

378. Sucele á menudo que las facultades conferidas por el testador á su ejecutor exceden de las que la ley le permite conferirle. ¿Cuál será, en ese caso, la responsabilidad del ejecutor? Legalmente, no será eso más que ejecución testamentaria: pero si los herederos no la impugnan y el ejecutor acepta y administra á virtud de las disposiciones del testamento, debe responder de su administración á los terceros lo mismo que si fuera legal esa administración. El caso ocurrió en el tribunal de Bruselas. Un ejecutor, investido de la posesión, recibió facultades, las más amplias, para liquidar la herencia mediante sueldo, y se negó á una deuda durante el año de la posesión. Fene-

1 París, 7 de Febrero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 46). Compárese con la denegada de 22 de Abril de 1808 (Dalloz, núm. 4,100, 3º y 4º).

cido el término, le demandó el acreedor pidiendo que por vía de daños y perjuicios se le condenara á pagar lo que aún se le debía del crédito. El ejecutor contestó desde luego que no había estado en posesión, y que, por lo mismo, no podían proceder en contra suya los acreedores. Es cierto que después del año y día no puede propiamente administrar el ejecutor y que no debe responder ya á las acciones de los acreedores y legatarios, pero queda obligado por los resultados de su administración; si por culpa suya ha incurrido en responsabilidad, indudablemente puede ser arrastrado á un juicio. El ejecutor pretendía en seguida que antes de perseguirle á él los acreedores debían dirigirse á los herederos y que sólo en caso de insolvencia de éstos quedaría él obligado. Esto era también desconocer el carácter de su administración y las consecuencias que se derivan de ella. El que acepta una liquidación mediante paga, debe pagar á los acreedores si hay dinero suficiente, y es responsable simplemente por no hacerlo. Ahora bien, en nuestro caso, había suficiente numerario; además de que el ejecutor se había manejado con los acreedores como liquidador general de la testamentaría, les había dado por escrito seguridades tales, que no podían pensar ellos en tomar medidas de conservación. En suma, había cometido una omisión grave, y era responsable de ella. El tribunal de primera instancia invocaba el artículo 1,382; limitándose á hacer constar la omisión y á hacer sacar la consecuencia de que habiendo podido pagar el ejecutor y no habiéndolo hecho, estaba obligado á indemnizar á los acreedores el perjuicio que les había causado, y que en tal virtud debía pagarles lo que les había quedado á deber, á salvo su derecho para repetir contra los herederos. (1)

379. Puede el testador nombrar varios ejecutores (ar-

1 Bruselas, 13 de Diciembre de 1837 (*Pasicrisia, 1837, 2, 265*).

título 1,025). Para determinar cuál es la responsabilidad de éstos, necesario es ver desde luego si todos aceptan, y lo que sucede cuando no acepta alguno de ellos. El artículo 1,033 prevee el caso, diciendo: "Si hay varios ejecutores testamentarios *que hubieren aceptado*, uno solo podrá obrar en defecto de los demás." ¿Cuál es el sentido de estas palabras: *que hubieren aceptado*? Hase dicho que, en ese caso, el testador quiso organizar una administración colectiva, de suerte que si hay alguno que no acepte, quede sin efecto la ejecución testamentaria. Certo que tal puede haber sido la mente del testador, pero hay que convenir en que no es probable, puesto que se expondría éste á que no hubiera ningún ejecutor, siendo así que él mismo conoció la necesidad de establecer una ejecución testamentaria.

Puede haber tenido también el testador otra intención, y es la de nombrar varios ejecutores, con la seguridad de que por lo menos uno de ellos aceptaría. Si al nombrar varios, declara su intención el testador, no habrá la menor duda en ese caso y tendrá que obsequiarse su voluntad; pero si nada dijo, ¿será menester admitir que quiso una ejecución colectiva? ¿Ese es el sentido de las palabras: *que hubieren aceptado*? No, por la poderosa razón de que el legislador no entendió resolver esta cuestión; la cual es de intención, y por tanto, de hecho, que la ley deja al arbitrio judicial; el juez la resolverá conforme á las circunstancias del caso. Si el testador no dice que quiso establecer una administración colectiva, podrá renunciar uno de los ejecutores y aceptar los otros, porque tal es el derecho común, salvo el derecho de quienes pretendan sostener que el testador derogó el derecho común, para probar esto mismo. (1)

1 Denegada del tribunal de casación de Bélgica, 6 de Julio de 1843 (*Pasicrisia*, 1843, 1, 205). Demolombe, t. 22, pág. 29, núm. 37. En sentido contrario, Duranton, t. 9º, pág. 498, núm. 423; Mourlon, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 385.

Llegamos á la cuestión que salva el artículo 1,033. El testador nombró varios ejecutores y todos ellos aceptaron: ¿quién puede obrar en ese caso? Responde la ley que uno sólo podrá obrar en defecto de los demás. Esto supone que el testador no dividió sus atribuciones; porque si las dividió, cada uno de ellos tiene su misión aparte, y ninguno de ellos puede extralimitarse en sus atribuciones, puesto que fuera de esos límites carece de toda facultad. Si el testador no especificó las atribuciones de cada quien, el legislador supone que cada ejecutor está facultado para obrar en todo. Esta suposición se funda en la probable intención del testador. Lo que éste quiso fué que se ejecutarán sus últimas disposiciones, y como es difícil que se obtenga, por los diversos actos de administración, el concurso de varias personas, pensó el legislador que el testador nombró varios ejecutores con el fin de asegurarse de que alguno de ellos, por lo menos, aceptaría el encargo. (1)

380. Tocamos á la responsabilidad en la hipótesis prevista por el artículo 1,633. Cuando hay varios ejecutores testamentarios, ¿serán solidariamente responsables todos ellos? Se discute el punto, que á nosotros nos parece resuelto por la ley y por los principios. El artículo 1,033 dice: "S-rán responsables solidariamente por la cuenta del mobiliario que se les hubiere confiado, salvo que el testador haya especificado sus atribuciones y que cada uno se haya limitado á ella." Para comprender la extensión de esta disposición, es preciso compararla con la del art. 1,995, que deroga ella en cierto modo. "Cuando haya varios apoderados ó mandatarios nombrados en un mismo instrumento, no habrá solidaridad entre ellos, si no se hubiere expresado." No hay solidaridad sino en virtud de la ley ó del contrato; y en nuestro caso, se supone que no hay cor-

1 Demolombe, t. 22, pág. 28, núm. 36 y pág. 31, núm. 38.

venio, esto es, que el testador no impuso responsabilidad solidaria á los ejecutores que nombró. A falta de disposición testamentaria, ¿establece la ley la solidaridad? Establecéala para la cuenta del mobiliario en el supuesto y con las condiciones que ella misma indica. Nombrados varios ejecutores, todos ellos aceptaron, habiéndoles dejado el testador la posesión del mobiliario sin especificar sus atribuciones: todos serán responsables solidariamente de la cuenta del mobiliario que se les confió. Esto es una derogación del derecho común; como cada uno de ellos puede obrar separadamente, quiere decir, pagar los legados, provocar la venta del mobiliario, no se ve bien claro por qué los que no obran habían de ser responsables de la cuenta del mobiliario. Acaso el legislador quiso comprometerlos así á interesarse en la administración. Siempre tendrémos que los ejecutores no son solidariamente responsables por la administración propiamente dicha, sino por la cuenta del mobiliario; esto es, que deben dar cuenta del uso que hayan hecho del mobiliario y devolver el sobrante; y si por ese capítulo incurren en responsabilidad, será ésta solidaria.

Tales son los límites y condiciones de la responsabilidad solidaria que establece la ley entre varios ejecutores testamentarios. De aquí que si el testador especificó sus atribuciones y cada uno de ellos se ciñó á las que se le designaron, no tienen responsabilidad mancomunada. Indudablemente supone el legislador, en ese caso, que también se especificó la posesión del mobiliario; y, eso supuesto, justo es que cada quien responda tan sólo del uso que hubiere hecho de la parte del mobiliario que se le confió. De ahí también que la ley no establezca la solidaridad para la administración propiamente dicha. Se ha querido sostener lo contrario; pero la ley resuelve la dificultad. No hay

mancomunidad sin ley; ¿y dónde está la ley que declare que los ejecutores son solidariamente responsables de su administración? Cuando son de tal manera evidentes los principios, es inútil insistir en este punto. (1)

§ IV. FIN DE LA EJECUCIÓN TESTAMENTARIA.

Nºm. 1. ¿Cuándo concluye?

381. La ejecución testamentaria concluye generalmente por la ejecución completa del testamento. Es menester no confundir la ocupación con la ejecución testamentaria, como se las confundía antiguamente, resolviéndose en consecuencia que la ejecución estaba limitada á un año. Así lo han querido las costumbres, dice Pothier, á fin de que los herederos no estén privados mucho tiempo del goce de los bienes de la herencia, so pretexto de que aun no se había ejecutado el testamento. (2) El código derogó el antiguo derecho, distinguiendo la ocupación de la ejecución testamentaria: la primera se limita á un año por el motivo que da Pothier; la segunda no está limitada ni podía estarlo, puesto que se puede prolongar por causa de los pleitos que detienen la ejecución de las últimas disposiciones del testador; y mientras no se hayan ejecutado éstas, el ejecutor tiene facultad y obligación de cuidar que lo sean. (3)

La aplicación de estos principios ha dado lugar á una dificultad que acabamos de mencionar, puesto que ella fué el objeto de un acalorado debate ante la sala de casación. Un inglés domiciliado en Francia instituye una legataria universal y nombra un ejecutor testamentario, por testamento ológrafo. La legataria pide la posesión, fundándose en que habían fenecido ya las facultades del ejecutor. Se

1 Compárese en sentido diverso, Aubry y Rau t. 6º, pág. 139; Duranton, t. 9º, pág. 398, núm. 423; Demolombe, t. 22, pág. 31, números 38-40.

2 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 231.

3 Pottiers, 23 ventoso, año XIII (Dalloz, núm. 4,132). Vazeille, t. 3º, pág. 102, núm. 13 y todos los autores.

resolvió que la testamentaría incoada en Francia se regía por la ley francesa respecto del mobiliario situado en Francia é Inglaterra; y en esa virtud, se puso á la legataria en posesión de la parte mueble. En cuanto á los inmuebles ubicados en Inglaterra, se declaró que debía aplicarse la ley inglesa. Competentes para resolver en cuanto á los muebles, le eran por lo mismo los tribunales franceses para arreglar la ejecución testamentaria. Mas el ejecutor no estaba en posesión y la ejecución se había consumado respecto del mobiliario; no quedando pendientes más que algunos litigios relativos á los inmuebles, litigios á los cuales, por la naturaleza de sus funciones, era extraño el ejecutor. (1)

382. La ejecución testamentaria concluye con la muerte del ejecutor, cuyas facultades, conforme al artículo 1,032º, no se transmiten á sus herederos. Esto es la aplicación á la ejecución testamentaria del principio que establece la ley para el mandato. Trátase de un oficio amistoso, y así de un poder conferido y aceptado por consideraciones esencialmente personales. Puesto que el código aplica por analogía el artículo 203, hay que aplicar por igual razón el artículo 2,010, que establece: "En caso de muerte del mandatario, sus herederos deben dar aviso al mandante y proveer, mientrás tanto, á lo que exijan las circunstancias en favor de éste."

Se pregunta si los tribunales podrían nombrar un ejecutor testamentario en lugar del que falta, por muerte ó por cualquiera otra causa. Ni siquiera debería proponerse una cuestión como ésta, por implicar una herejía. Por vía de excepción del rigor de los principios, permite la ley al testador que nombre un ejecutor de su última voluntad, esto es, que confiera un mandato para después de muerto. Facultad como ésta sólo puede ejercerse por el testador; y

1 Denegada, 19 de Abril de 1869 (Dallos, 1869, 1, 277).

en ningún caso tienen los tribunales carácter para el efecto. Desde el momento en que cesa por cualquier causa la ejecución testamentaria, entran de nuevo los herederos en la plenitud de sus derechos, no tocando ya indudablemente al juez restringirles su propiedad. (1)

383. ¿Pueden los herederos pedir la revocación ó la destitución del ejecutor testamentario? Se declaró ya que los herederos podían pedir la nulidad de la ejecución testamentaria, si era ilegal. En el caso que se ofrecio, quería la testadora que sus herederos no pudiesen ni vender, ni hipotecar, ni aun administrar los bienes durante los cuarenta años que le sobrevivieran. Arreglaba la manera de administrarlos con todos sus detalles y nombraba un ejecutor testamentario á quien abonaba el 3 p $\frac{1}{2}$ sobre lo que recaudara. El tribunal de Lyon declaró que ciertamente la propietaria había estado en libertad para hacer de sus bienes todo lo que quisiera en vida, pero no para poner trabas, ó mejor dicho, paralizar el derecho de propiedad, que pertenecía á sus herederos. Menos aún puede el testador poner los bienes fuera del comercio, prohibiendo el venderlos ó hipotecarlos. En suma, la cláusula era nula como contraria al orden público en el sentido más lato de la palabra. (2)

Los herederos podían también pedir la revocación propiamente dicha si el ejecutor testamentario daba pruebas de incapacidad ó infidelidad en su manjó. Esto lo admiten los autores y los tribunales. (3) Sin embargo, hay un motivo para dudar. La revocación por incapacidad ó infidelidad es una destitución; ¿y puede haber destitución sin ley que la autorice? Nos parece muy dudoso. Se cita el artículo 444, que permite destituir á los tutores que de-

1 Osen, 13 de Enero de 1823 (Daloz, núm. 3,752). Grenier, t. 3º, pág. 20, núm. 334 y todos los autores.

2 Lyon, 7 de Abril de 1835 (Daloz, núm. 170, 1º, pág. 80).

3 Aubry y Rau, t. 6º, pág. 132 y nota 8, pfo. 711.

muestren por su manejo, incapacidad ó infidelidad. Indudablemente, existe la misma razón legal; pero basta una razón de analogía para extender los efectos de una disposición penal. Nos parece que el velo legal está indicado por el tenor literal del código: los herederos pagarán á los legatarios y demandarán por daños y perjuicios al ejecutor (art. 1.027).

Objeta el tribunal de Lieja que la ejecución testamentaria es un mandato y que, siendo revocable éste por su naturaleza, há lugar á la revocación del ejecutor testamentario, si median razones suficientes para hacer que cese la confianza que le demostró el testador. (1) ¿No es el caso de decir que el que prueba mucho nada prueba? El mandato es revocable, pero la revocación se efectúa por el que le confiere y sin necesidad de alegr algún motivo. Esto supuesto, ¿se puede asimilar con el mandato la ejecución testamentaria? Indudablemente no, porque el verdadero mandante murió ya al tiempo de comenzar la ejecución testamentaria. La asimilación conduciría á la consecuencia realmente absurda de que sería menester permitir á los herederos que revocaran la ejecución testamentaria. ¡De modo que aquellos contra quienes se estableció esa ejecución tendrían derecho para poner fin á la misma! Hay una diferencia capital entre la revocación del mandatario que se efectúa sólo por voluntad del mandante sin necesidad de juicio, y la revocación del ejecutor testamentario que no se puede hacer sin juicio. Y para que se declare en juicio una destitución, es necesaria una ley que determine las causas de esa destitución.

384. ¿Cesa la ejecución testamentaria por la insolvencia ó la falencia del ejecutor? Conforme al artículo 2,003, el mandato acaba por la insolvencia del mandatario: ¿se aplica

1 Lieja, 20 de Julio de 1817 (*Paracrisia*, 1817, pág. 467). Compárese con lo resuelto en Lieja á 11 de Febrero de 1834 (*Paracrisia*, 1834, 2, 38; y Dalloz, núm. 4,303).

esta disposición á la ejecución testamentaria? Así se admite en lo general, pero, á nuestro juicio, la cuestión tiene que resolverse en sentido opuesto. La ejecución testamentaria no es mandato (núm. 323); por lo mismo, sólo se puede argumentar de uno á otro caso por analogía y basta la analogía para hacer que cese la ejecución testamentaria en caso de insolvencia? Teóricamente, no cabe duda: y si el legislador hubiese previsto la dificultad, la habría resuelto en el sentido del artículo 2,003; por vía de argumento á *fortiori* el mandante puede revocar el mandato de un momento á otro y con todo la ley hace que cese éste cuando el mandatario llega á ser iusolvente; con mayor razón debería el legislador poner fin á la ejecución testamentaria cuando se hace insolvente el ejecutor, porque el testador no vive ya entonces para revocar las facultades que le dió, ni pueden tampoco revocarlas los herederos. Pero no lo ha hecho así el legislador, sino que hay un vacío en la ley: ¿corresponde llenar ese vacío al intérprete? Contestamos con Coin-Delisle, que tal cosa es muy dudosa. (1)

Núm. 2. Cuenta del ejecutor.

385. El artículo 1,031 dice de los ejecutores testamentarios: "Deberán, al espirar el año del testamento, presentar la cuenta de su administración." Resulta de esta disposición que los ejecutores no deben dar cuenta si no han tenido la posesión; y como ésta cesa al terminar el año del fallecimiento, deben, por lo mismo, los ejecutores dar cuenta de su manejo durante ese mismo año. Si no han tenido la posesión, no deben rendir la cuenta, puesto que tampoco habrán administrado; pero si la tuvieron, acabará su administración con la posesión, aun cuando no haya concluido la ejecución del testamento. Los autores conti-

1 Coin-Delisle, pág. 487, núm. 10. Compárese en sentido contrario á los autores citados por Dalloz (núm. 4,054), y por Demolombe (t. 22, pág. 26, núm. 83).

nuarán vigilando la ejecución del testamento, pero ya sin responsabilidad.

386 ¿Puede el ejecutor testamentario dispensarse de dar la cuenta? Ya hemos contestado á esta pregunta al examinar si puede el testador eximir á su ejecutor de la obligación de hacer inventario (núm. 356). A nuestro juicio, la dispensa sería nula. No es cosa fácil; y los autores que la admiten no están de acuerdo en cuanto á los efectos que haya de producir. Pothier dice que si el testador hubiere eximido de la cuenta al ejecutor, tal cosa no le dispensaría de producirla, y que el único efecto de ella sería no poder hacerle responsable de lo que hubiera podido no hacer por negligencia durante su ejecución. (1) ¿Por qué dice Pothier que á pesar de la dispensa debe el ejecutor producir su cuenta? Porque no se concibe administración sin cuenta. El ejecutor está en posesión de un mobiliario de 100,000 francos; y si paga legados por valor de 80,000, debe devolver los 20,000 francos que constituye lo restante de que es deudor, porque la dispensa de dar cuenta no contiene la donación del excedente. Estando obligado á restituir, es necesario que el ejecutor fije por una cuenta cualquiera lo que haya gastado y lo que le quede. ¿Podrá ser impugnada esa cuenta? Pothier no dice de una manera absoluta que no puede serlo, sino tan sólo que no puede serlo por negligencia; en otros términos, el ejecutor no responderá por las omisiones en que hubiere incurrido por su manejo, y sólo responderá de su dolo; porque la estipulación de que no responda de su dolo es opuesta á las buenas costumbres y, como tal, nula; y lo mismo sucedería con una disposición testamentaria (arts. 6 y 900). ¿No es necesario ir más allá y decir que la estipulación ó cláusula que exime al deudor de poner en la ejecución de sus

² Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 329. Compárese en sentido diverso, á Toullier, t. 3º, 1, pág. 429, núm. 605. Tropiong, t. 2º, pág. 203, núm. 2,028, y Dalloz, núm. 4,110.

obligaciones todo empeño es también contraria á las buenas costumbres? ¿No es un estímulo para la negligencia? ¿Y no se opone á las buenas costumbres que quien causó con su negligencia algún perjuicio no quede obligado á la reparación? Tal es nuestra opinión (1)

Objétase que el testador habría podido dar todo su mobiliario al ejecutor testamentario, porque se supone que no deja herederos en reserva; y la exención de la cuenta es menor ventaja, dicen (2) Es esto el antiguo adagio: El que puede lo más puede lo menos. Ya hemos contestado más de una vez á la objeción. Indudablemente, puede dar el testador todos sus bienes al ejecutor y no dejarles nada á los que instituye por sus legatarios; pero es eso lo que quiso y lo que hace al nombrar un ejecutor á quien exime de producir la cuenta? No, porque lega sus bienes, no al ejecutor sino á los legatarios en cuyo beneficio nombra el ejecutor de su última voluntad. ¿Y es obrar en provecho de los legatarios confiar al ejecutor una administración con dipensa de toda responsabilidad? No se puede, pues, hablar en esta materia, del más y del menos, por no haber nada de común entre el menos y el más. La ley toma aun en consideración el interés de los herederos, aunque no sean reservatarios. La prueba de ello es el artículo 1,028. "El que no pueda obligarse no podrá ser ejecutor testamentario." Por consiguiente, no es lícito al testador nombrar como ejecutores á los menores ni á las mujeres casadas; y á qué vendrían esas garantías si el testador pudiese eximir al ejecutor de las obligaciones que contraiga?

Hay un fallo en favor de la opinión que combatimos, y el caso en que recayó prueba que hace bien el legislador

1 Mourlón, *Repeticiones*, t. 2º, pág. 383; Demolombe, t. 22, págs. 99, núm. 119; Vazeille, t. 3º, pág. 104, núm. 14 del artículo 1,031; Marcaud, t. 4º, pág. 45, núm. 3 del artículo 1,031.

2 Toullier, t. 3º, 1, pág. 328, núm. 604, Duranton, t. 9º, pág. 387, núm. 408.

con no sancionar con su autoridad la ciega confianza que los testadores demuestran á personas que casi no merecen esa prueba de amistad. Una testadora declara su deseo de que se venda todo su mobiliario sin intervención de sus herederos, sino sólo por gestiones de sus ejecutores, para distribuir el precio que se obtenga de la venta á los pobres á quienes éstos lo estimen conveniente, sin quedar obligados á dar á nadie cuenta de sus operaciones, pues expresamente los exime de esa obligación. La testadora pone, además, á disposición de sus ejecutores, todo el numerario que dejara al morir, así como todos los arrendamientos vencidos, igualmente sin obligación de cuenta. Nombra como ejecutores testamentarios á dos labradores y declara de nuevo dispensarlos de dar cuenta, pues descansa en su probidad. Eran los ejecutores, alcalde el uno, y adjunto del Ayuntamiento el otro, cuando murió la testadora, en 1816. ¿Que hicieron aquellas buenas gentes? Hasta 1830, año en que cesaron sus funciones, nada hicieron para conseguir la aceptación del legado que se había dejado á los pobres. Pasado aquel año, el nuevo alcalde, presidente del establecimiento de beneficencia, pidió y obtuvo por fin en 1840 una orden real que autorizaba la aceptación del legado; y entonces se promovió un juicio contra los ejecutores testamentarios para que presentaran al Fondo de beneficencia un estado de los valores que hubieren recibido. Los defensores hacen valer la cláusula testamentaria que los exime de dar cuenta á nadie. El tribunal de Donai admitió la validez de la dispensa, pero interpretándola en el sentido que enseña Pothier. Dice el fallo que la tal dispensa no podía producir el efecto de libertar á los ejecutores testamentarios de haber llevado una cuenta por parte de los que habían sido llamados á aprovecharse del legado; que los pobres ó sus representantes legítimos te-

nían el derecho indisputable de cerciorarse de cuál era el monto de las cantidades que se habían cobrado á favor de ellos y asegurarse de que se les había dado el empleo que les correspondía. Parece que los ejecutores todo lo habían distribuido ya. ¿Pero dónde estaba la garantía? El legislador evita el poner á los hombres entre su interés y su obligación; con mayor razón no debe alentarlos para que falten á sus obligaciones.

387. La cuenta del ejecutor abraza, como cualquiera otra, los ingresos y los egresos. En cuanto á estos últimos, dice el artículo 1,034: "Los gastos hechos por el ejecutor testamentario para el aseguramiento de bienes, el inventario, la cuenta y los demás relativos á sus funciones, serán con cargo á la herencia." Esto es de derecho común; el que gratuitamente administra debe, por lo menos, ser indemnizado de los gastos que haga. Debe aplicarse por analogía al ejecutor testamentario lo que dirémos del mandato. El ejecutor no puede incluir en la cuenta sus honorarios, aun cuando desempeñe una función que tenga señalada paga. Pothier dice que el cargo de ejecutor testamentario es amistoso, y los amigos no exigen paga, salvo que el testador haya concedido una recompensa al ejecutor ó le haya dejado algún recuerdo. (1)

La ley dice que los gastos son carga de la herencia, y esto supone que la herencia debe soportar los legados. Así sucede cuando no hay herederos en reserva; cuando el difunto deja un reservatario y un legatario universal, éste es el obligado por las deudas y cargas; no quedando, en tal caso, gravada la reserva con ninguna carga, y debiendo, por lo mismo, soportarse los legados y los gastos á que dan lugar por la parte de la herencia que no está reservada, pues la reserva debe quedar intacta. (2)

1 Pothier, *De las donaciones testamentarias*, núm. 230.

2 Marcadé, t. 4º, pág. 120, artículo 1,034. Demolombe, t. 22, página 96, núm. 216.

Puede suceder también que los gastos queden por cuenta del ejecutor, como los que se ocasionaran con los litigios que indebidamente sostuviera. Los tribunales son muy indulgentes para con los ejecutores que litigan en provecho de los legatarios. Se ha resuelto que no deben ser condenados á los gastos sino cuando promuevan algún litigio evidentemente mal fundado. (1) Comprendemos esa indulgencia, pero no debe ser excesiva; la ley no da misión al ejecutor ni siquiera para intentar pleitos que interesen á los legatarios, pues sólo puede intervenir en ellos, como lo dice el artículo 1,031. A los legatarios es á quienes toca defender sus derechos.

388. Se pregunta ante qué tribunal se debe presentar la cuenta. Toda acción personal se promueve ante el tribunal del domicilio del defensor. Pero el código de procedimientos deroga este principio en materia de sucesión, diciendo (art. 59) que el tribunal del lugar donde se abre la herencia conoce de las demandas relativas á la ejecución de las disposiciones por causa de muerte hasta la sentencia definitiva. La cuestión está en saber si la acción para pedir la presentación de la cuenta concierne á la ejecución del testamento. Parécenos que la cuenta no es relativa á esa ejecución; por el contrario, ella supone que concluyó la administración mientras el ejecutor estuvo encargado de ella. Por tanto, el derecho común es el aplicable, y no la disposición excepcional del artículo 59. (2)

1 Burges, 28 floreal, año XIII (Dalloz, núm. 4,116).

2 Durantón, t. 9º, pág. 397, núm. 422. En sentido contrario, Toullier, Vazeille, Poujol y Coin-Delisle (Dalloz, núm. 4,123).